

Sygn. akt I ACa 763/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

Przewodniczący:	SSA Jakub Rusiński
Sędziowie:	SA Małgorzata Zwierzyńska (spr.)
	SO (del.) Rafał Terlecki

Protokolant: sekretarz sądowy Agata Karczewska

po rozpoznaniu w dniu 19 kwietnia 2016 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w G.

przeciwko Gminie (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 27 maja 2016 r. sygn. akt XV C 77/15

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie I (pierwszym) w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 80.000 (osiemdziesiąt tysięcy złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 21 marca 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, a w pozostałej części oddala powództwo;
2. w punkcie II (drugim) w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 7.617 zł (siedem tysięcy sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 6.700 zł (sześć tysięcy siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO (del.) Rafał Terlecki SSA Jakub Rusiński SSA Małgorzata Zwierzyńska

**Sygn.akt I ACa 763/15**

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 27 maja 2015 r. oddalił powództwo wytoczone przez (...) Spółkę Akcyjną w G. przeciwko Gminie (...) o zapłatę kwoty 80.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty (punkt pierwszy) oraz zasądził od powódki na rzecz pozwanej Gminy (...) kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

### **Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:**

W dniu 1 lipca (...) r. w biuletynie zamówień publicznych numer (...) - (...) Burmistrz Miasta i Gminy (...) ogłosiła przetarg nieograniczony na roboty budowlane w zakresie budowy sieci wodociągowej rozdzielczej wraz z przyłączami dla miejscowości J.- J. – T. publikując przy tym Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). W tym ostatnim dokumencie, w pkt XIV ust. 3 zamawiający przewidział, iż nie dopuszcza istotnych zmian zawartej umowy stosuje do treści ofertę, z wyłączeniem okoliczności opisanych w umowie, której projekt stanowi załącznik do SIWZ. W załączniku tym nie przewidziano zmiany wierzyciela.

W dniu 2 sierpnia (...) r. doszło do zawarcia umowy nr (...) (...) pomiędzy Gminą (...) a E. K. (1) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Z. (...) w J., dotyczącej budowy sieci wodociągowej rozdzielczej wraz z przyłączami dla miejscowości J.- J. – T. za wynagrodzeniem wynoszącym 1.008.810,31 zł. W §7 ust. 3 tej umowy zastrzeżono, że wykonawca nie może zbywać ani przenosić na rzecz osób trzecich praw i wierzytelności powstałych w związku z realizacją tej umowy. Z kolei w § 12 ust. 1 strony postanowiły, że wszelkie zmiany z pełnienia treści umowy wymagają aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności, co odpowiadało treści pkt XIV ust. 4 SIWZ.

W dniu 9 sierpnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Toruniu wyrokiem wydanym w sprawie o sygn. akt VI GC 51/13 zasądził od pozwanego E. K. (1) na rzecz powódki (...) S.A. w G. kwotę 155.152,66 zł tytułem należności głównej wraz ustawowymi odsetkami od kwoty 141 622,66 zł od dnia 13 listopada 2012 roku oraz od kwoty 13 530 zł od dnia 22 listopada 2012 roku do dnia zapłaty, a także kwotę 13 893 zł tytułem kosztów procesu.

W dniu 25 listopada (...) r. Gmina (...) i E. K. (1) zawarli aneks do umowy, które uzupełniły § 5 ust. 7 umowy o wskazanie numeru rachunku bankowego wykonawcy prowadzonego przez bank (...) w D. (...). Na ten rachunek bankowy Gmina (...) z dokonała w dniu 29 listopada 2013 r. dwóch wpłat wynoszących 42.151,63 zł oraz 65.861,93 zł, za fakturę VAT nr (...) i z dnia 18 listopada 2013 roku.

Pod koniec listopada 2013 r. E. K. (1) poinformował za pośrednictwem pracownika referatu inwestycji Urzędu Miasta i Gminy (...) Burmistrza M. G. (1) o tym, że chce zaciągnąć kredyt na kwotę 750 000 zł w Banku (...) w D.. Zabezpieczeniem kredytu miał być powierniczy przelew wierzytelności przysługującej mu wobec Gminy (...) z umowy nr (...) (...) przy czym bank domagał oświadczenia Gminy o zgodzie na przelew tej wierzytelności. E. K. (1) najpierw przedstawił burmistrzowi i skarbnikowi Gminy (...) projekt umowy o przelew wierzytelności, który nie zawierał żadnych podpisów. Po zapoznaniu się z treścią projektowanej umowy Burmistrz i Skarbnik Gminy podpisały oświadczenia o wyrażeniu zgody na stanowiącej tej umowy.

Następnie E. K. (1) udał się z umową do Banku (...) w D., gdzie obydwie strony ją podpisały. Z umowy cesji wynikało, że bank udzielił E. K. (1) kredytu obrotowego w kwocie 750 000 zł. Celem zabezpieczenia wierzytelności banku z tytułu kredytu udzielonego w dniu 29.11.2013 roku umową nr (...) z terminem wymagalności na dzień 30.09.2014 r., E. K. (1) przelał na rzecz banku swoją wierzytelność w stosunku Gminy (...) z tytułu umowy nr (...) (...) z dnia 2 sierpnia 2013 roku do wysokości zadłużenia z tytułu kredytu, z zastrzeżeniem warunku, że jeżeli kredyt wraz odsetkami, prowizją i innymi należnościami banku zostanie spłacony w określonym w umowie kredytowej terminie, ustaną skutki prawne przelewu i cedent stanie się ponownie wyłącznie uprawniony do wierzytelności, której dotyczy ta umowa .

Zgodnie z § 4 ust. 1 i 2 umowy, E. K. (1) były zobowiązany do zawiadomienia Gminy (...) o zawarciu umowy przelewu i wskazania jej rachunku bankowego, na które mają być wpłacane wszelkie płatności wynikające z

umowy kredytowej. Zobowiązywał się także do złożenia w banku pisemnego potwierdzenia zawiadomienia dłużnika cedowanej wierzytelności w ciągu 30 dni od daty uruchomienia kredytu.

Tego samego dnia E. K. (1) wysłał do Gminy (...) Pismo informujące o przelewie wierzytelności oraz o konieczności przekazywania kwoty należnej z tytułu umowy nr (...) (...) na rachunek bieżący w Banku (...) w D. Zakład (...) i (...) (...) E. K. (1) o nr (...) na zmniejszenie zadłużenia z tytułu zaciągniętego kredytu w Banku (...) w D.. Rachunek ten był rachunkiem technicznym E. K. (1) tak do spłat zaciągniętego kredytu.

W dniu 4 grudnia 2013 r. Gmina (...) złożyła oświadczenie skierowane do wiadomości Banku S. w D., w którym potwierdziła przyjęcie do wiadomości umowy z dnia 29 listopada (...) roku i zobowiązała się w przekazywać wierzytelność z umowy nr (...)5.(...) na rachunek wskazany przez cedenta z identycznym oznaczeniem jak wskazał w swoim piśmie z dnia 29 listopada (...) roku E. K. (1). W oświadczeniu tym wyraziła jednocześnie zgodę na zwrotne przeniesienie wierzytelności na rzecz dotychczas wierzyciela w przypadku spłaty kredytu zabezpieczonego umową cesji.

W dniu 24 grudnia 2013 r. Gmina (...) dokonała zapłaty łącznie kwoty 73.336,78 zł za roboty budowlane objęte fakturą VAT nr (...) z dnia 16 grudnia 2013 r. na rachunek wskazany przez cedenta jako rachunek Banku S. w D.. Na ten sam rachunek bankowy pozwana wpłaciła w dniu 9 kwietnia 2014 r. kwotę 74.448,28 zł za roboty budowlane objęte fakturą VAT nr (...) z dnia 1 kwietnia 2014 r., a w dniu 21 maja 2014 roku kwotę 187.550,62 zł za roboty budowlane objęte fakturą VAT nr (...) z dnia 8 maja 2014 r. Wpłaty były tego samego dnia przeksięgowane na rachunek E. K. (1) o nr (...)

