Prace aplikantów radcowskich

Zbiór pierwszy

Prace aplikantów radcowskich

Zbiór pierwszy

Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych

Warszawa 2014

Opracowanie redakcyjne:
Małgorzata Baranowska

Projekt okładki:
Olgierd Zbychorski

© Copyright by Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych, 2014

ISBN 978-83-937508-5-6

Skład i łamanie:
MARGINALIA Pracownia Edytorska, marginalia.eu

Druk i oprawa:
BARTGRAF ul. Piękna 24/26, 00-549 Warszawa

Wydawca:
Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych
Al. Ujazdowskie 41 lok. 2
00-540 Warszawa

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów 7

Przedmowa 9

Od Autorów 11

Katarzyna Prowadzisz
O przedmiocie i przesłankach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą 13

Krzysztof Tusiński
Licencje typu *shrink-wrap*, *click-wrap* i *web-wrap* na oprogramowanie komputerowe i problem ich skuteczności na gruncie prawa polskiego . . 29

Joanna Jańczy
Zmowy przetargowe i ich formy, czyli współpraca przedsiębiorców na cenzurowanym. Rola prawników wewnętrznych we wzroście świadomości przedsiębiorców 41

Michał Pichór
Umowa przedwstępna w świetle uregulowań prawnych i orzecznictwa 59

Marcin Rozmus
Obliczanie wysokości świadczenia wyrównawczego po rozwiązaniu umowy agencyjnej 71

Monika Kapijas
Jak formułować skrót firmy spółki osobowej, gdy wspólnikiem jest inna spółka? Dopuszczalność umieszczenia w firmie spółki firmy wspólnika w formie skróconej 83

Agnieszka Oleszczuk-Sowa
Szczególne uregulowania prawa upadłościowego odnoszące się do instytucji przelewu i potrącenia w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego 101

Bohdan Widła
Spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o zasoby podmiotów trzecich . . . 115

Adam Koczyk
Problematyka reżimu i zasady odpowiedzialności za nielegalny pobór energii elektrycznej na gruncie art. 57 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo energetyczne 129

Karol Magoń
Ochrona akcjonariusza mniejszościowego publicznej spółki akcyjnej w procedurze przymusowego wykupu i odkupu akcji 135

WYKAZ SKRÓTÓW

Biul. SN	–	„Biuletyn Sądu Najwyższego”
Dz. U.	–	„Dziennik Ustaw”
Dz. Urz. UE	–	„Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej”
ECR	–	„European Court Reports”
ETS	–	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
GSP	–	„Gdańskie Studia Prawnicze”
k.c.	–	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
k.h.	–	rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz. U. Nr 57, poz. 502 z późn. zm.)
KIO	–	Krajowa Izba Odwoławcza
k.k.	–	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
k.p.c.	–	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
k.s.h.	–	ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowego (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030)
OECD	–	Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
OSA	–	„Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych”
OSNC	–	„Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna”
OSNCP	–	„Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych”
OSNP	–	„Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych”
OTK-A	–	„Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy, seria A”
PiP	–	„Państwo i Prawo”
PPH	–	„Przegląd Prawa Handlowego”
pr. aut.	–	ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.)
pr. en.	–	ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 z późn. zm.)
p.u.n.	–	ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1112 z późn. zm.)
p.z.p.	–	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.)
PZP	–	„Prawo Zamówień Publicznych”

RPEiS	–	„Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”
SA	–	Sąd Apelacyjny
SN	–	Sąd Najwyższy
SO	–	Sąd Okręgowy
TFUE	–	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TK	–	Trybunał Konstytucyjny
TWE	–	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
UE	–	Unia Europejska
u.k.w.h.	–	ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 707 z późn. zm.)
UOKiK	–	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
u.o.k.k.	–	ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.)
u.o.o.p.	–	ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1382)
u.z.n.k.	–	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)
UZP	–	Urząd Zamówień Publicznych
ZNUJ PPWI	–	„Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Wynalazczości Intelektualnej”

PRZEDMOWA

Na początku był pomysł. I grupa aplikantów ostatniego – trzeciego roku aplikacji prowadzonej przez krakowską Okręgową Izbę Radców Prawnych, którzy potrafili wydobyć z napiętych do granic możliwości dni wypełnionych pracą, zajęciami aplikacyjnymi i życiem prywatnym, czas na to, żeby napisać o czymś, co uznali za warte podzielenia się z innymi. Mam nadzieję, że z co najmniej równą lekkością i swobodą w marcu 2014 roku poradzą sobie z pracami egzaminacyjnymi, a później – po uzyskaniu tytułu radcy prawnego – wykorzystają swoją wiedzę i pasję w wykonywaniu zawodu.

