

Sygn. akt V ACa 248/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 lipca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

| | |
|------------------|--|
| Przewodniczący : | SSA Barbara Kurzeja |
| Sędziowie : | SA Zofia Kołaczyk SA Urszula Bożałkińska (spr.) |
| Protokolant : | Barbara Knop |

po rozpoznaniu w dniu 18 lipca 2013 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z.

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad
w (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt XII C 291/12

oddala apelację i zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 248/13

UZASADNIENIE

W dniu 26 września 2012 r. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. wniosła o zasądzenie od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w (...) na swoją rzecz kwoty 130.310,25 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwot:

- 125.629,35 zł od dnia 6 stycznia 2011 r. do dnia zapłaty,

- 4.680,90 zł od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty,

a także zasądzenie od pozwanego na jej rzecz zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uwzględniając powództwo w całości Sąd Okręgowy poczynił następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 5 lutego 2009 r. pomiędzy Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad w (...), a (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. doszło do zawarcia umowy nr (...) o opracowanie dokumentacji budowlanej – stadium Projektu Budowlanego – dla zadania: Rozbudowa (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku J. – granica Województwa (...) i (...), dł. ok. 20 km wraz z uzyskaniem – w imieniu inwestora – decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (...). W §12 ust. 6 umowy strony uzgodniły, że tytułem należytego wykonania ustala się zabezpieczenie w wysokości 3 % ceny całkowitej, tj. 177.000 zł i potwierdziły wniesienie tej kwoty przez wykonawcę w formie pieniężnej. Ustaliły też, że 70 % kwoty zabezpieczenia zostanie zwrócone wykonawcy w terminie 30 dni od daty odbioru końcowego, tj. uznania zamówienia przez zamawiającego za należycie wykonane, a 30 % kwoty zabezpieczenia zostanie zwrócone wykonawcy nie później niż w 15 dniu po upływie rękojmi za wady lub gwarancji jakości, jeżeli jest udzielona.

13 marca 2009 r. (...) Sp. z o.o. w Z. złożyła oświadczenie o zmianie zabezpieczenia należytego wykonania umowy wniesionego w formie pieniężnej poprzez zastąpienie jej w zakresie 70-ciu % gwarancją bankową. Przekazała jednocześnie inwestorowi dokument gwarancji udzielonej w dniu 10 marca 2009 r. na kwotę 123.900 zł z terminem ważności do 5 grudnia 2009 r., wnosząc o zwrot tej części zabezpieczenia wpłaconego w pieniądzu. W dniu 30 marca 2009 r. zamawiający dokonał zwrotu kwoty 123.900 zł na rzecz wykonawcy, a tym samym na jego koncie pozostało 53.100 zł.