Wyrokiem z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie w V ACa 24/14 Sąd Apelacyjny w Gdańsku oddalił apelację pozwanego E. K. (1) od wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 9 sierpnia (...) r. i zasądził od niego na rzecz powódki kwotę 2.900,59 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

W dniu 28 maja 2014 r. powódka złożyła u Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w G. A. S. wniosek o wszczęcie egzekucji kwot wynikających z wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu, sygn. akty VI GC 51/13, kwoty 72 zł tytułem kosztów postępowania klauzulowego oraz kwoty 1800 zł tytułem kosztów zastępstwa radcowskiego w postępowaniu egzekucyjnym. We wniosku wskazała by egzekucję wszcząć m.in. z wierzytelności przysługującej dłużnikowi od Urzędu Miasta i Gminy w (...) z tytułu wykonania zadania pod nazwą „B. miejscowości J.- J. – T.”.

Tego samego dnia komornik sądowy w sprawie o sygnaturze Km 1447/14, wysłał zajęcie wierzytelności należnej E. K. (1) od Gminy (...), zobowiązując ją jednocześnie do złożenia komornikowi oświadczenia o wskazanej w zajęciu treści oraz do potrącenia zajętej wierzytelności dłużnika dziennikarzy do zaspokojenia egzekwowanej należności kosztów egzekucyjnych i przekazywanie komornikowi na wskazane konto.

W dniu 29 maja 2014 r. Gmina (...) w odpowiedzi na zajęcie wierzytelności poinformowała komornika, że E. K. (1) zawarł w dniu 29 listopada (...) r. umowę przelewu wierzytelności z Bankiem (...) w D., w związku z czym wszystkie należności z tytułu wykonywanych prac Gmina przekazuje na rachunek tego banku.

Pismem z dnia 9 czerwca 2014 r. skarbnik Gminy (...) poinformowała komornika między innymi o tym, że Gmina przekazała do Banku S. w D. kwotę 329.335,68 zł byłą wierzytelności E. K. (1) przysługującym z umowy nr (...) (...)

W dniu 12 czerwca 2014 r. Gmina (...) dokonała zapłaty kwoty 168.461,60 zł za roboty budowlane objęte fakturą VAT nr (...) z dnia 2 czerwca 2014 r. ponownie na rachunek wskazany przez cedenta jako rachunek Banku S. w D.. Wpłata ta została tego samego dnia przeksięgowana na rachunek E. K. (1) o nr 95 8310 0002 0008 2400 2000 0010.

Następna zapłata, kwoty 16.840,60 zł, dotycząca robót objętych fakturą VAT nr (...) z dnia 20 czerwca 2014 r. z potrąceniem 1000 zł została uiszczona przez gminę (...) w dniu 4 lipca 2014 r. na nowy rachunek wskazany przez Bank S. w D. o nr (...). Kolejna płatność nastąpiła w dniu 15 lipca 2014 roku w łącznej kwocie 59.672,05 zł i dotyczyła faktury nr (...) z dnia 2 lipca 2014 roku (także na nowy rachunek).

Do dnia 10 lipca 2014 roku z tytułu umowy cesji z dnia 29.11.2013 r. została przelana na Bank S. w D. kwota łącznie 622.651,44 zł.

Pismami z dnia 9 lipca i 22 lipca 2014 roku powodowa spółka poinformowała pozwaną o tym, że kredyt obrotowy nie był spłacany, zagroziła możliwością wystąpienia do organu egzekucyjnego o ukaranie grzywną oraz złożenie zawiadomienia do prokuratora. W swoim piśmie żądała również wyjaśnienia sposobu wypłacania środków E. K. (1) oraz możliwości wszczęcia postępowania przeciwko Gminie (...). Podobne pisma wysyłała także w mieniu 29, 30 i 31 lipca, 04, 18 i 25 sierpnia 2014 roku.

W dniu 23 lipca 2013 r. do banku (...) w D. wpłynęło zawiadomienie o zajęciu rachunków bankowych E. K. (2) przez Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w G. A. S..

W dniu 4 sierpnia 2014 r. do komornika wpłynęło pismo zawierające rozszerzenie wniosku egzekucyjnego co do kwoty 2900,59 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego oraz kwoty 72 zł w tym kosztów postępowania klauzulowego. Tego samego dnia komornik sądowy wysłała zajęcie wierzytelności związane z rozszerzaniem egzekucji o powyższą kwotę do Gminy (...).

Do dnia 13 sierpnia 2014 roku z tytułu umowy cesji z dnia 29.11.(...) r. została przelana na Bank S. w D. kwota łącznie 682.323,49 zł.

W piśmie z dnia 26 września 2014 r. Bank S. w D. z poinformował prokuraturę Rejonową w G. o tym, że ze środków przekazanych przez gminę (...) na spłatę kapitału kredytu obrotowego udzielonego E. K. (1) została zarachowana kwota 105.804,76 zł oraz kwota 42.780,48 zł.

Na dzień 23 stycznia 2015 r. egzekucja z wniosku wierzyciela (...) S. A. w G. w sprawie przeciwko dłużnikowi E. K. o sygn. akt Km 1447/14 była bezskuteczna.

Sąd Okręgowy oceniając zebrany materiał dowody wskazał, że stan faktyczny w sprawie był w dużej mierze bezsporny, sporne natomiast były przede wszystkim: zamiar stron zawierających umowę przelewu, kiedy Burmistrz Miasta i Gminy (...) zapoznała się z umową przelewu i kiedy wyraziła zgodę na jej zapisy, w szczególności czy uczyniła to przed czy po zawarciu umowy, a także na czyją rzecz były uiszczane wpłaty. To ostatnie było o tyle istotne, że mogło mieć wpływ na ocenę, czy umowa przelewu była wykonywana i czy i w jakim ewentualnie zakresie pozwana wykonała należycie swoje zobowiązanie w postaci wypłaty wynagrodzenia uprawnionemu podmiotowi.

Za wiarygodne w zasadzie w całości sąd uznał zeznania M. G. (2), które znajdowały potwierdzenie w większości dokumentów prywatnych oraz w protokole jej przesłuchania w Prokuraturze Rejonowej w G. z dnia 23 października 2014 r. Przesłuchiwana wskazywała przy tym, że czegoś nie pamięta albo nie jest pewna z uwagi na upływ czasu, a biorąc pod uwagę, że podobne zastrzeżenia czyniła zeznając w Prokuraturze (użycie słowa „prawdopodobnie”), Sąd meriti uznał, że M. G. (2) nie próbuje opisać jako faktów tego co sądzi, że miało miejsce, lecz wprost sygnalizuje lukę w pamięci. Sąd ten dostrzegł jednak pewną istotną rozbieżność między jej zeznaniami złożonymi w sprawie oraz w Prokuraturze. Otóż przed prokuratorem Burmistrz zeznała, że „Umowa była podpisana przez Bank (...). Następnie po otrzymaniu tej umowy wierząc Bankowi (...) wyraziłam zgodę na tę umowę”. Natomiast w niniejszej sprawie M. G. (2) zeznała, że widziała najpierw umowę niepodpisaną a potem podpisaną, a potem rozwinęła tę wypowiedź na pytanie pełnomocnika powódki, podając, że to kierownik oddziału inwestycji przysłała do niej z niepodpisaną umową, którą przejrzała Skarbnik Gminy (...), a potem podpisały ją razem (k. 239; czas nagrania: 01:00:33 – 01:06:38).

Zdaniem Sądu pierwszej instancji sprzeczność ta jest pozorna. Niezależnie bowiem od tego, że przesłuchanie, które odbyło się w Prokuraturze Rejonowej w G. nie było rejestrowane w systemie audio – video, w ocenie sądu mówiąc o tym, że po otrzymaniu umowy wyraziła na nią zgodę, Burmistrz odnosiła się do projektu. Wcześniejsze zdanie o osobach, które podpisały umowę wskazuje zaś tylko na strony umowy cesji. Gdyby wypowiedź ta miała dotyczyć tego, że umowa została jej dostarczona już z podpisami stron, to wówczas ze zdania wynikałoby to wprost (np. Gdy

przedłożono mi umowę, to była już podpisana...), a tak nie jest. Sama M. G. (2) odnośnie tego fragmentu protokołu wyraźnie zaznaczyła, że przeczytała projekt cesji.

