

Sygn. akt I ACz 1894/15

POSTANOWIENIE

Dnia 5 listopada 2015 roku

Sąd Apelacyjny w Krakowie, Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wojciech Kościółek

Sędziowie: SSA Anna Kowacz-Braun

SSA Jerzy Bess (spr.)

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 listopada 2015 roku w Krakowie

sprawy z wniosku (...) Spółki Akcyjnej w K.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w K.

o udzielenie zabezpieczenia przed wszczęciem powództwa

na skutek zażalenia uprawnionego na postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 2 lipca 2015 roku, sygn. akt IX GCo 154/15

postanawia

1. oddalić zażalenie,
2. zasądzić od uprawnionego (...) Spółki Akcyjnej w K. na rzecz obowiązanego (...) Spółki Akcyjnej w K. kwotę 900,00 zł (dziewięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania zażaleniowego.

SSA Anna Kowacz-Braun SSA Wojciech Kościółek SSA Jerzy Bess

Sygn. akt I ACz 1894/15

UZASADNIENIE

(...) S.A. w K., złożył wniosek o udzielenie zabezpieczenia przed wszczęciem postępowania, poprzez zakazanie obowiązanemu (...) S.A. w K. posługiwania się pełnomocnictwem udzielonym mu przez wnioskodawcę w dniu 11 kwietnia 2011 r. do pełnienia funkcji Lidera Konsorcjum w związku z zawartą w dniu 11 kwietnia 2011 r. umową konsorcjum w celu ubiegania się o zamówienie publiczne dotyczące inwestycji pn. Budowa Zajezdni (...) w P. wnosząc jednocześnie o wyznaczenie mu dwutygodniowego terminu do wytoczenia powództwa o wydanie powyższego pełnomocnictwa.

Na uzasadnienie uprawniony podał, że w dniu 11 kwietnia 2011 r. strony zawarły umowę konsorcjum „Budowa zajezdni (...)w P.”. Jednocześnie obowiązanym, jako Lider Konsorcjum, otrzymał od uprawnionego pełnomocnictwo. Strony dokonały podziału prac związanych z realizacją inwestycji; wszelkie prace wchodzące w zakres prac uprawnionego zostały wykonane, obowiązanym i MPK dokonali odbioru Hali Głównej (zakres prac uprawnionego) z wyłączeniem lakierni, która wchodziła w zakres prac obowiązanego do eksploatacji przez MPK. Uprawniony podniósł, że zgodnie z umową z MPK, wynagrodzenie należne stronom do czasu rozliczenia końcowego wynosić miało 80% wynagrodzenia przewidzianego dla danego konsorcjanta; ostateczne rozliczenie inwestycji miało nastąpić na podstawie faktury VAT po uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz w oparciu o bezusterkowy protokół odbioru końcowego. Realizacja robót związanych z lakiernią nie została zakończona przez obowiązanego do chwili złożenia wniosku, a nadto prowadzone tam prace są wykonywane w sposób samowolny, bez uzgodnienia z zamawiającym oraz

inspektorami branżowymi dokumentacji zamiennej lakierni. Dodatkowo(...)S.A. zaprzestał współdziałania w celu realizacji nadrzędnego celu, jakim jest realizacja umowy z MPK i działa wyłącznie we własnym interesie. W dniu 3 lutego 2015 r. z powodu powyższych naruszeń oraz utratą przez uprawnionego zaufania do obowiązanego, jako Lidera Konsorcjum i pełnomocnika – wypowiedział on umowę konsorcjum ze skutkiem natychmiastowym, jednocześnie odwołując pełnomocnictwo.

Na uprawdopodobnienie roszczenia wnioskodawca podał, że wynika ono z art. 102 k.c. stanowiącego, że po wygaśnięciu umocowania pełnomocnik obowiązany jest zwrócić pełnomocnictwo – zarówno Umowa Konsorcjum jak i pełnomocnictwo zostały skutecznie wypowiedziane. Skoro więc umowa – stosunek podstawowy została skutecznie rozwiązana, pełnomocnictwo jako mające charakter akcesoryjny również wygasło. Działania(...)S.A. związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Umowy Konsorcjum i umowy z MPK, a także nadużycia wobec (...) S.A. mimo wielokrotnych wezwań do zaprzestania naruszeń w pełni uzasadniały wypowiedzenie Umowy Konsorcjum i odwołanie pełnomocnictwa. Roszczenie przysługuje wnioskodawcy również z tego względu, że pomimo wezwania uczestnika do wydania pełnomocnictwa wraz z odpisami, odmówił on wydania tych dokumentów.

