

## UZASADNIENIE

Uprawnieni wnieśli o udzielenie zabezpieczenia postępowania, które zostanie wszczęte przez uprawnionego poprzez złożenie skargi na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: (...)) z dnia 28 czerwca 2017 r. w sprawie KIO 1231/17 poprzez orzeczenie zakazu zawarcia umowy pomiędzy obowiązującym (zamawiającym) i (...) Sp. z o.o. na realizację zadania pn.: „(...) w Oddziale KWK (...)” (nr postępowania: (...)) do chwili ogłoszenia wyroku w postępowaniu ze skargi na to postanowienie.

Uprawnieni wskazali, że postanowieniem z dnia 28 czerwca 2017 r. (...) odrzuciła odwołanie uprawnionego z dnia 14 czerwca 2017 r. w opisanym powyżej postępowaniu. (...) przyjęła, że wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu zostały zgłoszone zbyt późno. Zdaniem uprawnionych ocena (...) jest bezpodstawna, co sprawia, że uprawniony jest zmuszony złożyć skargę na to orzeczenie. Uprawnieni we wniosku dokonali uprawdopodobnienia błędnej oceny (...) co do zastosowania przepisów i merytorycznej zasadności odwołania.

W zakresie interesu prawnego uprawnieni stwierdzili, że brak zabezpieczenia uniemożliwi wykonanie korzystnego rozstrzygnięcia, które zostanie ewentualnie wydane w postępowaniu ze skargi na postanowienie. Jeśli dojdzie do zawarcia umowy, to nawet w przypadku korzystnego rozstrzygnięcia skargi na postanowienie, nie będzie prawnej możliwości przywrócenia uprawnionemu szansy na uzyskanie zamówienia i osiągnięcia korzyści ekonomicznych z jego realizacji, a unieważnienie tej umowy też nie będzie możliwe, co spowoduje, że rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego będzie de facto niewykonane.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Na wstępie należało rozważyć kwestię dopuszczalności rozpoznania wniosku o udzielenie zabezpieczenia przed wniesieniem skargi na orzeczenie (...).

Art. 198a ust.2 p.z.p. ustanawia zasadę, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych stanowią inaczej. V. legis przepisy te stosuje się po wniesieniu skargi, a to oznacza, że po wniesieniu skargi dopuszczalne jest złożenie wniosku o udzielenie zabezpieczenia wywiedzionego w skardze roszczenia. Nie oznacza to wszakże, że niedopuszczalny jest wniosek o udzielenie zabezpieczenia przed wniesieniem skargi – a po wydaniu orzeczenia przez (...). W takiej bowiem sytuacji zastosowanie będzie miał art. 730 § 2 k.p.c. Mając zatem na względzie fakt, że zgodnie z normą art. 730 § 1 k.p.c. zabezpieczenie może być udzielone w sprawach należących do drogi sądowej, należy uznać, że dopuszczalne jest żądanie udzielenia tymczasowej ochrony prawnej przed wniesieniem skargi na orzeczenie (...).

Przechodząc natomiast meriti do przedmiotu wniosku, przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 730<sup>1</sup> § 1 k.p.c. udzielenia zabezpieczenia może żądać każda strona lub uczestnik postępowania cywilnego, jeżeli uprawdopodobni roszczenie oraz interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia. Z kolei § 2 tego przepisu stanowi, że 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. Uprawniony dla uzyskania zabezpieczenia jest zobowiązany do uprawdopodobnienia obu wskazanych w tym przepisie przesłanek.

Uprawdopodobnienie roszczenia to uwiarygodnienie okoliczności wskazujących na zasadność roszczenia poprzez podanie takich argumentów procesowych, w świetle których zachodzą podstawy do przypuszczenia, że roszczenie jest uzasadnione. Uprawdopodobnienie nie daje więc pewności co do prawdziwości twierdzeń o istnieniu konkretnego roszczenia, lecz pozwala jedynie przyjąć, iż jest ono wiarygodne. W postępowaniu zabezpieczającym strona nie musi więc udowodnić istnienia roszczenia. Analizując treść wniosku o zabezpieczenie, jak i załączone do niego dokumenty na tym etapie postępowania nie ma podstaw do przyjęcia, że roszczenie jest nieuprawdopodobnione.

Wskazane przez uprawnionego okoliczności mogą świadczyć o zasadności roszczenia, których istnienia w chwili obecnej nie sposób a priori kontestować. Stanowczego zaznaczenia wszakże wymaga, że to twierdzenie nie przesądza o słuszności potencjalnej skargi na orzeczenie (...), gdyż taka ocena znajdzie odzwierciedlenie w treści merytorycznego rozstrzygnięcia.

Odnosząc się natomiast do drugiej przesłanki uzyskania zabezpieczenia, to uprawdopodobnienie interesu prawnego ma natomiast miejsce, gdy zachodzi potrzeba zapewnienia wykonania zapadłego w sprawie orzeczenia, jak również gdy dla osiągnięcia celu postępowania w sprawie konieczne jest udzielenie uprawnionemu tymczasowej ochrony prawnej w toku postępowania. Zważywszy, że uprawnieni swoim wnioskiem zmierzają do zabezpieczenia roszczenia niepieniężnego chodzić może o uprawdopodobnienie okoliczności tego rodzaju, że brak zabezpieczenia uniemożliwi lub znaczenie utrudni osiągnięcie celu postępowania w sprawie. Nieosiągnięcie lub utrudnienie osiągnięcia celu postępowania w sprawie cywilnej ma miejsce wtedy, gdy bez zabezpieczenia ochrona prawna udzielona w merytorycznym orzeczeniu w sprawie nie zostanie urzeczywistniona lub okaże się niepełna.