Jestem zaszczycona tym, że poproszono mnie o skreślenie kilku słów w opracowaniu, które – wierzę w to głęboko – stanie się początkiem pewnej tradycji – pożegnania aplikantów z okresem aplikacji poprzez pisanie o ważnych dla nich tematach prawnych. Niech będzie ono zarówno dla autorów zamieszczonych w nim tekstów, jak i dla ich koleżanek i kolegów nie tylko pamiątką, ale również dowodem na to, że warto angażować się w rzeczy wykraczające poza codzienność.

Na początku jest pomysł…

Anna Sobczak

Wicedziekan ds. aplikacji
OIRP w Krakowie

OD AUTORÓW

Każdy dobry pomysł, a takim było przygotowanie tej publikacji, rodzi się z jakiegoś pozytywnego szaleństwa. W tym przypadku była to wiara, że znajdą się chętni do napisania referatów w czasie, gdy dookoła „szalały" kolokwia i w niedalekiej przyszłości majaczył egzamin radcowski.

Pomysł na tę publikację zakiełkował w mojej głowie po zakończeniu drugiego roku aplikacji i powoli dojrzewał. Wierząc w koleżanki i kolegów, czyli przyszłych autorów referatów, przedstawiłam pomysł ówczesnemu Dziekanowi ds. aplikacji Panu Mecenasowi Bogusławowi Adamczykowi, a następnie obecnemu Dziekanowi ds. aplikacji Pani Mecenas Annie Sobczak. Idea spotkała się z zainteresowaniem oraz obietnicą pomocy przy wydaniu publikacji.

W ten oto sposób oddajemy w Państwa ręce pierwsze wydanie zbioru referatów aplikantów, mając nadzieję, że rozpoczynamy tym samym tradycję, dzięki której co roku biblioteka Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie będzie powiększała swoje zbiory o kolejne wydania.

Dziękuję wszystkim autorom referatów za to, że znaleźli czas, chęci i siły do dodatkowej pracy. Dziękuję Pani Dziekan ds. aplikacji Pani Mecenas Annie Sobczak za poświęcony czas, a także spowodowanie wydania publikacji oraz Pani Edycie Klek – opiekunowi roku za propagandę pomysłu.

Dziękuję wszystkim, którzy wierzyli, że nam się uda, zaś tym, którzy w to nie wierzyli, życzę więcej wiary na przyszłość!

Katarzyna Prowadzisz
Starosta
aplikacja 2011-2013

Katarzyna Prowadzisz

O przedmiocie i przesłankach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą

Zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawarte w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych[1], dopełniają przepisy dotyczące prowadzenia procesu odwoławczego, którego celem jest przywrócenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanu zgodnego z prawem. Regulacja postępowania odwoławczego realizuje założenia ponadkrajowego prawodawstwa Unii Europejskiej. Skłaniają one do refleksji, prowadząc do interesujących wniosków, zwłaszcza co do przedmiotu samego postępowania odwoławczego i przesłanek stanowiących podstawę jego wszczęcia.

Wprowadzenie

Wprowadzone w życie z dniem 2 marca 2004 r. nowe prawo zamówień publicznych utrzymało rozwiązanie dotychczas funkcjonujące w prawodawstwie polskim[2] w zakresie środków ochrony prawnej, tj.: protest, odwołanie,

[1] Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm., dalej: p.z.p.