W dniu 28 kwietnia 2009 r. strony umowy zawarły aneks dotyczący zmiany osoby pełniącej funkcję głównego projektanta, a w dniu 4 listopada 2009 r. zawarły kolejny aneks dotyczący zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy, z 9 na 17 miesięcy od daty podpisania umowy i zwiększenia ceny całkowitej o 82.350 zł, a tym samym zwiększenia kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 179.470,50 zł. W związku z przedłużeniem terminu realizacji umowy zamawiający w dniu 2 grudnia 2009 r. zażądał od wykonawcy gwarancji z terminem ważności obejmującym cały okres umowy. Z należności wykonawcy, wynikającej z wystawionej przez niego w dniu 1 grudnia 2009 r. faktury, zamawiający nie wypłacił kwoty 126.370,50 zł, zatrzymując ją na swoim rachunku, tytułem uzupełnienia ustalonej w umowie kwoty zabezpieczenia. W dniu 25 marca 2010 r. wykonawca przekazał zamawiającemu dokument gwarancji bankowej wystawionej w dniu 12 marca 2010 r. na kwotę 125.629,35 zł z terminem ważności do 4 sierpnia 2010 r., a zamawiający w dniu 14 kwietnia 2010 r. wypłacił wykonawcy zatrzymaną kwotę 126.370,50 zł. W dniu 5 lipca 2010 r. upłynął ustalony przez strony termin wykonania umowy, a do zrealizowania jej przedmiotu jeszcze nie doszło. W dniu 4 sierpnia 2010 r. wygasła ważność gwarancji bankowej. Zamawiający nie uwzględnił wniosku wykonawcy o zawarcie aneksu do umowy w celu przedłużenia terminu jej wykonania i możliwości uzyskania kolejnej gwarancji bankowej. Pismem z dnia 26 listopada 2010 r. zamawiający poinformował wykonawcę, że wobec braku ważnej gwarancji zabezpieczenia wykonania umowy dokona zatrzymania z tego tytułu kwoty 125.629,35 zł, z należności przysługującej wykonawcy na podstawie faktury, jaką ten wystawi w oparciu o protokół zdawczo-odbiorczy nr (...), przyjęty w dniu 27 października 2010 r. W dniu 2 grudnia 2010 r. (...) Sp. z o.o. w Z. wystawiła fakturę nr (...) na kwotę 2.757.934,72 zł i w dniu 6 grudnia 2010 r. doręczyła ją zamawiającemu. W dniu 21 grudnia 2010 r. zamawiający wypłacił wykonawcy kwotę wynagrodzenia, zatrzymując jednocześnie jego część w wysokości 125.629,35 zł. Pismem z dnia 7 września 2012 r. (...) Sp. z o.o. w Z. wezwała Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w (...) do zapłaty kwoty 125.629,35 zł z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 6 stycznia 2011 r., wskazując na bezpodstawne zatrzymanie tej kwoty wynagrodzenia jako zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wszystkie wyżej wymienione okoliczności Sąd Okręgowy uznał za bezsporne i zważył, co następuje:

Strony różniły się jedynie w kwestii oceny prawnej, dotyczącej uprawnienia pozwanego, jako zamawiającego, do zatrzymania części należnego wykonawcy wynagrodzenia na poczet uzupełnienia ustalonej w umowie sumy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w związku z upływem terminu ważności gwarancji bankowej przedstawionej w tym celu przez wykonawcę.

Poza sporem jest, że strony, na żądanie zamawiającego, do czego był on uprawniony na podstawie art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych /tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 z późn. zm./, ustaliły konieczność wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, którego wysokość zamawiający określił na poziomie 3 % wartości kontraktu. W świetle art. 148 ust. 1 i 149 ust. 1 te same ustawy oczywistym jest, że to wykonawca ma pełną swobodę wyboru spośród form zabezpieczenia, określonych w punktach 1 – 5.

W trakcie realizacji umowy wykonawca może też dowolnie dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka spośród powyższych form.

Żaden z przepisów powołanej na wstępie ustawy nie uprawnia w tym zakresie zamawiającego do wyboru formy zabezpieczenia, nie przewiduje również takiej formy jak zatrzymanie wypłaty wynagrodzenia. Wbrew twierdzeniom pozwanego strony nie mogły w tym zakresie wprowadzić umownych modyfikacji i w rzeczywistości tego nie zrobiły. Rację ma pozwany, że zmiana formy zabezpieczenia powinna być dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości /art. 149 ust. 3/, ale w celu realizacji swoich roszczeń powinien wybrać inną drogę, niż bezprawna retencja części bezspornie należnego wykonawcy wynagrodzenia. Skoro termin wykonania umowy minął, zatem zamawiającemu przysługują związane z tym uprawnienia określone w § 14 i 15 umowy. Jeśli z nich nie korzysta, jednocześnie nie wyrażając zgody na aneks przedłużający termin wykonania umowy, zatem sam współkreuje sytuację trwania umowy bez zabezpieczenia. Wreszcie, nic nie stoi na przeszkodzie, aby pozwany wezwał wykonawcę do wniesienia zabezpieczenia i dochodził w tym zakresie swoich roszczeń, niezależnie od własnych poglądów odnośnie waloru zabezpieczenia jako wierzytelności pieniężnej.