Ustosunkowując się do treści złożonego wniosku – obowiązany wniośł o jego nieuwzględnianie, podnosząc, że wnioskodawcy nie przysługuje wobec obowiązanego żadne roszczenie, a wniosek w istocie zmierza wyłącznie do zaspokojenia jego interesów oraz jest sprzeczny z treścią zawartej umowy konsorcjum. Treścią przyszłego roszczenia wnioskodawcy jest żądanie wydania dokumentu pełnomocnictwa, którym faktycznie obowiązany nie dysponuje, gdyż zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych przekazał go zamawiającemu – MPK.

Zaskarżonym postanowieniem Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił wniosek uprawnionego o udzielenie zabezpieczenia.

W uzasadnieniu swojego orzeczenia Sąd Okręgowy podał, że ani roszczenie uprawnionego, ani też interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia, nie zostały należycie uprawdopodobnione. Wskazał, że w jego ocenie uprawniony nie uprawdopodobnił, aby w sposób skuteczny odwołał pełnomocnictwo, czy też wypowiedział umowę. Podkreślił, że pełnomocnictwo udzielone przez uprawnionego było nieodwołalne. Ponadto na podstawie okoliczności przytoczonych we wniosku i na podstawie dokumentów do niego dołączonych nie sposób uznać za uprawdopodobnione, że zakaz odwołania pełnomocnictwa był bezpodstawny. Nieodwołalność pełnomocnictwa wynikała bowiem z istoty zawartej umowy konsorcjum w związku z przetargiem organizowanym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Sądu I instancji, uprawniony nie uprawdopodobnił również, że skutecznie wypowiedział umowę konsorcjum, która była podstawą udzielenia pełnomocnictwa. Jako podstawę wypowiedzenia umowy konsorcjum uprawniony wskazał art. 869 § 2 kc dotyczący wypowiedzenia udziału w spółce cywilnej. Na podstawie okoliczności przytoczonych we wniosku, jaki i dołączonych do wniosku dokumentów, w tym umowy konsorcjum, w ocenie Sądu Okręgowego nie sposób uznać, że umowa konsorcjum zawarta między stronami jest umową spółki cywilnej, nie każda bowiem umowa konsorcjum jest umową spółki cywilnej – można ją za taką uznać tylko wtedy, gdy zawiera elementy typowe dla umowy spółki cywilnej, takie jak np. wniesienie wkładu czy wspólny majątek. Umowa zawarta między stronami nie zawiera powyższych elementów typowych dla umowy spółki cywilnej. Wolą stron nie było zawarcie umowy spółki cywilnej, czemu dały wyraz wprost w § 1 pkt 5 umowy („niniejsza umowa nie konstituuje spółki cywilnej”). W konsekwencji – jak wskazał Sąd Okręgowy - nie znajdzie zastosowania art. 869 § 2 kc. Sąd ten zaznaczył też, iż przedmiotowy dokument pełnomocnictwa nie znajduje się w posiadaniu obowiązanego.

Dodatkowo w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia Sąd Okręgowy podał, że uprawniony nie uprawdopodobnił należycie interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia.

Wskazany sposób zabezpieczenia (zakaz posługiwania się pełnomocnictwem) z pewnością nie zapobiegnie uniemożliwieniu lub poważnemu utrudnieniu wykonania orzeczenia (tu: polegającego na wydaniu dokumentu pełnomocnictwa). W ocenie Sądu I instancji zakaz posługiwania się pełnomocnictwem mógłby co najwyżej co do zasady zapobiec uniemożliwieniu lub poważnemu utrudnieniu osiągnięcia celu postępowania, jakim będzie uniemożliwienie obowiązanemu posługiwanie się pełnomocnictwem w razie uwzględnienia powództwa o wydanie dokumentu. Zakaz taki jednak zmierza w istocie do zaspokojenia roszczenia, co jest co do zasady niedopuszczalne