[2] Do dnia wejścia w życie ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r. obowiązywała ustawa o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994 r. (Dz. U. Nr 76, poz. 344 z późn. zm.), wielokrotnie nowelizowana w trakcie jej obowiązywania. Ustawa ta w rozdziale 8 regulowała rodzaje i zasady wnoszenia środków odwoławczych (środkami takimi były protest i odwołanie) oraz skargi, jakie przysługiwały wykonawcom – oferentom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz enumeratywnie wyliczonym innym podmiotom mającym prawo zgłaszania swych uwag do postępowania o udzielenie zamówienia. Należy również nadmienić, że ustawa o zamówieniach publicznych realizowała większość wymagań, jakie zostały ukształtowane przez dyrektywę 89/665/EWG Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. UE L 395 z 30.12.1989, zm. Dz. Urz. UE L 209 z 24.07.1992).

skarga. Jednocześnie polski prawodawca w przededniu wstąpienia Polski do Unii Europejskiej (1 maja 2004 r.) zrealizował obowiązki wynikające z ówcześnie obowiązujących dyrektyw regulujących konieczność koordynacji krajowych przepisów w zakresie środków odwoławczych. Ustawodawstwo unijne porządkowało problematykę środków ochrony prawnej we wspomnianej już dyrektywie 89/665/EWG Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. oraz dyrektywie 92/13/EWG Rady z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji[3]. Wymienione dyrektywy, z uwagi na dość ogólne rozwiązania i małą skuteczność zawartych w nich dyspozycji, zostały zmienione dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych[4]. Rozwiązania zawarte w dyrektywie 2007/66/WE mają zagwarantować przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości i niedyskryminacji w zakresie udzielania zamówień publicznych w krajowych systemach prawnych. Konieczność zmian wynikała z dotychczasowych ramowych rozwiązań w zakresie środków ochrony prawnej, które to rozwiązania, pozostawiając państwom członkowskim swobodę w kształtowaniu prawnych porządków krajowych w tym obszarze, nie gwarantowały niezbędnej harmonizacji.

Polski ustawodawca ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[5] wprowadził do krajowego systemu zamówień publicznych zapisy dyrektywy 2007/66/WE, które spowodowały istotne zmiany w obowiązujących regulacjach. W szczególności zniesiono fakultatywny w świetle dyrektyw protest wyprzedzający postępowanie sporne, na nowo unormowano procedurę odwoławczą, zastąpiono sankcje nieważności bezwzględnej sankcją unieważnienia umowy, wprowadzono dodatkowy środek prawny w postaci obciążenia zamawiającego karą finansową oraz rozszerzono kompetencje Krajowej Izby Odwoławczej (KIO)[6].

---

[3] Dz. Urz. UE L 76 z 23.03.1992.

[4] Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, dalej: dyrektywa 2007/66/WE.

[5] Dz. U. Nr 223, poz. 1778.

[6] R. Szostak, *Zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne*, PZP 2010, nr 1, s. 4.

Przedmiot postępowania odwoławczego

Według polskiego prawa zamówień publicznych do środków ochrony prawnej należą odwołanie wnoszone do Krajowej Izby Odwoławczej oraz skarga na orzeczenie Izby wnoszona do właściwego sądu okręgowego.