Cały proces przedstawienia umowy został opisany i zarejestrowany dopiero przed Sądem a quo na rozprawie w dniu 13 maja 2015 r. i to zeznanie Sąd Okręgowy ocenił jako pełne i jasne, a zeznania złożone przez M. G. (2) w charakterze świadka i wynikające z dokumentu urzędowego ma jedynie rolę pomocniczą.

Za niewiarygodne Sąd Okręgowy uznał jedynie zeznania M. G. (2) w części, w jakiej twierdziła, że E. K. (1) zszedł z budowy wiosną 2014 r., gdyż z dokumentów wynika, że był to 12 sierpnia 2014 r. Podobnie Sąd a quo odmówił mocy dowodowej protokołowi kontroli kompleksowej Gminy (...) przeprowadzonego przez Regionalnej Izby Obrachunkowej, który zdaniem pełnomocnika powódki miał być dowodem na pozorność umowy cesji. Twierdzenie to wywiódł on z faktu, iż w części protokołu poświęconego tej umowie nie było żadnej informacji o cesji.

Sąd Okręgowy wskazał, że dowód ten był zapisem przebiegu kontroli i stanowił dokument urzędowy tylko w zakresie w jakim miał odzwierciedlać jej przebieg (art. 244§1 k.p.c.), co nie było przedmiotem sprawy. Wprawdzie nie wskazano wprost w raporcie, że doszło do przelewu wierzytelności, jednakże wszystkie zapisy dotyczące rozliczeń między stronami ujęte w dokumencie są szczątkowe i przykładowo, w ogóle nie wymieniają faktur wystawianych przez E. K. (1), poza jedną zakwestionowaną przez gminę, której sprawa niniejsza nie dotyczyła. Sam protokół nie dotyczył zaś w ogóle umów pomiędzy wykonawcą zadania a podmiotami trzecimi.

Trudno także uznać było zdaniem Sądu Okręgowego, że zapis raportu o wypłaceniu wynagrodzenia wykonawcy pozwalał na ustalenie, że umowa cesji z dnia 29 listopada (...) r. była pozorna zdaniem sporządzających raport lub przedstawicieli Gminy (...).

Odnosząc się do podstawy prawnej żądania zapłaty kwoty 80.000 zł Sąd pierwszej instancji wskazał, że powód swoje żądanie wywodził ją z art. 886§3 k.c. w zw. z art. 902 k.p.c. oraz z art. 415 i 416 k.c.

W ocenie Sądu Okręgowego, powództwo należało oddalić, ponieważ w chwili dokonania zajęcia wierzytelności E. K. (1) przez powódkę, pozwana nie była już jego dłużnikiem, a tym samym nie mogła wyrządzić pozwanej szkody poprzez odmowę wypłacenia jej tej wierzytelności.

Rozważając pierwszą ze wskazanych podstaw prawnych żądania, to jest art. 886§3 k.p.c. Sąd Okręgowy wskazał, że regulacja ta sprowadza się do tego, że dłużnik zajętej wierzytelności (tzw. trzeciodłużnik) na podstawie wykonanego orzeczenia sądowego, który na skutek odmowy przekazania tej wierzytelności stosownie do wezwania komornika umożliwił egzekwowanemu dłużnikowi wyegzekwowanie zajętej wierzytelności z jego rachunku bankowego, obowiązany jest wynagrodzić wierzycielowi - niemogącemu już w żaden sposób ściągnąć należności egzekwowanego dłużnika - powstałą stąd szkodę według przepisów normujących odpowiedzialność z czynów niedozwolonych (art. 361 § 1, art. 415 k.c.). Jest to odpowiedzialność o charakterze deliktowym, oparta na jej ogólnych przesłankach wynikających z przywołanego art. 415 k.c. a w przypadku osób prawnych, jak pozwana, art. 416 k.c. Wobec braku przytoczenia innej podstawy faktycznej roszczeń z art. 415 i 416 k.c. niż niezastosowanie się pozwanej do wezwania komornika, Sąd a quo uznał, że powodowa spółka upatrywała czynu niedozwolonego tylko w tym zachowaniu, a zatem druga z podstaw prawnych była zbieżna z pierwszą.

Bezskuteczność egzekucji skierowanej przez powódkę przeciwko dłużnikowi E. K. (1) była bezsporna. Gdyby zatem ustalono, że pozwana nie zastosowała się, w sposób zawiniony, do wezwania Komornika Sądowego z dnia 29 maja 2014 r. dotyczącego wynagrodzenia z umowy nr (...).5.(...), to konsekwencją byłaby jej odpowiedzialność do wysokości egzekwowanej kwoty, która była niższa niż wierzytelność E. K. (1).

Kluczowym dla uznania, że pozwana nie ponosi odpowiedzialności na powyższej podstawie prawnej i faktycznej, było ustalenie przez sąd, że w dniu 29.11.2013 r. doszło do zawarcia ważnej i skutecznej umowy cesji wierzytelności na podstawie której E. K. (1) przelał na rzecz Banku S. w D. swoją wierzytelność o wynagrodzenie wynikającą z umowy nr (...). 5.(...).

Do zawarcia umowy przelewu doszło w dniu 29 listopada 2013 r. po uprzednim uzyskaniu zgody na zawarcie tej umowy od pozwanej, której przedstawiono do akceptacji projekt.

Sąd Okręgowy nie zgodził się z twierdzeniami powódki, że umowa przelewu były nieważne na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jednolity tekst obowiązujący w chwili zawarcia umowy cesji Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm., dalej jako p.z.p.). Przepis ten przewiduje, że zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Nie ma wątpliwości, że w § 7 ust. 3 umowy nr (...)(...) zawarty był zakaz zbywania wierzytelności, a §12 ust. 1 przewidywał, że wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy wymagają aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej. Jednakże w ocenie sądu, brak jest podstaw by uznać jednorazową zgodę dłużnika na przelew wierzytelności za zmianę całej umowy.

Przez zmianę umowy w tym konkretnym przypadku należałoby rozumieć taką jej obustronną modyfikację, która zmieniłaby zapis §7 ust. 3 i dopuszczała możliwość zbywania bądź przeniesienia na rzecz osób trzecich pojedynczych lub wszystkich praw lub wierzytelności powstałych z realizacją umowy nr (...)(...) Tymczasem Gmina (...) ograniczyła się do jednorazowego pisemnego oświadczenia woli – zgody na przelanie wierzytelności w postaci wynagrodzenia przysługującego E. K. (1), a nie zmiany całej umowy na przyszłość. Gdyby zatem E. K. (1) chciał przenieść jakiegokolwiek inne uprawnienia przysługujące mu z tej umowy wobec Gminy, np. roszczenie odszkodowawcze z §7 ust. 2 umowy, nie byłoby to możliwe.. Do ważnego i skutecznego przeniesienia prawa lub wierzytelności potrzebowałby albo ponownej jednorazowej zgody albo obustronnej zmiany umowy w §7 ust. 3 w drodze pisemnego aneksu.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że nawet gdyby jednak uznać, że tego rodzaju jednorazowa zgoda na odstąpienie od §7 ust. 3 umowy stanowi jej zmianę, to nie można uznać jej za istotną. W orzecznictwie sądowo – administracyjnym przyjmuje się bowiem, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni. Natomiast w rozpoznawanej sprawie zmiana dotyczyła dopuszczalności przelania wierzytelności z tytułu wynagrodzenia, czyli w kwestii istotnej z punktu widzenia ewentualnej windykacji roszczenia, co przy dłużniku będącym jednostką samorządu terytorialnego ma zdecydowanie mniejsze znaczenie.