(art. 731 kpc). Uprawniony nie uprawdopodobnił przy tym należycie, że zachodzą przesłanki z art. 755 § 2⁽¹⁾ kpc do niezastosowania zakazu z art. 731 kpc. Odwrócenie grożącej szkody lub innych niekorzystnych skutków zdaniem Sądu I instancji winno być realne, a nie ogólnikowe i znajdować swoje uzasadnienie w okolicznościach sprawy, a nie w subiektywnym przekonaniu uprawnionego. Na koniec Sąd Okręgowy zaznaczył, że uprawniony określił sposób zabezpieczenia poprzez zakazanie obowiązanemu posługiwanie się pełnomocnictwem (...) w celu ubiegania się o zamówienie publiczne. Tak sformułowany zakaz jest bezprzedmiotowy, albowiem przetarg został już rozstrzygnięty, w wyniku czego konsorcjum zawarło umowę z MPK w P. Sp. z o.o. Na podstawie pełnomocnictwa obowiązanemu mógł nie tylko ubiegać się o zamówienie publiczne, ale i realizować i rozliczać umowę zawartą z MPK. Uprawniony nie wniósł jednak o zakazanie posługiwania się pełnomocnictwem w celu realizacji i rozliczenia tej umowy.

Zażalenie na przedmiotowe postanowienie złożył uprawniony, zaskarżając je w całości i zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 361 k.p.c. w zw. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 730 k.p.c. oraz 730¹ § 1 i § 2 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie prowadzące do nierozpoznania istoty sprawy polegające na zaniechaniu zbadania podstawy faktycznej oraz pominięciu wskazywanej przez Uprawnionego podstawy materialno-prawnej roszczenia będącego przedmiotem wniosku o udzielenie zabezpieczenia, w szczególności podstawy prawnej wygaśnięcia, względnie odwołania Pełnomocnictwa oraz podstawy prawnej wypowiedzenia Umowy Konsorcjum;

2. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 730¹ § 1 k.p.c. poprzez jego błędne zastosowanie polegające na przyjęciu, że Uprawniony celem spełnienia przesłanki „uprawdopodobnienia roszczenia” zobowiązany jest wykazać skuteczność odwołania Pełnomocnictwa oraz wypowiedzenia Umowy Konsorcjum, podczas gdy:

i. wygaśnięcie, ewentualnie skuteczność odwołania Pełnomocnictwa i skuteczność wypowiedzenia Umowy Konsorcjum jest już elementem oceny prawnej stanu faktycznego, ocena prawna pozostaje zaś poza zakresem zastosowania przepisu art. 730¹ § 1 k.p.c.;

ii. uprawdopodobniając istnienie roszczenia w rozumieniu art. 730¹ § 1 k.p.c. należało wykazać, iż doszło do złożenia oświadczeń woli przez Uprawnionego w taki sposób, iż Obowiązany mógł się zapoznać z ich treścią oraz wskazać na okoliczności będące przyczyną ich złożenia, co zostało wykazane przez Uprawnionego we wniosku o udzielenie zabezpieczenia;

(...). roszczenie należało uznać za uprawdopodobnione jeśli prima facie istnieje, a zatem jeśli Pełnomocnictwo w świetle przytoczonych okoliczności faktycznych i powołanych przez Uprawnionego podstaw prawnych wygasło lub mogło zostać odwołane, a Umowa Konsorcjum wypowiedziana, co zostało wykazane we wniosku o udzielenie zabezpieczenia;

iv. prawidłowe zastosowanie powyższego przepisu (przy zastosowaniu poprawnej wykładni) prowadziłyby do przyjęcia, że roszczenie to należy uznać za uprawdopodobnione jeśli prima facie istnieje, a zatem jeśli Pełnomocnictwo w świetle przytoczonych okoliczności faktycznych i powołanych przez Uprawnionego podstaw prawnych mogło zostać odwołane, a Umowa Konsorcjum wypowiedziana;

3. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 101 k.c. i 102 k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie przez Sąd, że Uprawniony dochodzi swojego w oparciu o zarzut bezskuteczności zastrzeżenia nieodwołalności pełnomocnictwa, w sytuacji, gdy żądanie Uprawnionego i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy niezbicie wskazują na fakt, iż w niniejszej sprawie roszczenie oparte jest na twierdzeniu, że zastrzeżenie nieodwołalności pełnomocnictwa nie było bezwzględne, a wraz z wypowiedzeniem stosunku podstawowego - Umowy Konsorcjum, możliwe było i miało miejsce skuteczne odwołanie Pełnomocnictwa;

4. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. 65 § 2 k.c. w zw. z § 12 oraz § 1 ust. 3 Umowy Konsorcjum poprzez niezastosowanie i zaniechanie dokonania wykładni Umowy Konsorcjum w zakresie bezterminowego charakteru tej umowy, a w związku z tym wykładni i zastosowania przepisów dotyczących możliwości jej wypowiedzenia;

5. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 61 k.c. poprzez jego niezastosowanie przy ocenie skuteczności złożenia oświadczenia woli przez Uprawnionego o wygaśnięciu, względnie odwołaniu Pełnomocnictwa i wypowiedzeniu Umowy Konsorcjum i w konsekwencji uznanie, iż roszczenie nie zostało uprawdopodobnione, podczas gdy wskazany we wniosku stan faktyczny jednoznacznie potwierdził, iż Obowiązany zapoznał się z treścią złożonych oświadczeń woli;

6. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 730¹ § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 6 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na nałożeniu na Uprawnionego obowiązku uprawdopodobnienia roszczenia także w sferze jego oceny prawnej, która powinna być dokonana przez Sąd meriti po analizie stanu faktycznego sprawy, podczas gdy w zakresie uprawdopodobnienia roszczenia stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu dowodowym, które ze swojej istoty odnoszą się wyłącznie do faktów, a nie do ich oceny prawnej;

7. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 730¹ § 2 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie i poprzestanie w uzasadnieniu zaskarżonego Postanowienia na ogólnym twierdzeniu, że interes prawny Uprawnionego nie został uprawdopodobniony i poprzestanie przez Sąd na jednozdaniowym przesądzeniu tego faktu, bez odniesienia się do oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego lub jakichkolwiek okoliczności faktycznych sprawy;

8. naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 730¹ § 2 k.p.c. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na uznaniu, iż Uprawniony nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zabezpieczenia we wnioskowanym zakresie, podczas gdy interes taki wynika z przepisu art. 105 k.c. i aktualizuje się „automatycznie” wraz ze złożeniem przez mocodawcę oświadczenia o wypowiedzeniu pełnomocnictwa;

9. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 755 § 2 k.p.c. w zw. z art. 731 k.p.c. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na uznaniu, iż Uprawnionemu nie grozi szkoda lub inne niekorzystne skutki, związane z wykorzystaniem dokumentu Pełnomocnictwa przez (...) i tym samym wnioskowany sposób zabezpieczenia nie jest dopuszczalny w świetle art. 755 § 2 k.p.c. w zw. z art. 731 k.p.c., podczas gdy:

i. możliwość wyrządzenia szkody przez odwołanego pełnomocnika wynika wprost z przepisu art. 105 k.c., zatem w tym zakresie przesłanka dla zastosowania art. 755 § 2 k.p.c. jest elementem stanu prawnego, podlegającego uwzględnieniu z urzędu przez sąd;

ii. możliwość wyrządzenia szkody w niniejszej sprawie wynika także z faktu kwestionowania skuteczności wypowiedzenia Pełnomocnictwa przez (...), uznawaniem się przez (...) w dalszym ciągu za pełnomocnika Uprawnionego i w efekcie dalszego posługiwania się przez (...) dokumentem Pełnomocnictwa w obrocie prawnym wobec osób trzecich;

(...). możliwość wystąpienia innych niekorzystnych dla Uprawnionego skutków wynika także z twierdzeń samego Obowiązanego, który kwestionuje wygaśnięcie, względnie odwołanie Pełnomocnictwa uważając się i podając się w stosunkach z osobami trzecimi za pełnomocnika Uprawnionego;

10. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., skutkujące błędem w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegające na przyjęciu, że przedmiotem roszczenia, o zabezpieczenie którego wnosi Uprawniony, stanowi żądanie wydania dokumentu pełnomocnictwa „w celu ubiegania się o zamówienie publiczne”, w sytuacji gdy żądanie Uprawnionego a także zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym załączona kopia przedmiotowego pełnomocnictwa, wskazują, że żądanie dotyczy wydania dokumentu pełnomocnictwa o szerokim zakresie (wraz z odpisami), tj. do pełnienia funkcji Lidera Konsorcjum w związku z zawartą w dniu 11 kwietnia 2011 r. pomiędzy (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. (...) umową konsorcjum, zaś sformułowanie „w celu ubiegania się o zamówienie publiczne dotyczące inwestycji pn. Budowa Zajezdni (...)w P. i

realizacji umowy zawartej z Miejskim Przedsiębiorstwem (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.” dotyczy celu Umowy Konsorcjum, nie zaś zakresu wnioskowanego sposobu zabezpieczenia.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty uprawniony wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu, ewentualnie o zmianę postanowienia poprzez udzielenie zabezpieczenia roszczeń uprawnionego zgodnie z wnioskiem, jak również o zasądzenie od obowiązanego na rzecz uprawnionego kosztów postępowania zażaleniowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Nadto uprawniony wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu:

1. z pisma Obowiązanego do Uprawnionego z dnia 16 lipca 2015 r. nr (...) na okoliczność jego treści, a w szczególności posługiwania się przez Obowiązanego Pełnomocnictwem w zakresie wystawienia przez Obowiązanego faktury w części obejmującej również Wynagrodzenie Uprawnionego, interesu prawnego Uprawnionego w udzieleniu zabezpieczenia;
2. z pisma Uprawnionego do Obowiązanego z dnia 27 lipca 2015 r. (L.dz. (...)) na okoliczność jego treści, a w szczególności braku podstaw (...) do żądania od MPK zapłaty wynagrodzenia w części obejmującej wynagrodzenie za prace wykonane przez Uprawnionego, interesu prawnego Uprawnionego w udzieleniu zabezpieczenia.

W odpowiedzi na zażalenie obowiązanego wniósł o oddalenie zażalenia i zasądzenie od wnioskodawcy na rzecz obowiązanego kosztów niniejszego postępowania według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Zażalenie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 730¹ § 1 kpc, udzielenia zabezpieczenia może żądać każda strona lub uczestnik postępowania, jeżeli uprawdopodobni roszczenie oraz interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia. Przyjmuje się, że roszczenie można uznać za uprawdopodobnione, gdy na podstawie twierdzeń zawartych we wniosku o zabezpieczenie czy przedstawionych przez wnioskodawcę materiałów można stwierdzić, że przysługuje ono wnioskodawcy. Uprawdopodobnienie dotyczy zarówno podstaw faktycznych roszczenia, jak i jego podstawy prawnej – dochodzone roszczenie musi więc *prima facie* znajdować podstawę normatywną. Wedle natomiast art. 730¹ § 2 kpc, interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia istnieje wtedy, gdy brak zabezpieczenia uniemożliwi lub poważnie utrudni wykonanie zapadłego w sprawie orzeczenia lub w inny sposób uniemożliwi lub poważnie utrudni osiągnięcie celu postępowania w sprawie.

Zarzuty złożonego przez uprawnionego środka odwoławczego, mimo wymienienia ich w kilkunastu różnych punktach w *petitum* zażalenia, w rzeczywistości sprowadzają się do kilku zasadniczych kwestii, mianowicie problemu zasadności przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że po pierwsze - uprawniony nie uprawdopodobnił swojego odstąpienia do umowy konsorcjum, po drugie – nie uprawdopodobnił, że doszło do wypowiedzenia udzielonego liderowi konsorcjum pełnomocnictwa, po trzecie zaś – że nie uprawdopodobnił interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia we wnioskowany sposób.

W odniesieniu do pierwszej z tych kwestii zaznaczyć należy, że umowa konsorcjum jest umową nienazwaną, a dopuszczalność jej zawarcia wynika z zasady swobody umów wynikającej z art. 353¹ kc. Umowę konsorcjum definiuje się jako porozumienie zawarte w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, zaś strony takiej umowy mają prawo do samodzielnego i dowolnego stosunków obowiązujących wewnątrz konsorcjum. Do istotnych elementów umowy konsorcjum zalicza się określenie celu gospodarczego, wskazanie działań, za pomocą których jego członkowie zamierzają ten cele osiągnąć, nadto również określenie sposobu reprezentacji konsorcjum na zewnątrz. W orzecznictwie wskazuje się na podobieństwo umowy konsorcjum do umowy spółki cywilnej – która zdefiniowana

jest w art. 860 § 1 kc jako umowa, przez którą wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów.