Zajęcie stanowiska w zakresie przedmiotu postępowania odwoławczego toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą wymaga w pierwszej kolejności określenia stosunku, jaki powstaje pomiędzy zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie oraz określenia stosunku, jaki powstanie w przypadku wywołania postępowania odwoławczego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to procedura charakteryzująca się ustalonymi i przewidzianymi czynnościami (sformalizowana), stanowiącymi uporządkowany ciąg mający doprowadzić do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co w konsekwencji ma doprowadzić do zawarcia umowy. Procedurę kształtują warunki określone przez zamawiającego, które są znane i akceptowane przez wykonawców. Zamawiający, jako organizator postępowania, zobowiązany jest do czuwania nad prawidłowością jego przebiegu, a także dokonywania czynności zgodnych z zapowiedzianymi warunkami w sposób nienaruszający interesów wykonawców biorących udział w postępowaniu, prowadzący do zawarcia umowy. Nawiązująca się pomiędzy zamawiającym a wykonawcami więź prawna w trakcie realizacji procedury stanowi porozumienie przedkontraktowe (stosunek przedkontraktowy), które kreowane jest przez oświadczenia woli stron tego porozumienia, a samo zawarcie umowy, będące jego efektem, pozostaje w cieniu czynności dokonywanych przez strony w ramach stosunku przedkontraktowego[7]. Początków koncepcji stosunku przedkontraktowego należy upatrywać w niemieckiej doktrynie *cupale in contrahendo* stworzonej w pierwszej połowie XIX wieku, z zastosowaniem reżimu odpowiedzialności kontraktowej. Charakterystyczna dla stosunku przedkontraktowego jest więź obligacyjna, jaka powstaje pomiędzy stronami stosunku przedkontraktowego, wynikająca z rozpoczęcia negocjacji, ogłoszenia postępowania oraz podjęcia wszelkich czynności (przygotowań) mających na celu zawarcie umowy, która podobna jest do więzi powstającej z umowy o bezpośredniej doniosłości obligacyjnej. W prawie polskim koncepcja porozumienia proceduralnego znalazła swoje odzwierciedlenie w art. 70^1 § 4 Kodeksu cywilnego[8], na gruncie którego organizator od chwili ogłoszenia przetargu, zaś oferent – od chwili złożenia oferty obowiązani są do postępo-

[7] Por. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 135 i nast.

[8] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

wania zgodnie z warunkami ogłoszenia[9]. Wielostronny stosunek powstały pomiędzy zamawiającym a wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi stosunek obligacyjny, który jest źródłem praw i obowiązków zarówno organizatora procedury o udzielenie zamówienia publicznego, jak i uczestników będących wykonawcami. Obowiązkiem uczestników postępowania jest dokonywanie czynności zdeterminowanych warunkami postępowania zawartymi w ogłoszeniu lub zaproszeniu przy jednoczesnym uwzględnieniu reguł płynących z obowiązujących przepisów prawa. W tym stanie rzeczy należy zaznaczyć, że pozycja zamawiającego nie jest pozycją uprzywilejowaną w stosunku do wykonawcy, a zamawiający jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie korzysta z uprawnień władczych. Pozycja uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest równa[10].

Zamawiający, w trakcie realizacji procedury o udzielenie zamówienia publicznego – jako organizator o pozycji nieuprzywilejowanej pełniący rolę strony stosunku materialnoprawnego – czuwa nad prawidłowością postępowania. Obowiązki zamawiającego mają znaczenie szczególne, ponieważ to po stronie zamawiającego istnieje obowiązek weryfikacji wykonawców, spełnienia przez nich warunków, a także oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej. Istotną kwestią jest, że pomiędzy wykonawcami w trakcie realizacji procedury nie powstaje żadna specyficzna więź, ponieważ nie wykonują oni w stosunku do siebie czynności zobowiązujących, natomiast powinni przestrzegać reguł uczciwej konkurencji.

Zamawiający, obowiązany do przestrzegania prawa i podejmowania czynności proceduralnych o charakterze wykonawczym, staje się dłużnikiem w stosunku do wykonawców będących wierzycielami i w przypadku naruszenia przez zamawiającego warunków zobowiązania – wykonawcom przysługuje roszczenie wobec zamawiającego w obrębie naruszonego ich interesu. Nawiązująca się pomiędzy stronami (zamawiającym i wykonawcami) procedury o udzielenie zamówienia więź – stosunek przedkontraktowy, może być w określonych sytuacjach zawieszony przez skorzystanie przez wykonawcę z prawa wzruszenia wadliwej czynności zamawiającego przez skorzystanie ze środków korygujących czynności zamawiającego. Sformalizowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prze-

[9] R. Szostak, *Przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej na tle europejskich tendencji rozwojowych*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, pod red. A. Borowicz [*et al.*], Warszawa 2010, s. 59 i nast.