Ten wątek rozważań należy rozpocząć od zasygnalizowania, że w odniesieniu do roszczenia niepieniężnego zabezpieczenie może przebiegać według zasad określonych w art. 755 § 1 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem sąd udziela zabezpieczenia w taki sposób, jaki stosownie do okoliczności uzna za odpowiedni, nie wyłączając sposobów przewidzianych dla zabezpieczenia roszczeń pieniężnych. Sąd może w szczególności unormować prawa i obowiązki stron na czas postępowania. W ramach tego sposobu zabezpieczenia możliwe jest zabezpieczenie nowacyjne – polegające na uregulowaniu stosunków prawnych w sposób nieodbiegający od merytorycznego rozstrzygnięcia, jakie może zapaść w sprawie. Taki sposób zabezpieczenia wynika verba legis z art. 751 § 1 pkt 1 k.p.c. Mając na względzie powyższe, dopuszczalne byłoby zabezpieczenie roszczenia poprzez wydanie tymczasowego zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Takie zabezpieczenie jako regulujące stosunki prawne pomiędzy stronami postępowania wywołanego skargą na orzeczenie (...) ma charakter zabezpieczenia nowacyjnego.

Zabezpieczenie roszczenia poprzez wydanie tymczasowego zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego choć najbardziej efektywne z punktu widzenia interesów uprawnionego nie może być bezwarunkowe. Mieć trzeba na względzie, że w każdym przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego granicznym momentem do którego zamawiający nie może zawrzeć umowy jest ogłoszenie przez (...) wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 183 ust. 1 p.z.p.). Wniesienie skargi na orzeczenie (...) nie ingeruje zatem w dopuszczalność zawarcia umowy będącej przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rozpoznanie więc przez sąd skargi następuje w zasadzie już w czasie, gdy umowa została zawarta, a co więcej, zawarcie umowy nie stanowi przeszkody do rozpoznania skargi (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r., III CZP 73/2005). Możliwość zawarcia umowy per se nie może przemawiać za istnieniem interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia, gdyż obowiązujące przepisy co do zasady przewidują, że rozpoznanie skargi na orzeczenie (...) następuje w czasie, gdy zamawiający już zawarł umowę z wybranym wykonawcą i gdy ta umowa jest wykonywana.

Dlatego też w ocenie Sądu Okręgowego nowacyjne zabezpieczenie roszczenia niepieniężnego, z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie, o ile uprawniony uprawdopodobni, że bez takiego zabezpieczenia narażony będzie na szkodę albo inne niekorzystne skutki braku zabezpieczenia. Konieczność odwrócenia szkody lub innych niekorzystnych dla uprawnionego skutków jest szczególnym przejawem interesu prawnego w uzyskaniu zabezpieczenia (por. postanowienia Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 12 kwietnia 2013 r., (...) i dnia 6 maja 2013 r., (...))

Mając na względzie te kryteria interesu prawnego w żądaniu udzielenia zabezpieczenia nowacyjnego, trzeba uznać, że uprawnieni w niniejszej sprawie tego interesu nie uprawdopodobnili. Argumentacja zawarta we wniosku bazuje przede wszystkim na możliwości zawarcia przez zamawiającego umowy, a taka okoliczność, jak to już wcześniej powiedziano nie stanowi wystarczającej podstawy interesu prawnego. Wnioskodawcy nie uprawdopodobnili innego wymaganego elementu interesu prawnego – możliwości poniesienia szkody lub powstania innych negatywnych dla nich skutków, jakie mogą nastąpić w związku z zawarciem przez zamawiającego umowy. Co prawda wniosek odnosi się do tej kwestii (pkt 34), lecz w tym zakresie jest niezmiernie lakoniczny i wymykający się tym samym spod oceny. Koniecznym jest w tym kontekście przypomnienie, że co prawda uprawdopodobnienie następuje wedle reguł

zawartych w art. 243 k.p.c. i zwalnia uczestnika od przeprowadzenia dowodu sensu stricte, ale z drugiej strony nie można tracić z pola widzenia założenia, że uprawdopodobnienie nie może zostać oparte na lakoniczności twierdzeń nieweryfikowanych jakimikolwiek faktami. Uprawnieni odnoszą się do utarty korzyści ekonomicznych, lecz nie jest wiadomym jakich – czy poprzez utratę zysków, czy też uniknięcia strat, oraz w jakim potencjalnie rozmiarze.

Reasumując zatem, w ocenie Sądu Okręgowego uprawnieni nie uprawdopodobnili drugiej przesłanki uzyskania zabezpieczenia.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 730 § 2 w zw. z art 730<sup>1</sup> k.p.c. i art. 198 a ust.2 p.z.p. orzeczono jak na wstępie.

M. M. D. J. C.