Przepisy prawa zamówień publicznych nie normują samoistnie kwestii przelewu wierzytelności o zapłatę, służącej wykonawcy do zamawiającego i nie przewidują także zakazu takiej cesji. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rzeczywiście ukierunkowane na badanie przyszłego kontrahenta w aspekcie cech wymaganych przez przepisy prawa i warunki oznaczone przez zamawiającego, ale działania te podejmowane są w ściśle określonym celu. Jest nim znalezienie optymalnego wykonawcy, który zrealizuje zamówienie. W ocenie Sądu pierwszej instancji kwestia dopuszczalności przelewu wynagrodzenia nie miała żadnego wpływu na dopuszczenie innych oferentów, niż ci, którzy wzięli udział w przetargu, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę, że umowa dotyczy robót budowlanych. Kwestie istotne dla stron tej umowy są określone albo w art. 647 – 658 k.c. oraz dodatkowo w art. 143d p.z.p..

Nawet gdyby założyć, że zgoda na przelew była zmianą istotną umowy zawartej w drodze zamówienia publicznego, o której mowa w art. 144 ust. 1 p.z.p., to nie powoduje to automatycznej nieważności ani samej zgody na przelew ani przelewu, którego dotyczyła. Z art. 144 ust. 2 p.z.p. wynika bowiem, że o unieważnienie zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 następuje wyłącznie na skutek inicjatywy Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 144a ust 1 pkt b p.z.p.). W sprawie nie było spornym, iż o zastosowanie takiej sankcji nie wystąpiono, a zatem brak było prejudycjalnego orzeczenia, które jest konieczne do uznania, że taka zmiana jest nieważna i że pociąga za sobą nieważność przelewu.

Skoro natomiast p.z.p. przewiduje dla oceny ważności „zmian istotnych” nie tylko oddzielną podstawę prawną ale i oddzielne postępowanie, to nie można stosować przy tej ocenie art. 58§1 k.c. Podkreślił to ustawodawca w art. 139 ust. 1 p.z.p. stanowiąc, że Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tu zaś ewidentnie p.z.p. zawiera samodzielne uregulowanie.

Ponieważ Sąd Okręgowy jednoznacznie ustalił, że zgoda na przelew została wyrażona przez pozwaną przed zawarciem umowy, uznał że nie ma potrzeby szerokiego odniesienia się do twierdzeń powódki odnośnie nieważności umowy przelewu na podstawie art. 58§1 k.c. w zw. z art. 509§1 k.c. i art. 510§2 k.c. z uwagi na brak możliwości następczego wyrażenia zgody na przelew i sanowania w ten sposób umowy przelewu.

Na marginesie jednakże Sąd Okręgowy zauważył, że taka sankcja dotyczy wyłącznie rozporządzenia umowy mającej doprowadzić do przelewu wierzytelności a nie umów podwójnego skutku. Judykatura wskazuje, że „inną umową” podwójnego skutku, o której mowa w art. 510§1 k.c. może być umowa przelewu wierzytelności na zabezpieczenie spłaty kredytu bankowego (art. 101 pr. bank.). Umowa taka, o ile strony nie postanowiły inaczej, wywołuje skutek rozporządzający i przenosi wierzytelność na cesjonariusza, a strony powinny zawrzeć w niej postanowienie o powrotnym przejściu wierzytelności na cedenta po spłacie przez niego kredytu, co może przybrać postać zastrzeżenia warunku rozwiązującego, którego spełnienie powoduje ipso iure przejście wierzytelności z powrotem na zbywcę .

To z kolei powoduje, że czynność prawna byłaby kulejąca (przy założeniu późniejszej zgody niż zawarcie umowy przelewu) gdyż skutek zobowiązujący umowy przelewu na zabezpieczenie nastąpił a tylko rozporządzający był wstrzymany do czasu zgody Gminy. Tylko gdyby umowa przelewu była umową wyłącznie rozporządzającą, inaczej przelewem sensu stricte, mógłby mieć miejsce skutek bezwzględnej nieważności z art. 58 k.c. w zw. z art. 510 par 2 k.c. o którym mowa w pozwie.

Drugim twierdzeniem powódki mającym prowadzić do uznania, że umowa cesji z dnia 29 listopada (...) r. była nieważna, było twierdzenie o jej pozorności w rozumieniu art. 83 k.c. Powódka wywodziła je z faktu, że Bank S. w D. zamiast kumulować środki na swoim rachunku bankowym albo na rachunku przeznaczonym dla E. K. (1) udostępniał je m, co prowadziło do wniosku, iż zarząd Banku w porozumieniu z E. K. (1) działał na szkodę wierzycieli. Po wszczęciu egzekucji, bank w lipcu 2013 r. wskazał Gminie nowy rachunek do dokonywania spłat, co miało pomóc w uniknięciu egzekucji.

Twierdzenia te zdaniem Sądu Okręgowego nie zostały przez powódkę udowodnione.

Pozwana prawidłowo realizowała swoje obowiązki, dokonując wpłat na rachunek wskazany przez cedenta w aneksie do umowy; cedent wskazał nowy rachunek do dokonywania wpłat części wynagrodzenia z umowy nr (...) (...) w listopadzie 2013 r., kiedy egzekucja jeszcze się nie toczyła, a tytuł egzekucyjny nie był prawomocny, a następnie uczynił to cesjonariusz, po zajęciu rachunków E. K. (1) w toku postępowania Km (...)

Dokonanie takiej zmiany było w ocenie Sądu Okręgowego celowe i nie dowodziło pozorności umowy. Środki, które wpłacała Gmina od momentu wpłaty należały już do banku i gdyby doszło do ich zlania z innymi środkami na rachunku E. K. (1), bank narażałby się na ich zajęcie i konieczność wytoczenia powództwa przeciwegzekucyjnego. Celem przelewu z dnia 29 listopada (...) r. było zabezpieczenie przyszłej spłaty kredytu, która miała nastąpić w dniu 30 września .2014 r. Po udzieleniu kredytu i do czasu zajęcia rachunku (29 listopada 2013 r. – 23 lipca 2014 r.) wstrzymywanie przez Bank przekazywania E. K. (1) pieniędzy, wpłacanych przez pozwaną, byłoby bezsensowne. Z jednej bowiem strony bank oddawałby E. K. (1) do dyspozycji, jako kredytobiorcy, na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych , a więc zwiększałby jego płynność finansową, a z drugiej ograniczał ją poprzez zatrzymywanie środków pieniężnych wpłacanych przez Gminę i to przed terminem wymagalności kredytu oraz w sytuacji, gdy wierzytelność z tytułu wynagrodzenia z umowy (...)(...)była znacząco wyższa niż udzielony kredyt .

Dalej Sąd Okręgowy podkreślił, że bankowi winno zależeć na tym, by E. K. (1) miał wystarczającą ilość środków pieniężnych do realizacji umowy nr (...)(...) gdyż od jej wykonania zależała wiarytelność przelana na bank a tym samym zdolność kredytobiorcy do zabezpieczenia i spłacenia kredytu. Decyzja Banku o zmianie rachunku do wpłat i wstrzymywania środków w momencie, gdy spłata kredytu stała pod znakiem zapytania wobec egzekwowania kredytobiorcy przez innych wierzycieli i zajęcia jego rachunków oraz gdy zbliżał się termin wymagalności kredytu, była racjonalna i nie świadczyła o pozorności umowy przelewu, lecz zmierzała do ochrony interesów banku.

Pozwana nie może natomiast odpowiadać za decyzje Banku S. w D., który zdecydował się przekazywać pieniądze cedentowi, a jednocześnie swojemu dłużnikowi z tytułu umowy kredytu, mimo wiążącej ich umowy przelewu.