Zawierając umowę z dnia 11 kwietnia 2011 roku uprawniony i obowiązany uszczegółowili warunki wzajemnej współpracy oraz określili wzajemne prawa i obowiązki. W ocenie Sądu Apelacyjnego umowa ta ma charakter mieszany, zawiera bowiem elementy innych stosunków prawnych – umowy spółki cywilnej (działanie w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, jakim było uzyskanie zamówienia publicznego oraz jego realizacja), jak i umowy zlecenia (w zakresie relacji pomiędzy liderem a partnerem w kwestii prowadzenia spraw konsorcjum). Umowa została zawarta na czas oznaczony – do dnia zakończenia wszystkich wzajemnych rozliczeń i nie krócej niż na czas wykonania przez konsorcjum wszystkich obowiązków i uprawnień wynikających z umowy o zamówienie publiczne (§ 1 ust. 3 umowy). Strony umowy nie przewidziały przy tym możliwości jej wcześniejszego wypowiedzenia, postanawiając jedynie, że jakiegokolwiek zmiany składu konsorcjum aż do chwili podpisania przez zamawiającego protokołu odbioru pogwarancyjnego przedmiotu umowy o zamówienie publiczne będą możliwe tylko i wyłącznie za zgodą obu stron (§ 12 umowy).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, z racji wyżej wskazanego częściowego podobieństwa umowy stron z dnia 11 kwietnia 2011 roku do umowy spółki cywilnej, zasadnie podnosi skarżący, że przepisy dotyczące tego rodzaju umowy mogą w niektórych sytuacjach znaleźć do niej odpowiednie zastosowanie, w tym również przepis art. 869 § 2 kc, traktujący o możliwości wystąpienia wspólnika ze spółki, zastrzegający taką możliwość w sytuacji wystąpienia ważnych powodów. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy podkreślenia jednak wymaga, że celem zawarcia umowy konsorcjum przez strony było uzyskanie zamówienia publicznego na budowę zajezdni tramwajowej – która jest przecież niebagatelną inwestycją. Nadto strony w § 14 umowy zgodnie postanowiły, że uznają obowiązek prawidłowej realizacji umowy o zamówienie publiczne za nadrzędny i w związku z tym podporządkowują mu wszelkie wzajemne stosunki, zaś ewentualne nieporozumienia i spory wewnętrzne rozstrzygane będą w sposób pozostający bez wpływu na realizację umowy o zamówienie publiczne. W tym stanie rzeczy uznanie, iż zachodzi „ważny powód”, o którym mowa w art. 869 § 2 kc, mogłoby nastąpić w istocie jedynie w bardzo ekstremalnej sytuacji, w której zachowanie jednego z konsorcjantów w sposób oczywisty odbiega od standardów uczciwych praktyk gospodarczych. Wypowiedzenie umowy konsorcjum w sytuacji, w której konsorcjum takie zostało powołane dla realizacji zamówienia publicznego o znacznej wartości i znaczeniu, może przecież negatywnie odbić się na jego realizacji. Zdaniem Sądu Apelacyjnego uprawniony nie podolał obowiązkowi uprawdopodobnienia, że zachodzi sytuacja na tyle poważna, by można było mówić o ważnych powodach usprawiedliwiających wypowiedzenie umowy konsorcjum łączącej strony. W tym zakresie trzeba odnotować, że wniosek o zabezpieczenie roszczenia został złożony na tle konfliktu stron związanego z realizacją zamówienia publicznego. Uprawniony – partner konsorcjum podnosi, że spółka (...) nienależycie wykonała należące do niej prace, spowodowała zwłokę w realizacji zamówienia, oraz że nie usunęła stanu niezgodnego z umową z Zamawiającym w zakresie realizacji lakierni, jak również że spółka ta podejmuje zachowania nielojalne wobec partnera i działa wyłącznie w swoim interesie. Obowiązany, tj. lider konsorcjum, zaprzeczył twierdzeniom uprawnionego, podnosząc, że spółka (...) nie wykonała swoich prac w sposób prawidłowy, co groziło nawet katastrofą budowlaną, w związku z czym nie dopuścił do przedstawienia inwestycji Zamawiającemu i rozpoczął wykonywać prace na koszt i ryzyko uprawnionego. W związku z omawianym sporem uprawniony wystąpił o udzielenie zabezpieczenia roszczenia o stwierdzenie nieważności oświadczenia spółki (...) – żądania wypłaty z gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej jej przez uprawnionego celem zabezpieczenia ewentualnych roszczeń związanych z realizacją zamówienia publicznego (sprawa tocząca się przed Sądem Okręgowym w Krakowie, sygn. IX GCo 131/14) oraz o zabezpieczenie dowodów z dokumentacji związanej ze spornym zakresem inwestycji (sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym (...) wK., sygn. IV GCo 225/15/S). Oba te wnioski zostały prawomocnie oddalone.