[10] „W konsekwencji czynności zapadające w postępowaniu zmierzającym do wyboru oferty, która jest jego przedmiotem, podlegają kwalifikacji według prawa cywilnego. W polskim prawie zamówień publicznych stanowi o tym wyraźnie przepis art. 14, który powinien być podniesiony do rangi nadrzędnej zasady i zamieszczony w obrębie przepisów art. 7-10 p.z.p." – R. Szostak, *Przetargowy*…, s. 61-62.

widuje szereg czynności zamawiającego, jakie podejmuje on w trakcie realizacji procedury; i nie są to czynności o jednakowym charakterze – czynności wykonawcze, faktyczne oraz prawne (oświadczenia woli). Wykonawcy zaś korzystając z „elementu skargowego", mogą wywołać „wpadkowe" postępowanie w trakcie procedury mające na celu przymuszenie zamawiającego do należytego wykonania ciążących na nim zobowiązań – przywrócenia stanu zgodnego z prawem lub wywołania stanu zgodnego z przepisami. Postępowanie, jakie wywołuje wniesienie odwołania (środka korygującego) do Krajowej Izby Odwoławczej stanowi z punktu widzenia cywilnoprawnego szczególne roszczenie majątkowe[11]. Źródła efektu wywołanego postępowaniem odwoławczym, czyli zabezpieczenia właściwego i rzeczywistego wykonania zobowiązania przez zamawiającego należy upatrywać w zasadzie realnego wykonania zobowiązania. Podstawowym wyznacznikiem zasady realnego wykonania zobowiązania jest pierwszeństwo realizacji zobowiązania przez dłużnika zgodnie z jego treścią. Zadaniem środków korygujących przewidzianych w ustawie jest zabezpieczenie interesów wierzycieli przez doprowadzenie do rzeczywistego wypełnienia zobowiązania proceduralnego przez zamawiającego – dłużnika.

Należy zwrócić uwagę, że „naprawa" postępowania o udzielenie zamówienia w wyniku wniesienia odwołania, czyli spowodowanie zgodnego z zobowiązaniem zachowania się zamawiającego zostało ograniczone czasowo. Odwołanie można złożyć jedynie w terminie, jaki określa ustawa – Prawo zamówień publicznych, zaś złożenie środka korygującego po tym terminie nie wywołuje skutków w obrębie zobowiązania, tym samym przysługujący wykonawcy termin jest terminem zawitym.

Spór, jaki powstaje pomiędzy zamawiającym a wykonawcą rozpoznawany przed Krajową Izbą Odwoławczą zostaje rozstrzygnięty przez uwzględnienie odwołania bądź jego oddalenie w przypadku rozpoznania merytorycznego, jednakże z przyczyn formalnych odwołanie może zostać odrzucone.

Ustawodawca w art. 186 ust. 1 p.z.p. wprowadził możliwość złożenia odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego oraz uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego w całości (art. 186 ust. 2 p.z.p.). Prowadzi to do umorzenia postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą, jednakże pod warunkiem braku zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego (art. 186 ust. 2 p.z.p.) lub braku wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego (art. 186 ust. 3 p.z.p.). Zamawiający – dłużnik uznając zarzuty odwołania, samodzielnie realizuje obowiązek poprawienia własnych czynności, wyko-

[11] R. Szostak, *Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego – organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, PZP 2008, nr 2, s. 5 i nast.

nując, powtarzając lub unieważniając czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 i 3 p.z.p. *in fine*). Czynność zamawiającego zostaje wykonana przez niego samego, nie dochodzi do postępowania spornego przed Krajową Izbą Odwoławczą, a czynność zmawiającego wykonywana zostaje w wyniku złożenia „wniosku" o rozpoznanie uchybienia, jakie popełnił zamawiający. Krajowa Izba Odwoławcza takie postępowanie umarza co do zasady na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą staje się bezprzedmiotowe, bowiem w takiej sytuacji, po uwzględnieniu zarzutów w całości przez zamawiającego, przestaje istnieć przedmiot sporu pomiędzy stronami stosunku obligacyjnego; prowadząc dalszą analizę, można zaryzykować twierdzenie, że po stronie wykonawcy nie można stwierdzić przesłanki istnienia interesu (analogicznie do art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego[12]). Należy zaznaczyć, że Krajowa Izba Odwoławcza umarzając postępowanie, nie dokonuje badania merytorycznego podnoszonych w odwołaniu zarzutów oraz nie bada zasadności czynności, jakie podejmie w wyniku uwzględnienia odwołania zamawiający.