Z tych względów Sąd pierwszej instancji doszedł do przekonania, że umowa przelewu z dnia 29 listopada.2013 r. była ważna i skuteczna. Konsekwencją tego było uznanie, że w chwili otrzymania wezwania od komornika pozwana nie była dłużnikiem Edmunda Kępskiego i nie miała obowiązku realizować wezwania. Nie ponosiła zatem odpowiedzialności odszkodowawczej wobec pozwanej na podstawie art. 886§3 k.p.c. w zw. z art. 902 k.p.c. w zw. z art. 415 i 416 k.c.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z art. 98§ 1 i 3 w związku z 99 k.p.c. Na koszty te składało się wynagrodzenie radcy prawnego w kwocie 3.600 zł obliczone na podstawie §6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013, poz. 490) oraz kwota 17 zł tytułem opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

Apelację od tego wyroku wywiodła powódka zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

1. sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych z treścią zebranego materiału dowodowego polegająca na przyjęciu, że:
  - a) E. K. (1) przed zaciągnięciem kredytu informował Burmistrza Gminy (...) o zamiarze zaciągnięcia kredytu w Banku (...);
  - b) E. K. (1) najpierw przedstawił Burmistrzowi i Skarbnikowi projekt umowy cesji niezawierający żadnych podpisów;
  - c) Burmistrz i Skarbnik Gminy podpisały oświadczenia o wyrażeniu zgody na postanowienia umowy cesji po zapoznaniu się z jej projektem;
  - d) E. K. (1) udał się z umową zawierającą zgodę Gminy na jej postanowienia do Banku S. w D., gdzie obydwie strony ją podpisały ;
  - e) do dnia 10 lipca 2009 r. została przelana na Bank S. w D. łączną kwota 622.651,44 zł a dnia 13 sierpnia 2014 r. kwota 682.323,49 zł
2. naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej i jednostronnej oceny zeznań Burmistrza pozwanej Gminy M. G. (3) mimo ich sprzeczności z dokumentem urzędowym – protokołem przesłuchania w Prokuraturze Rejonowej w G. w sprawie 2 Ds 196/14 –S, co doprowadziło do błędnego ustalenia, że Burmistrz wyraziła zgodę na zawarcie umowy przelewu wiarytelności jeszcze przed podpisaniem tej umowy przez jej strony ;
3. naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie, że działanie pozwanego polegające na wyrażeniu zgody na przelew wiarytelności nie stanowiło zmiany umowy nr (...).5(...) w sytuacji, gdy w umowie tej strony zawarły zastrzeżenie umowne wyłączające całkowitą dopuszczalność przelewu wiarytelności przez wykonawcę;
4. naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez odmówienie mocy dowodowej protokołowi kontroli kompleksowej Gminy (...) sporządzonemu przez Regionalną Izbę Obrachunkową;



5. naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie, że jednorazowa zgoda pozwanej na odstąpienie od § 7 ust. 3 umowy nr (...).5.(...) zawierającego zakaz zbywania wierzytelności mógłby stanowić co najwyżej nieistotną zmianę umowy;
6. naruszenia art. 233 k.p.c. poprzez przyjęcie, że umowa cesji z dnia 29 listopada (...) r. nie miała charakteru umowy pozornej;
7. naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie polegające na niewyjaśnieniu podstawy prawnej rozstrzygnięcia w zakresie konstrukcji, na której oparł się Sąd w myśl której sankcja nieważności dotyczy wyłącznie rozporządzenia umowy mającej doprowadzić do przelewu wierzytelności a nie umów podwójnego skutku;
8. naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie polegające na niepodjęciu próby konstruktywnego wyjaśnienia podstawy prawnej rozstrzygnięcia w związku z uznaniem przez Sąd pierwszej instancji, że w przypadku braku po stronie cedenta kompetencji do przeniesienia wierzytelności na skutek zakazu cesji, umowa może stać się skuteczna na skutek potwierdzenia dłużnika.

Skarżąca zarzuciła także uchybienie przepisom prawa materialnego, w szczególności naruszenie:

1. art. 509 §1 k.c. w związku z art. 58 k.c., art. 76 k.c. i art. 77 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p. poprzez przyjęcie, że w sytuacji wyłączenia przez strony umowy w sprawie z zamówienia publicznego zbywalności wierzytelności dłużnik wierzytelności może przez swoje oświadczenie uchylić ten zakaz i nie jest w tym celu dokonanie zmiany umowy zachowaniem art. 77 k.c i art. 139 ust. 1 p.z.p.;
2. art. 58 k.c. w związku z art. 509 § 1 k.c. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że cesja wierzytelności dotkniętej zakazem zbywalności nie jest nieważna, co stanowi próbę ominięcia konsekwencji prawnych rozporządzenia prawem niezbywalnym;
3. art. 510 §1 i 2 k.c. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że cesja wierzytelności z dnia 29 listopada 2013 r. jest umową podwójnego skutku, o której mowa w art. 510 §1 k.c. w sytuacji, gdy umowa ta została zawarta w wykonaniu zobowiązania z umowy kredytowej nr (...);
4. art. 77 § 1 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez ich niezastosowanie skutkujące brakiem rozważenia, czy zmiana umowy nr (...).(…) z dnia 2 sierpnia 2013 r. nie wymagała zmiany formy pisemnej pod rygorem nieważności.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżąca domagała się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania.

W piśmie procesowym z dnia skarżąca wniosła o dopuszczenie dowodu z protokołu rozprawy z dnia 20 października 2015 r. w sprawie II K 1098/14 Sądu Rejonowego w G. w zakresie zeznań M. G. (2) przesłuchiwanej w charakterze świadka na okoliczność potwierdzenia przez nią zeznań uprzednio składanych w postępowaniu przygotowawczym.

Pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja w swej zasadniczej części zasługiwała na uwzględnienie, choć nie wszystkie podniesione w niej zarzuty okazały się zasadne.

W pierwszym rzędzie Sąd Apelacyjny wskazuje, że akceptuje te ustalenia faktyczne w zakresie chronologii wydarzeń, i w tym zakresie nie wymagają one ponownego przytaczania.

Ustalenia te zostały w niewielkim stopniu uzupełnione w postępowaniu apelacyjnym o dowód z zawnioskowanego przez skarżącą protokołu rozprawy z dnia 20 października 2015 r. w sprawie II K 1098/14 Sądu Rejonowego w G., podczas której M. G. (2) składała zeznania w charakterze świadka (k. 323). Przeprowadzenie tego dowodu przed Sądem pierwszej instancji nie było możliwe z uwagi na jego powstanie już po wydaniu wyroku przez Sąd Okręgowy. Ponadto Sąd Odwoławczy dopuścił z urzędu dowód z uzupełniającego przesłuchania za stroną pozwaną M. G. (2) na okoliczności podejmowanych przez nią działań w związku z informacją o umowie cesji zawartej przez E. K. (1) i Bank S. w D. (k. 339-340).

Okoliczności wynikające w tych dowodów zostaną omówione w dalszym roku rozważań, a w tym miejscu Sąd Apelacyjny wskazuje, iż w pierwszym rzędzie koniecznym jest odniesienie się do zarzutu naruszenia art. 328 §2 k.p.c. Zarzut ten mógłby okazać się skuteczny jedynie wówczas, gdyby niedostatki uzasadnienia nie pozwalały w ogóle na dokonanie kontroli instancyjnej orzeczenia (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999/4/83, z dnia 26 listopada 1999 r., III CKN 460/98, OSNC2000/5/100, z dnia 5 września 2012 r., IV CSK 76/12, LEX nr 1229815).

Sytuacja taka nie zachodzi w niniejszej sprawie, gdyż Sąd meriti omówił przeprowadzone w sprawie dowody, wyjaśnił, jakim z nich daje wiarę, a jakim odmówił mocy dowodowej, wskazał także podstawę prawną rozstrzygnięcia. Kwestie, na które zwraca uwagę skarżąca w ramach zarzutu naruszenia tego przepisu, dotyczą raczej niejasności wyводу prawnego Sądu pierwszej instancji, jednak przypomnieć należy, że Sąd Odwoławczy działając jako instancja merytoryczna dokonuje samodzielnej oceny poprawności zastosowania prawa materialnego; zatem ewentualne usterki uzasadnienia wyroku w zakresie wyjaśnienia podstawy prawnej rozstrzygnięcia nie wpływają na możliwość przeprowadzenia kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia.

Przechodząc natomiast do kwestii prawidłowości ustaleń faktycznych poczynionych w sprawie oraz podniesionych w tym względzie zarzutów apelacji związanych z naruszeniem, art. 233 k.p.c. , to Sąd Apelacyjny zgadza się ze stanowiskiem skarżącej co do wadliwości tych ustaleń w takim zakresie, w jakim dotyczą one momentu, w którym Burmistrz Gminy (...) powzięła informację o umowie cesji pomiędzy E. K. (1) a Bankiem (...) w D. i kiedy ona oraz Skarbnik Gminy ją podpisały , oraz w zakresie tego, czy został jej przedłożony jedynie projekt umowy cesji, czy też umowa cesji już podpisana przez jej strony.