Nie do pogodzenia z ustaleniami faktycznymi sprawy jest twierdzenie pozwanego o milczącym uznaniu przez powódkę zatrzymania, jako formy zabezpieczenia. Powoływanie się na poprzedni przypadek jest chybione o tyle, że doszło do niego przed ustalonym terminem zakończenia umowy, co realnie umożliwiło powódce uzyskanie gwarancji bankowej w stosunkowo szybkim czasie i było w tamtej sytuacji najprostszym i najszybszym dla niej sposobem odzyskania należnego wynagrodzenia. W tym przypadku termin wykonania umowy – wobec braku zgodnej woli stron na jego przedłużenie – minął, a zatem powódka nie miała możliwości ubiegania się o gwarancję bankową. Nie sposób więc domniemywać, że jej beczynność oznaczała uznanie nieznanego ustawie i narzuconego przez pozwanego sposobu zabezpieczenia. Okoliczności sprawy wskazują, że powódka wstrzymywała się z dochodzeniem należnego jej roszczenia do czasu rozstrzygnięcia tożsamego zagadnienia w jednej ze spraw toczących się pomiędzy stronami przed sądem. Sam fakt prowadzenia takiego sporu zaprzecza zatem tezie pozwanego o dorozumianej zgodzie na zastosowaną formę zabezpieczenia.

Na marginesie wyjaśnić jeszcze należy, że dokonane przez pozwanego zatrzymanie nie może być rozważane w kategoriach potrącenia, albowiem zgodnie z art. 150 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wymagałoby ono zgody obu stron. Nadto pozwany wyraźnie twierdził, że dokonując zatrzymania zamawiający nie kierował się zamiarem potrącenia.

O należnych powódce odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. oraz art. 482 § 1 k.c. Podstawa i termin wymagalności roszczenia powodowej Spółki z tytułu całej wierzytelności objętej fakturą nr (...) miały charakter bezsporny, a wobec pozostawania pozwanego w zwłoce ze spełnieniem tego świadczenia powódka miała prawo żądać zasądzenia należnych jej z tego tytułu odsetek.

Ustaień w zakresie stanu faktycznego przyjętego za podstawę przeprowadzonych rozważań Sąd dokonał bez formalnego przeprowadzania postępowania dowodowego, zgodnie z art. 229 k.p.c. – mając na uwadze całkowitą bezsporność okoliczności faktycznych, przyznaną przez pełnomocników każdej ze stron.

Od powyższego wyroku wniósł apelację pozwany, zaskarżając go w całości i wnosząc o jego zmianę w kierunku oddalenia powództwa w całości wraz z należnymi kosztami postępowania.

Zarzucił naruszenie prawa materialnego, a to:

1. art. 488 § 2 k.c. przez jego niezastosowanie;
2. art. 481 § 1 k.c. przez niewłaściwą interpretację i w konsekwencji błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, iż świadczenie, co do którego strona stosuje ustawowe prawo wstrzymania spełnienia jest już wierzytelnością wymagalną, a co za tym idzie dłużnik pozostaje w opóźnieniu ze spełnieniem świadczenia i rodzi to prawo do żądania odsetek.

Rozpoznając przedmiotową apelację Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego, jako niezasadna, nie mogła odnieść zamierzonego rezultatu.

W pierwszej kolejności odnieść należało się do powołanego w apelacji faktu, że po stronie pozwanego istnieje roszczenie o przekazanie do jego dyspozycji przez powoda kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy nr (...) z dnia 5.02.2009 r. w wysokości odpowiadającej wartości przedmiotu sporu.