Odmiennie wygląda sytuacja w przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz złożenia przez zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez zamawiającego. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 186 ust. 4 p.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje odwołanie. Konstrukcja zgłoszenia sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez zamawiającego nie realizuje klasycznej konstrukcji interwencji ubocznej, zgodnie z którą interwenient uboczny staje się jedynie pomocnikiem strony, do której przystąpił, lecz powoduje faktycznie wstąpienie zgłaszającego przystąpienie w miejsce zamawiającego, a tym samym prowadzi do wniosku, że spór rozpoznawany przez Krajową Izbę Odwoławczą dotyczący stosunku obligacyjnego pomiędzy zamawiającym – dłużnikiem a wykonawcą – wierzycielem przekształca się w spor pomiędzy równorzędnymi uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W każdym wypadku zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego musi wykazać interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Interes ten zgłaszający przystąpienie musi wskazać na moment zgłoszenia przystąpienia; jednakże w następstwie wniesienia sprzeciwu, interes ten jest uprawdopodobniony, nie jest wykazywany. Interes bowiem, jako przesłanka, w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie ma charakteru bezwzględnego, odmiennie niż w postępowaniu sądowym. Ze swej istoty spory przedkon-

[12] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.).

traktowe rozstrzygane są w układzie dwustronnym; niemniej to czynności zamawiającego lub zaniechanie czynności, do których był zobowiązany stanowią o wszczęciu postępowania spornego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, który upatruje w czynnościach zamawiającego działania niezgodne z warunkami zobowiązania. Uwzględnienie żądań określonego zachowania się zamawiającego nie może stanowić negatywnych konsekwencji dla innego wykonawcy (art. 189 ust. 2 pkt 5 p.z.p.), dlatego też mając prawo wniesienia sprzeciwu, wykonawca korzysta z ochrony własnych praw. Przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą jest nadal stosunek zobowiązaniowy, jednakże rozpoznawany w następującej konfiguracji: zamawiający – odwołujący oraz zamawiający – uczestnik postępowania odwoławczego, który wniósł sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez zamawiającego. Faktycznie bowiem Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje, przez rozpoznanie sporu między odwołującym a uczestnikiem postępowania odwoławczego, który wniósł sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez zamawiającego, spór pomiędzy zamawiającym – dłużnikiem a wierzycielem, dopiero zaś zasadność roszczenia w stosunku do dłużnika zostanie określona w wyroku i w tym zakresie zamawiający zostanie zwolniony z wykonywania żądanych przez odwołującego czynności (obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego) bądź zostanie nakazane zamawiającemu wykonanie pewnych czynności, unieważnienie dotychczasowych czynności wbrew żądaniu zawartemu we wniesionym sprzeciwie przez uczestnika postępowania odwoławczego (obciążenie uczestnika postępowania odwoławczego, który wniósł sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego). Następuje w tym miejscu kompensacja dwóch roszczeń względem zamawiającego wynikających z wielostronnego stosunku, jaki nawiązuje się pomiędzy zamawiającym z jednej strony a poszczególnymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu z drugiej strony. Należy zaznaczyć, że wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na brak czynności obligacyjnych względem siebie, nie przysługuje prawo podnoszenia żądań.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, rozstrzygając – czy zarzut bądź zarzuty skierowane przez odwołującego są zasadne, a tym samym naruszają elementy stosunku zobowiązaniowego, jakie wiążą strony postępowania, może odwołanie uwzględnić bądź odrzucić. Nie może wydać orzeczenia częściowego, co nie stoi w sprzeczności z rozpoznaniem częściowym zarzutów przez uwzględnienie niektórych zarzutów i oddalenie niektórych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Uwzględniając odwołanie – po stwierdzeniu, że doszło do naruszenia przepisów, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia – Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności zaniechanej, unieważnienie czynności dokonanej, powtórzenie czynności – w przypadku gdy umowa o zamówienie publiczne nie została zawarta. W sytuacji gdy umowa o zamówienie publiczne została już zawarta i zachodzą przesłanki unieważnienia umowy (art. 146 ust. 1 p.z.p.), Krajowa Izba Odwoławcza może unieważnić umowę, unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu lub nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym. Uwzględniając odwołanie, Krajowa Izba Odwoławcza może również, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, stwierdzić naruszenie przepisów. Zakres uprawnień Krajowej Izby Odwoławczej, w stosunku do poprzednio obowiązującego, jest zatem szeroki[13].