W tym kontekście trzeba podkreślić, że odformalizowany charakter uprawdopodobnienia wymaganego na potrzeby udzielenia zabezpieczenia roszczenia rzutuje na sposób oceny materiału dowodowego zaferowanego na etapie składania wniosku o udzielenie zabezpieczenia. By zaś uznać, że zaszyły ważne powody uzasadniające wypowiedzenie umowy konsorcjum, należałoby przeprowadzić postępowanie dowodowe służące ustaleniu, która ze stron wyżej zarysowanego sporu ma rację, co oznaczałoby zbadanie meritum sprawy. Tego typu ustalenia mógłby jednak

co najwyżej poczynić Sąd pierwszej instancji po przeanalizowaniu całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, na etapie wyrokowania. Uprawdopodobnienie roszczenia na potrzeby udzielenia zabezpieczenia ma natomiast polegać na tym, że roszczenie to wydaje się mieć uzasadnione podstawy prima facie – nie można zaś przerzucać na sąd orzekający w przedmiocie zabezpieczenia ciężaru dowodowego badania faktów stanowiących podstawę zgłaszanego roszczenia. Nie można się w związku z tym zgodzić z twierdzeniami skarżącego, że dla udzielenia zabezpieczenia musiał on wykazać jedynie sam fakt złożenia oświadczeń o wypowiedzeniu umowy i odwołaniu pełnomocnictwa.

Tym samym zasadne jest twierdzenie, że uprawniony nie uprawdopodobnił faktu skutecznego wypowiedzenia łączącej go z obowiązanym umowy konsorcjum. Tym samym nie można przychylić się do zawartych w zażaleniu twierdzeń, że udzielone liderowi konsorcjum nieodwołalne pełnomocnictwo wygasło na skutek odpadnięcia stosunku podstawowego, z którym było związane.

Uprawniony w zażaleniu wskazuje jednak – co odnosi się do drugiej z wymienionych na wstępie kwestii – że pełnomocnictwo, jako stosunek oparty na zaufaniu, z ważnych przyczyn może zostać odwołane – nawet wtedy, gdy zostało udzielone jako nieodwołalne. W tym zakresie jednak wypada jedynie powtórzyć uwagi poczynione wyżej. Nie można bowiem – w świetle stanowisk procesowych stron - uznać, że spółka (...) uprawdopodobniła wystąpienie przyczyn na tyle ważnych, że usprawiedliwiłyby odwołanie udzielonej przez nią spółce (...) pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo to zostało bowiem udzielone jako nieodwołalne, zaś podstawą tej czynności była łącząca strony umowa konsorcjum, którego celem było i jest wykonanie zamówienia publicznego. Co więcej, obowiązek wskazania przedstawiciela konsorcjum, które jest wykonawcą zamówienia publicznego, wynika wprost z treści art. 23 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Istotą pełnomocnictwa nieodwołalnego (art. 101 § 1 zd. drugie kc) jest zaś zrzeczenie się możliwości jego cofnięcia z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku podstawowego. Odwołanie tego rodzaju pełnomocnictwa może więc mieć miejsce również jedynie w sytuacjach wyjątkowo szczególnych. W sytuacji zaś występującego pomiędzy stronami wyżej przedstawionego sporu nie można uznać, na podstawie samych tylko twierdzeń i dokumentów przedstawionych przez uprawnionego, bez zbadania istoty sprawy, że takie ważne przyczyny miały miejsce. Również i odwołanie pełnomocnictwa – przy przyjęciu, że nie doszło do wypowiedzenia umowy konsorcjum - nie zostało przez uprawnionego uprawdopodobnione. W tym stanie rzeczy nie sposób stwierdzić, że uprawniony uprawdopodobnił swoje roszczenie – by tak przyjąć, musiał on bowiem wykazać, iż skutecznie wypowiedział on umowę konsorcjum, bądź też że skutecznie odwołał udzielone obowiązanemu pełnomocnictwo.