W tej kwestii trafny bowiem okazał się zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. Skarżący podnosząc zarzut uchybienia przez Sąd Okręgowy zasadzie swobodnej oceny dowodów w zakresie oceny zeznań M. G. (2) trafnie wskazał na sprzeczności pomiędzy treścią jej zeznań składanych przed Sądem a quo a treścią zeznań składanych w Prokuraturze Rejonowej w G..

Sposób wyjaśnienia tych sprzeczności dokonany przez Sąd pierwszej instancji, uchybia zasadom logicznego rozumowania. Otóż Sąd Okręgowy podejmując próbę ich wyjaśnienia poczynił hipotetyczne założenia co do rzeczywistych intencji M. G. (4) podczas przesłuchiwania jej w Prokuraturze Rejonowej w G., i w istocie przypisał inne znaczenie jej wypowiedziom niż takie, które literalnie z nich wynika, podkreślając, że nie jest znane ani pytanie, które było zadane ani kontekst, w jakim padło.

Zauważyć należy jednak, iż nie jest rolą Sądu czy też jakiegokolwiek innego organu zapoznającego się z protokołem przesłuchania świadka dokonywanie interpretacji tych zeznań poprzez snucie przypuszczeń, co w rzeczywistości świadek miał na myśli formułując określoną wypowiedź. Taką natomiast taktykę przyjął Sąd Okręgowy, wprost zakładając – bez żadnych ku temu przesłanek – jakich słów użyłaby Burmistrz pozwanej , gdyby chciała wyrazić określoną treść. Zdaniem Sądu Odwoławczego, taka ocena protokołu wykracza daleko poza zasady logicznego rozumowania wyznaczające wraz z zasadami doświadczenia życiowego granice swobodnej oceny dowodów. Jedynym uzasadnieniem dla takich czysto hipotetycznych rozważań, na podstawie których Sąd Okręgowy postawił jednak stanowcze wnioski, miał być brak rejestracji przesłuchania M. G. (2) w systemie audio –video. Nie jest to jednak dostateczną ku temu podstawą, zważywszy na standardy przesłuchania świadków w procedurze karnej.

Wydaje się wręcz, że Sąd Okręgowy stawiając tezę, zmierzał w ten sposób do uniknięcia konieczności rozważenia kwestii nieważności umowy przelewu na podstawie art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 509 §1 k.c. i art. 510 §1 2 k.c., o czym wprost świadczy fragment uzasadnienia zaskarżonego wyroku na stronie 19.

W konsekwencji prawidłowa ocena przesłuchania M. T., dokonana z uwzględnieniem jej zeznań składanych w postępowaniu przygotowawczym winna prowadzić do wniosku, że jej zeznania składane w niniejszej sprawie nie zasługują na wiarę z uwagi na sprzeczność z jej wcześniej prezentowanym stanowiskiem. Nie bez znaczenia przy tym jest, że zeznania w postępowaniu przygotowawczym składane były chronologicznie wcześniej niż w sprawie niniejszej, a zatem w tamtym czasie pamięć Burmistrz pozwanej Gminy o spornym zdarzeniu powinna być lepsza.

W konsekwencji zeznania Burmistrz pozwanej nie dają podstaw do wysnucia konkluzji, że widziała ona projekt umowy cesji i wyraziła na nią zgodę jeszcze przed jej podpisaniem i w tym zakresie ustalenia Sądu a quo są błędne. W przekonaniu takim utwierdza treść zeznań M. G. (2) składanych już przed Sądem Rejonowym w G. w sprawie II K 10989/14 na rozprawie w dniu 20 października 2015 r., uwidoczniła w protokole, z którego Sąd Apelacyjny dopuścił dowód. Z protokołu tego wynika, że podtrzymała ona zeznania składane uprzednio, w których wskazała, że umowa była podpisana przez Bank (...).

Co do pozostałych zarzutów błędu w ustaleniach faktycznych i związanego z tym zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. Sąd Apelacyjny uznaje, że ustalenia co do czasu powzięcia przez Gminę informacji o zaciągnięciu kredytu nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia. Z kolei błąd w ustaleniach Sądu co do wpływu środków na rzecz Banku S. ma charakter pozorny, gdyż Sąd w części faktograficznej uzasadnienia ustala, że określone kwoty wpłynęły na rzecz Banku S. dnia 10 lipca 2014 r i 13 sierpnia 2014 r. odwołując się do zaświadczeń Banku (k. 198 i k. 199), jednak z dalszych rozważań Sądu wynika, że uwzględnił on fakt, iż ostatecznie część tych środków trafiła do E. K. (1) (str. 20 verte i 21 uzasadnienia wyroku), a do tego sprowadza się istota podniesionego w tym względzie zarzutu przez skarżącą.

Jeśli chodzi natomiast o zarzut wadliwej oceny protokołu kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej to zarzut ten jest uzasadniony o tyle tylko, w jakim dotyczy on odmówienia przez Sąd temu dokumentowi a quo mocy dowodowej. Nie ma podstaw do zanegowania tego, co wprost wynika z treści tego protokołu, czyli faktu przeprowadzania w określonym czasie kontroli w pozwanej Gminie w zakresie gospodarki finansowej i zamówień publicznych. Sąd Okręgowy dostrzegł zresztą, że tylko w tym zakresie dowód ten może odzwierciedlać pewne fakty, zatem wydaje się, iż posłużenie się terminem „odmowa mocy dowodowej” jest niezręcznością językową. Natomiast przyczyny nieujawnienia w protokole faktu zawarcia umowy cesji w dniu 29 listopada (...) r. pozostają poza zakresem badania Sądu i nie sposób dociec, czy wynikało to z celowego działania pozwanej Gminy ukrywającej tę okoliczność przed organem kontrolującym – jak sugeruje skarżąca - czy też wynikiem niedostatecznej wnikliwości kontrolujących.

Przechodząc natomiast do oceny wpływu wadliwości ustaleń faktycznych na rozstrzygnięcie Sąd Apelacyjny wskazuje, że kwestia czasu powzięcia wiedzy o umowie cesji przez Burmistrza pozwanej Gminy, w szczególności czy nastąpiło to przed jej podpisaniem czy też po podpisaniu przez E. K. (1) i Bank S. nie ma fundamentalnego znaczenia w niniejszej sprawie. Nawet gdyby zgodnie z tezą forsowaną przez Sąd pierwszej instancji Burmistrz powzięła informację o umowie cesji na podstawie przedłożonego jej projektu, czyli jeszcze przed jej podpisaniem umowy przez E. K. (1) i Bank, to i tak nie miałyby to znaczenia dla oceny ważności i skuteczności umowy cesji.

Pamiętać bowiem należy, że umowa łącząca E. K. (1) z Gminą wprowadzała w § 7 ust. 3 bezwzględny zakaz cesji wierzytelności przysługujących wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia, a zgodnie z § 12 wszelkie zmiany umowy mogły nastąpić wyłącznie w drodze pisemnego aneksu pod rygorem nieważności, co niewątpliwie w sprawie nie miało miejsca.