Zasadnym jest poruszenie problemu częściowego uznania przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu w warunkach, gdy odwołujący zarzutów tych nie wycofał. Sytuacji takiej nie przewidują przepisy ustawy, nie kształtują wprost czynności, jakie powinna podejmować w takich warunkach Krajowa Izba Odwoławcza, jednakże w mojej ocenie, ten problem wskazuje nie tylko na potrzebę nowelizacji przepisów w tym obrębie, ale obrazuje zarazem przedmiot postępowania przed Izbą. Postępowanie sporne ma na celu rozstrzygnięcie sporu, jaki powstał pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, którego inicjatorem jest wykonawca wykazujący, że doszło do naruszenia w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego przepisów, warunków postępowania, które to w efekcie naruszenie może spowodować naruszenie interesu wykonawcy oraz szkodę po jego stronie. Strony stosunku przedkontraktowego pozostają w sporze co do realizacji elementów zobowiązania, którym są związane i zadaniem Krajowej Izby Odwoławczej jest ten spór rozpoznać i orzec co do ukształtowanych zarzutów. Wynika z tego, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczy tych elementów stosunku zobowiązaniowego, który jest sporny, tym samym w przypadku uwzględnienia zarzutu bądź części zarzutów przez zamawiającego, nawet w trakcie rozprawy, przestaje istnieć pomiędzy stronami postępowania o udzielenie zamówienia spór, a więc nie istnieje w tym zakresie przedmiot postępowania odwoławczego[14]. Kra-

[13] R. Szostak, *Zmiany*…, s. 22 i nast.

[14] Stanowisko takie zaprezentowane zostało m.in. w wyrokach KIO: z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt 707/11; z dnia 11 czerwca 2012 r., sygn. akt 1073/12; z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt 340/12, gdzie czytamy: „Jednocześnie wobec uwzględnienia

jowa Izba Odwoławcza nie dysponuje ustawowym narzędziem częściowego umorzenia postępowania odwoławczego, co niewątpliwie nie przyczynia się do przejrzystości rozpoznawanych spraw, a uwzględnione przez zamawiającego zarzuty stanowią element, który pozostaje badany przez Izbę i uwzględniany w zakresie orzekania w sprawie kosztów postępowania. Zasadnym więc jest postulat, że w przypadku gdy zarzuty odwołania zostaną ograniczone ich uznaniem przez zamawiającego bądź w odpowiedzi na odwołanie, bądź na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza powinna ograniczyć rozpoznanie sprawy jedynie do zarzutów nieuwzględnionych i rozpoznać sprawę, wydając orzeczenie jedynie co do węższego zakresu, który pozostał sporny pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, który faktycznie jest przedmiotem postępowania przed Izbą. Niewątpliwie wpływałoby to również na koszty postępowania odwoławczego, bowiem byłyby one kształtowane przez faktycznie rozstrzygnięcie sprawy.

W przypadku odrzucenia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględnia zarzutów odwołującego – wierzyciela; tym samym stwierdza, że stosunek, jaki nawiązał się pomiędzy zamawiającym a odwołującym, realizowany jest zgodnie z warunkami zobowiązania.