Podkreślenia wymagało też, że w odpowiedzi na pozew, wnosząc o oddalenie powództwa przy kwestionowaniu wynikającej z pozwu kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych pozwany wskazywał dodatkowo na fakt, „iż zakwestionowana w pozwie forma złożenia gwarancji przez potrącenie z faktury była już między stronami stosowana w toku realizacji umowy i nie była między stronami sporna”. Dalej pozwany podnosił: „Wobec faktu, że wykonawca nie zrealizował obowiązku wynikłego z § 12 ust. 6 umowy nr (...) z dnia 5.02.2009 r. zamawiający miał prawo do zatrzymania z należności przysługującej wykonawcy za realizację części przedmiotu umowy swej wierzytelności w brakującej kwocie 125.629,35 zł”.

W ocenie pozwanego „uwzględnienie powództwa negującego potrącenie spowoduje stan, w którym przez dłuższy okres umowa pozbawiona jest zabezpieczenia. Stanowi to podstawę rozwiązania umowy i zaliczenia kar umownych za jej rozwiązanie z winy wykonawcy”.

Akcentując te okoliczności Sąd Apelacyjny przyjął, że w stanie faktycznym sprawy pozwany nie mógł uzyskać wyroku oddalającego powództwo.

Należało mieć bowiem na uwadze następujące okoliczności natury prawnej:

Źródłem roszczenia pozwanego o zapłatę kwoty równej zwróconej kaucji nie mógł być wszak § 12 ust. 6 umowy nr (...) z dnia 5 lutego 2009 r., ustalający zabezpieczenie w wysokości 3 % ceny całkowitej, podanej w ofercie, o którym mowa w § 2 ust. 1 tej umowy, tj. kwotę 177.000 zł, gdyż jak stanowił ust. 7 § 12 przed podpisaniem umowy wykonawca wniósł ustaloną w ust. 6 kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie pieniądza. Równocześnie w umowie nie określono, że powód jest zobowiązany do przedłużenia czasu trwania zabezpieczenia ponad okres, na jaki umowa została zawarta. Podobnie, nie przyznano pozwanemu uprawnienia do żądania wydłużenia przez powódkę czasu trwania zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dlatego też, skoro pozwany nie wyraził zgody na zawarcie aneksu przedłużającego termin wykonania umowy, w którym możliwe byłoby pozyskanie nowej, na dalszy okres, aż do czasu zakończenia wykonywania umowy gwarancji bankowej, czyli dalszego trwania zabezpieczenia jej należytego wykonania, umowa obowiązywała bez dalszego trwania zabezpieczenia. Nie doszło też do zmiany umowy, wymagającej formy pisemnej pod rygorem nieważności, poprzez wprowadzenie regulacji z art. 150 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Źródła takiego roszczenia nie sposób też upatrywać w regulacji ust. 3 art. 149 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiącego, że zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości.

Należało mieć wszak na uwadze, że jak zasadnie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 września 2012 r., I CSK 59/12 (OSNC 2013, nr 4, poz. 51) w nauce prawa roszczenie uważane jest za jedną z normatywnych postaci prawa podmiotowego. Polega ono na możliwości domagania się od konkretnej osoby oznaczonego zachowania się. Roszczenie znamionuje z jednej strony to, że występuje ono wtedy, gdy zachodzi uprawnienie skonkretyzowane pod względem treści i podmiotu, a z drugiej strony to, że bezpośrednio przyporządkowany jest mu obowiązek innego, określonego podmiotu, z którym związana jest kompetencja do zwrócenia się do organu państwowego o zastosowanie przymusu, jeżeli zobowiązany świadczenia nie spełnia. Określenie roszczenia w normie prawnej może jednocześnie następować przez oznaczenie treści prawa wierzyciela lub treści obowiązku dłużnika. Może być przy tym różne w tym znaczeniu, że w jednym przepisie może być zawarta jedna norma postępowania, dwie lub więcej norm, ale może być też zawarta jedynie część normy.