Sąd Okręgowy nie stawia zresztą tezy, że oświadczenie Gminy o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy cesji stanowić miałyby wymaganą przez § 12 zmianę umowy nr (...)(...). Wręcz przeciwnie, Sąd ten uznaje, że jednorazowa zgoda dłużnika na przelew wierzytelności nie stanowiła zmiany całej umowy (str. 17 uzasadnienia). Dalsze wywody Sądu Okręgowego wskazują, iż uznał on za skuteczne i nienaruszające postanowień umowy nr (...)(...) wyrażenie przez

Gminę zgody na zawarcie umowy cesji, w ślad za przyjętym przez ten Sąd założeniem, że wyrażenie zgody miało miejsce jeszcze przed podpisaniem umowy przez cedenta i cesjonariusza.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, takie rozumowanie dotknięte jest błędem logicznym. Skoro bowiem strony umowy nr (...) (...) r. wprowadziły do umowy zastrzeżenie pactum de non cedendo i dodatkowo zastrzegły formę pisemną dla zmian umowy pod rygorem nieważności, to nasuwa się wniosek, że zawierając umowę nie dopuszczały one możliwości wyrażenia incydentalnej zgody przez dłużnika na zawarcie w przyszłości jednorazowej umowy cesji przez wykonawcę. Takie wyrażenie zgody, które w przekonaniu Sądu meirit nie stanowi zmiany umowy nr (...) (...) byłoby ewidentnym obejściem umownego zakazu pactum de non cedendo. Taka konstrukcja stawiałaby bowiem pod znakiem zapytania celowość wprowadzenia do umowy zapisu w § 7 ust. 3.

Wpływ wprowadzonego do umowy zastrzeżenia pactum de non cedendo zostanie omówiony w dalszej części rozważań, w tym natomiast miejscu należy odnieść się do wywodów Sądu Okręgowego, którzy przeanalizował ważność zawartej umowy cesji w kontekście przepisów p.z.p.; strona powodowa jedną z tez o nieważności umowy wywodziła bowiem między innymi z zarzutów o naruszeniu z przepisów art. 139 i art. 144 tej ustawy .

Otóż przepis art. 144 ust. 1 p.z.p. zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu.

Z wnioskiem o unieważnienie może wystąpić Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (art. 144a ust. 1 pkt 2 p.z.p.).

Bezspornie postępowanie o unieważnienie nie toczyło się, zatem czyni to zbędnym snucie rozważań, czy poprzez wyrażenie przez Burmistrza Gminy zgody na zawarcie umowy cesji pomiędzy E. K. (1) a Bankiem (...) doszło tym samym do zmiany umowy nr (...) (...)czy też nie doszło. Nawet gdyby bowiem w tym kierunku dokonywać wykładni oświadczenia woli Gminy, to bez wszczęcia takiego postępowania z inicjatywy Prezesa Zamówień Publicznych nie można mówić o nieważności dokonanej zmiany. Tym samym nie ma również potrzeby odnoszenia się do tej części rozważań Sądu a quo dotyczących tego, czy ewentualna zmiana mogła być zmianą istotną czy też nie w świetle art. 144 ust. 1 p.z.p. Jest to przy tym bezprzedmiotowe również z tego względu, że Sąd Okręgowy wyraźnie przyjął, iż zgoda Burmistrza pozwanej na zawarcie umowy przelewu nie stanowiła zmiany umowy nr (...) (...) lecz jednorazową zgodę na przelew wierzytelności.

W konsekwencji nie mają znaczenia zarzuty apelacji dotyczące naruszenia prawa materialnego w zakresie art. 139 i art. 144 p.z.p. w związku z art. 76 k.c. i art. 77 k.c. Natomiast zasadne są w tej części, w jakiej wskazują na uchybienie przez Sąd Okręgowy przepisom art. 509 §1 k.c. art. 510 §1 i 2 k.c. i art. 58 k.c.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, zawarcie umowy cesji wbrew zakazowi wyrażonemu w § 7 ust. 3 umowy nr (...) (...) skutkuje nieważnością umowy przelewu, która w tym wypadku była umową o skutku wyłącznie rozporządzającym. Taki charakter umowy przelewu wierzytelności dokonywanej na zabezpieczenie udzielonego kredytu wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych (wyrok Sadu Najwyższego dnia 5 marca 2008 r., IV CK 628/04, LEX nr 147225, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 sierpnia 2014 r., VI ACa 1768/14, LEX nr 1515323). Umowa o przelew wierzytelności wprost nawiązywała do udzielonego E. K. (1) kredytu w dniu 29 listopada (...) r. poprzez wskazanie numeru umowy kredytowej określającej jego warunki i termin spłaty (§1) oraz stanowiła, że na zabezpieczenie jego spłaty E. K. (1) przelewa na rzecz Banku swoją wierzytelność z umowy nr (...)5.(...) do wysokości zadłużenia z tytułu kredytu z zastrzeżeniem warunku, że jeżeli kredyt zostanie spłacony w terminie w całości wraz z odsetkami itd., to skutki prawne przelewu ustaną (§ 2 ).

W odniesieniu do takich umów (o skutku wyłącznie rozporządzającym) wyrażany jest w doktrynie pogląd o ich bezwzględnej nieważności w przypadku, gdy umowa przelewu zawierana jest mimo zastrzeżenia pactum de nion

cedendo (por. G. Kozieł , komentarz do art. 514 w System Informacji prawnej LEX, teza 12, oraz M. Pazdan , Przelew wierzytelności na zabezpieczenie , KPP 2002.1.115, teza 7).

Zgodzić się należy ze skarżącą, że ten wątek Sąd Okręgowy całkowicie zbagatelizował, mimo że przyznał (str. 20 *verte* uzasadnienia), iż sankcja nieważności na podstawie art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 509 §1 k.c. i art. 510 §1 k.c. dotyczyć może umów o skutku wyłącznie rozporządzającym. Pomiął jednak Sąd Okręgowy, że umowa przelewu w rozpoznawanej sprawie miała taki właśnie charakter, w żaden przy tym sposób nie uzasadniając przyczyn dla przyjęcia odmiennego stanowiska.

Nie sposób przy tym przyjmować, aby zawarcie umowy cesji stanowiło w tym wypadku tzw. czynność prawną kulejącą, która może być sanowana w trybie art. 63 § 1 k.c. Umowa nr (...) (...) w żaden bowiem sposób nie uzależniała możliwości zawarcia umowy cesji od zgody dłużnika, lecz w ogóle ją wykluczała bez dokonania stosownej zmiany umowy w formie pisemnego aneksu pod rygorem nieważności. W świetle takich postanowień umowy interpretowanie zgody Gminy na umowę cesji (bez względu na to, czy po jej zawarciu, czy też przed jej zawarciem) jako czynności sanującej wadliwą cesję, byłoby zbyt daleko idące.

Z tego zatem względu nie może mieć zastosowania w sprawie pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu uchwały z dnia 6 lipca 2005 r. (III CZP 40/05 OSNC 2006/5/84), zgodnie z którym przelew dokonany wbrew umownemu zastrzeżeniu lub ograniczeniu zbycia wierzytelności staje się skuteczny wówczas, gdy późniejsza akceptacja dłużnika powoduje powstanie skutków prawnych przelewu. Otóż uchwała ta zapadła w odmiennym stanie faktycznym, gdzie w umowie zastrzeżono zakaz cesji bez zgody dłużnika. W rozpoznawanej natomiast sprawie nie uzależniano skuteczności przelewu od pozyskania zgody dłużnika, lecz w ogóle możliwość dokonania przelewu wierzytelności z tytułu wynagrodzenia przysługującego wykonawcy wyłączono.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że zasadne są twierdzenia powódki o błędnym honorowaniu przez pozwaną Gminę umowy przelewu wierzytelności zawartej przez E. K. (1) z Bankiem (...).

Z przesłuchania Burmistrz pozwanej Gminy w postępowaniu apelacyjnym wynika, że dowiadując się o umowie cesji nie pamiętała ona, czy w umowie nr (...) (...) r. wyrażony był zakaz cesji; nie pamiętała, czy podjęła konsultacje z obsługą prawną Urzędu Gminy, nie dokonywała analizy tej umowy pod kątem zapisów umowy nr (...) (...) łączącej E. K. (1) z Gminą, w szczególności w świetle jej § 7 ust. 3.

Taka postawa jest o tyle niezrozumiała, że umowa ta była zawierana i realizowana w trybie ustawy p.z.p., a Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawierała analogiczne zastrzeżenie jak wspomniany § 7 ust. 3 umowy. Burmistrz pozwanej akcentowała priorytetowy charakter inwestycji realizowanej przez E. K. (1) i konieczność jej ukończenia, stąd za korzystne uznawała zaciągnięcie przez niego kredytu. Mimo to nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której Gmina jako dysponent środków publicznych dowiadując się o zmianie osoby wierzyciela, nie sięga do zapisów umowy i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia celem ustalenia relacji, w jakiej umowa przelewu pozostaje wobec umowy pomiędzy cedentem a Gminą i czy umowa przelewu może odnieść jakikolwiek skutek wobec Gminy.