Wobec powyższej konstatacji bezprzedmiotowe jest odnoszenie się do zarzutów zażalenia dotyczących kwestii uprawdopodobnienia interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia. Na marginesie jednak Sąd Apelacyjny zaznacza, że również i w tym zakresie twierdzenia skarżącego nie zasługują na uwzględnienie. Wskazać bowiem należy, że pełnomocnictwo udzielone przez uprawnionego liderowi konsorcjum uprawnia go do podejmowania działań jedynie w zakresie realizacji konkretnego, wskazanego w nim zamówienia publicznego, co wiąże się głównie z reprezentacją konsorcjum przed Zamawiającym. Zgodnie zaś z treścią art. 105 kc, czynność prawna dokonana przez pełnomocnika po wygaśnięciu umocowania jest ważna jedynie o tyle, o ile druga strona o wygaśnięciu umocowania nie wiedziała i nie mogła z łatwością się dowiedzieć. Jeżeli zatem uprawniony twierdzi, że pełnomocnictwo skutecznie odwołał, może o tym powiadomić Zamawiającego, a jego interesy związane z ewentualnymi roszczeniami związanymi z realizacją zamówienia publicznego będą chronione. Niezależnie od tego zaznaczyć trzeba, że słuszność ma Sąd Okręgowy wskazując, że wskazany we wniosku sposób zabezpieczenia mógłby z pewnością nie zapobiegnie uniemożliwieniu lub poważnemu utrudnieniu celu postępowania w przedmiocie wydania dokumentu pełnomocnictwa.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wskazane okoliczności, Sąd Apelacyjny postanowił jak na wstępie, na zasadzie art. 385 kpc w zw. z art. 397 § 2 kpc.

Jednocześnie Sąd zasądził od uprawnionego na rzecz obowiązanego koszty postępowania zażaleniowego, w związku z wnioskiem złożonym w odpowiedzi na zażalenie. Zasady przyznawania kosztów za postępowanie zabezpieczające przewiduje art. 745 kpc. Wskazany przepis nie reguluje jednak sytuacji, w której wniosek o

udzielenie zabezpieczenia przed wszczęciem postępowania został prawomocnie oddalony, zaś obowiązany poniósł koszty związane z postępowaniem zażaleniowym. W tego typu układzie faktycznym, w ocenie Sądu Apelacyjnego, przeciwnikowi procesowemu wnioskującego o zabezpieczenie należy przyznać koszty postępowania, jeżeli o to wnosi, na zasadzie art. 98 § 1 kpc w zw. z art. 13 § 2 kpc. W niniejszej sprawie koszty postępowania zażaleniowego należne obowiązanemu obejmują jedynie koszty zastępstwa procesowego. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.j.: Dz. U. z 2013 r., poz. 461 ze zm.) nie przewiduje odrębnego uregulowania wynagrodzenia za czynności podejmowane w toku postępowania zabezpieczającego, w takiej jednak sytuacji stosuje się jego § 5, zgodnie z którym wysokość stawek minimalnych w sprawach nieokreślonych w rozporządzeniu ustala się, przyjmując za podstawę stawkę w sprawach o najbardziej zbliżonym rodzaju. Jak przyjmuje się w orzecznictwie, najbardziej zbliżonym do postępowania zabezpieczającego rodzajem spraw są sprawy egzekucyjne, za które wynagrodzenie adwokata reguluje § 11 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia (zob. np. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 8 lipca 2013 roku, sygn. akt I ACz 958/13). Należne pełnomocnikowi obowiązanego wynagrodzenie ustalono zatem na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 11 ust. 1 pkt 7 zd. drugie w zw. z § 13 ust. 2 pkt 2 powołanego wyżej rozporządzenia (7.200 zł x 25% x 50%).

SSA Anna Kowacz-Braun SSA Wojciech Kościółek SSA Jerzy Bess