Przy takim rozumieniu istoty roszczenia, nie sposób upatrywać jego istnienia w regulacji ust. 3 ust. 149 Prawa zamówień publicznych, którą należy odczytywać jako postulat ustawowy – zachowania ciągłości zabezpieczenia, któremu zresztą powódka usiłowała sprostać, regulację bez czynienia którejkolwiek strony realizowanej umowy wierzycielem, czy też dłużnikiem.

Równocześnie przepis art. 147 ust. 1 przedmiotowej ustawy, wskazujący, że zamawiający ma wyłącznie prawo, a nie obowiązek ustawowy żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wskazuje na to, że wniesienie zabezpieczenia nie jest nigdy elementem konstrukcyjnym umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz odrębnym zobowiązaniem o niesamoistnym charakterze (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 28 grudnia 2007 r., I ACa 1027/07, LEX nr 370687).

Sam zaś fakt zatrzymania przez zamawiającego części wynagrodzenia, nie kreuje zabezpieczenia w postaci kaucji, a zwłaszcza kaucji zatrzymanej przez zamawiającego jako zabezpieczenie jego ewentualnych roszczeń. Kaucja, jest bowiem wyłącznie środkiem zabezpieczenia roszczeń, jakie mogą wyniknąć z określonego stosunku prawnego (stosunku podstawowego). Umowa kaucji ma charakter realny i dochodzi do skutku, jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 3 grudnia 2008 r., V CSK 345/08 (LEX nr 602336) dopiero w momencie wydania jej przedmiotu kaucjodawcy. Jest to umowa nienazwana, dopuszczalna w granicach swobody umów (art. 353¹ k.c.). Dopiero wniesienie kaucji i następnie wykonywanie umowy czyni uprawnionymi rozważania w zakresie zwrotu kaucji gwarancyjnej zatrzymanej przez pozwanego w związku z ujawnieniem w trakcie robót, iż nie były one wykonywane niewadliwie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 12 stycznia 2006 r., II CK 336/05, LEX nr 191144).

Nawet w przypadku istnienia umowy kaucji, co w stanie faktycznym sprawy nie miało miejsca, skoro kaucję zwrócono, nie jest to umowa wzajemna. W wyniku jej zawarcia kaucjodawca nie staje się dłużnikiem wzajemnym kaucjodawcy (art. 487 § 2 k.c.), gdy równocześnie wymogiem ustawowym jest by termin jej wykonania przez kaucjodawcę był oznaczony w sposób określony w art. 455 k.c. Z tego względu, nawet przy istnieniu umowy kaucji, art. 488 § 1 k.c. nie miałby do niej zastosowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z 3 grudnia 2008 r., V CSK 345/08). Podobnie, umową wzajemną nie jest gwarancja bankowa, stanowiąca pozakodeksową umowę nazwaną, uregulowaną w prawie bankowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z 20 grudnia 1996 r., I CKU 30/96, LEX nr 1095807).

Już z racji tego, nawet przy istnieniu takich form zabezpieczenia jak określone w art. 148 ust. 1 pkt 1 i 3 Prawa zamówień publicznych nie ma do nich zastosowania regulacja z art. 448 § 2 k.c., stąd pozwany nie mógł uzyskać wyroku oddalającego powództwo, jako przedwczesne, co czyni niezasadnym również zarzut obrazy art. 481 § 1 k.c. Tylko bowiem skuteczne podniesienie zarzutu *exceptio non adimpleti contractus* powoduje, że nie można osobie uprawnionej postawić zarzutu opóźnienia, pomimo że nie spełniła ona ciężącego na niej świadczenia, gdy to w stanie faktycznym sprawy nie miało miejsca, kreując tym samym roszczenie odsetkowe.

Niezasadność podniesionych w apelacji zarzutów skutkować musiała na podstawie art. 385 k.p.c. jej oddalenie, gdy o kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 1, 98 i 99 k.p.c.

(...)