W ocenie Sądu Odwoławczego, nawet gdyby zdaniem Gminy nie było podstaw na tamtym etapie do postawienia tezy o nieważności umowy cesji na podstawie art. 58 k.c. w związku z art. 509 k.c. i art. 510 k.c, to co najmniej należało rozważyć sprzeczność tej umowy z zasadami współzycia społecznego, gdyż zawierając tę umowę E. K. (1) wyraźnie zignorował obostrzenie wiążące go w umowie nr (...) (...) oraz wymóg Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, który obowiązywał przy ubieganiu się o zrealizowanie zamówienia na rzecz Gminy. W ten sposób wykazał się dużą nielojalnością wobec swojego kontrahenta, jak i wobec innych podmiotów uczestniczących w przetargu. Wprawdzie Burmistrz Gminy deklarowała, że zaciągnięcie kredytu było korzystne dla Gminy gdyż gwarantowało E. K. (1) środki na dokończenie inwestycji, jednak taka postawa pozwanej świadczy *de facto* o jej aprobacie dla lekceważenia ustaleń umownych oraz wymogów stawianych wykonawcom ubiegającym się o realizację zamówienia w trybie przepisów ustawy p.z.p.

Wreszcie, otrzymując zawiadomienie od Komornika Sądowego o zajęciu wierzytelności, Gmina w żaden sposób nie podjęła czynności pozwalających jej uniknąć ewentualnego późniejszego zarzutu niezastosowania się do zajęcia i narażenia w ten sposób wierzyciela cedenta na szkodę, prezentując konsekwentnie stanowisko o ważności i skuteczności umowy cesji z dnia 29 listopada (...) r. (pismo z dnia 29 maja 2014 r., k. 92 i pismo z dnia 19 sierpnia 2014 r. – k. 130). Gmina po otrzymaniu zajęcia nie brała pod uwagę możliwości złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego, mimo iż przepis art. 467 pkt 1 k.c. zezwala na to, gdy wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, nie wie, kto jest wierzycielem.

Wszystkie te okoliczności pozwalają zdaniem Sądu Odwoławczego przyjąć podstawy do odpowiedzialności pozwanej Gminy, która to odpowiedzialność ma charakter deliktowy (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1982 r., I CZ 101/82, LEX nr 8467). Nadto, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2010 r., (I CSK 707/09, LEX nr 784901), art. 886 § 3 k.p.c. (który poprzez art. 902 k.p.c. ma zastosowanie w rozpoznawanej sprawie), posługuje się ogólnym określeniem o odpowiedzialności odszkodowawczej ciężącej na poddłużniku, które to sformułowanie interpretować należy jako odpowiedzialność poddłużnika za własne zawinione działania lub za takie działania organu, jeśli poddłużnik jest osobą prawną.

Co istotne, po dacie otrzymania zajęcia komorniczego, pozwana realizowała wpłaty na konto wskazane przez E. K. (1) w związku z zawarciem przezeń umowy cesji, o czym świadczy treść pisma Gminy z dnia 17 lipca 2014 r. (k. 104); suma przekazanych środków wskazuje natomiast, iż gdyby Gmina dostosowała się do zajęcia komorniczego, to powódka byłaby w stanie zaspokoić swoją wierzytelność obecnie dochodzoną w niniejszym postępowaniu.

W tym stanie rzeczy nie było potrzeby do szczegółowego rozważania kwestii pozorności umowy przelewu z dnia 29 listopada 2003 r. i zarzutów apelacji kwestionujących w tym względzie ustalenia faktyczne, gdyż już okoliczności wyżej omówione dawały podstawy do stwierdzenia nieważności tej umowy na podstawie art. 58 k.c. w związku z art. 509 k.c. i art. 510 k.c. Dla porządku jedynie wyjaśnić należy, że trudno w istocie oceniać, czy umowa ta dotknięta była wadą oświadczenia woli, o jakiej mowa w art. 83 k.c., skoro inicjatywa dowodowa powódki podnoszącej takie twierdzenia nie objęła wniosku o przesłuchane stron tej czynności.

Jakkolwiek zgodzić się należy ze skarżącą, że przyjęta przez Bank S. praktyka przekazywania cedentowi środków otrzymywanych od jego dłużnika w związku z zawartą umową przelewu klóci się ze zdrowym rozsądkiem i istotą zabezpieczeń kredytowych, a odmienne stanowisko Sądu Okręgowego uznającego takie posunięcie za racjonalne i zmierzające do ochrony interesów banku jest sprzeczne logiką i doświadczeniem życiowym, to Sąd Apelacyjny wskazuje, że okoliczność ta nie może być interpretowana jako wyłączny dowód na postawienie tezy o pozorności umowy przelewu. Zważyć bowiem należy, że w takim wypadku należy wykazać spełnienie trzech przesłanek, a więc: świadczenie musi być złożone tylko dla pozoru, oświadczenie musi być złożone drugiej stronie, adresat oświadczenia woli musi zgadzać się na dokonanie czynności prawnej jedynie dla pozoru. Stwierdzenie pozorności wymaga ustalenia braku zamiaru kreowania określonego stosunku prawnego, a w ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest ku temu wystarczającą podstawą wyżej opisane działanie Banku, choć bez wątplenia w praktyce bankowej niespotkane.

Uznając zatem, że zachodzą podstawy do uwzględnienia żądania co do kwoty 80.000 zł zgodnie z żądaniem pozwu, Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w jego punkcie pierwszym.

Nie było jednak podstaw do uwzględnienia żądania w całości także co do odsetek za opóźnienie, których powódka żądała od dnia wniesienia pozwu, to jest od dnia 3 lutego 2015 r. Otóż przyjmując, że w wezwaniu do zapłaty z dnia 27 stycznia 2015 r. (k. 169) powódka określiła termin 5 dni na spełnienia świadczenia, to dla ustalenia, kiedy pozwana popadła w opóźnienie, koniecznym byłoby przynajmniej dysponowanie dowodem doręczenia tego pisma lub też przynajmniej zachowanie takiego odstępu czasowego pomiędzy datą wezwania a datą wniesienia pozwu, który realnie pozwalałby pozwanej na spełnienie świadczenia w wyznaczonym terminie. Z tego względu Sąd Apelacyjny przyjął, że odsetki za opóźnienie mogą należeć się powódce dopiero od dnia następnego po dniu doręczenia odpisu pozwu, co miało miejsce w dniu 20 marca 2015 r. (z.p.o. k. 209).

Sposób zasądzenia odsetek uwzględnia zmiany w stanie prawnym obowiązujące od dnia 1 stycznia 2016 r., kiedy to weszła w życie nowelizacja kodeksu cywilnego dokonana ustawą z dnia 9 października 2015 r. o (Dz. U. z 2015 r, poz. 1830 ), wprowadzająca w art. 481 §1 k.c. określony sposób ustalenia stopy odsetek ustawowych za opóźnienie.

Konsekwencją zmiany wyroku w punkcie jest także zmiana w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach i koszty te Sąd Apelacyjny zasądził od pozwanej na rzecz powódki na podstawie § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu – t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 461 ze zm.) wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa i opłatą od pozwu wynoszącą 4.000 zł.

W pozostałej części , to jest w zakresie żądania odsetek już od dnia wniesienia pozwu Sąd Odwoławczy apelację oddalił na mocy art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na mocy art. 98 §1 k.p.c. i art. 108 §1 k.p.c. obciążając nimi w całości pozwaną jako przegrywającego to postępowanie, gdyż powódka uległa swojemu przeciwnikowi tylko w nieznacznej części. Zostały one ustalone w wysokości zgodnej z § 6 pkt 6 w związku z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu – t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 461 ze zm.) i powiększone o kwotę 4.000 zł tytułem opłaty od apelacji .

SSO Rafał Terlecki SSA Jakub Rusiński SSA Małgorzata Zwierzyńska