Postępowanie prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi niewątpliwie instrument dochodzenia przez wykonawcę naprawienia sto-

---

przez zamawiającego zarzutu odwołania w zakresie dotyczącym zmiany spójnika «bądź» na «lub» w sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a) (oraz tym samym litera «b» w zakresie, w którym odwołuje się do litery «a») Izba stwierdziła, iż na chwilę zamknięcia rozprawy nie istnieją już kwestionowane przez odwołującego w odwołaniu postanowienia ogłoszenia. Dokonana zmiana ogłoszenia koresponduje z wnioskami odwołującego sformułowanymi w odwołaniu w tym zakresie. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 707/11) «postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 190 ust. 1 jest postępowaniem kontradyktoryjnym, polegającym na rozstrzyganiu sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. W sytuacji, kiedy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, to prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Przyjęciu takiego stanowiska nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, gdyż przepisy ustawy pzp takiej możliwości nie przewidują, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że ustawa prawo zamówień publicznych nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na uwzględnieniu części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to należy uznać, że takie uwzględnienie jest skuteczne i następuje ono z chwilą opublikowania tej zmiany, w sposób umożliwiający zapoznanie się z nią wykonawców. Również wniesienie odwołania od zapisów postanowień siwz, nie ma wpływu na uprawnienie zamawiającego do zmian w tym zakresie, do czasu zamknięcia rozprawy. Tym samym należy uznać, że orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu jest naruszeniem *ratio legis* ustawy pzp»".

sunku przedkontraktowego, który nawiązuje się pomiędzy stronami tego stosunku w sposób dobrowolny. Krajowa Izba Odwoławcza wydając orzeczenie, nakazuje zamawiającemu w przypadku uwzględnienia odwołania dokonania pewnych określonych w orzeczeniu czynności. Przymusza tym samym zamawiającego do poprawienia własnych czynności, gwarantując tym samym wykonawcy, że ten pierwszy postąpi zgodnie z pierwotnym zobowiązaniem.

Konkludując, należy zwrócić uwagę, że celem stosunku zobowiązaniowego jest zabezpieczenie interesu wierzyciela, które następuje przez zgodne z tym zobowiązaniem zachowanie się dłużnika, zaś przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą jest spór, jaki wywiązuje się pomiędzy dłużnikiem a wierzycielem co do realizacji wiążącego ich zobowiązania.

Przesłanki postępowania odwoławczego

Zgodnie z art. 179 p.z.p. środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów tejże ustawy. Uprawnionymi do skorzystania ze środków ochrony prawnej wobec ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia są organizacje wpisane na listę prowadzoną i ogłoszoną na stronie Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na uwagę zasługuje możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przez organizacje wpisane na wspomnianą wyżej listę a wnoszonych wobec ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Istnieje problem interpretacyjny co do zakresu spełnienia przesłanek, których wynikiem będzie skuteczne wniesienie odwołania. W pierwotnym brzmieniu przepisu art. 179 p.z.p. – przed nowelizacją dokonaną wspomnianą już ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r., obowiązującą od dnia 29 stycznia 2010 r. – organizacje mogły wnosić środki ochrony prawnej w przypadku naruszenia przepisów ustawy i nie miały one obowiązku wykazywania interesu prawnego[15]. Obecne brzmienie art. 179 ust. 2 p.z.p. – uprawniającego do złożenia środka ochrony prawnej, określające jedynie zakres podmiotowy (organizacje wpisane na listę w wyniku decyzji administracyjnej Prezesa UZP) oraz przedmiotowy (ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia) – prowadzi do wniosku, że obecne zbyt „otwarte"

[15] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2006, s. 385.

uregulowanie nie realizuje podstawowych funkcji środków odwoławczych. Sugeruje to potrzebę zmiany w zakresie regulacji art. 179 ust. 2 p.z.p. przez zawężenie uprawnienia składania środków ochrony prawnej przez organizacje, o których mowa w tym przepisie jedynie w przypadku gdy działają one na rzecz wykonawcy, który takiej ochrony prawnej potrzebuje[16].

Skuteczność złożenia odwołania uzależniona jest od wykazania przez wykonawcę – na moment złożenia odwołania – spełnienia przesłanek z przepisu art. 179 p.z.p., tj. wykazania, że wykonawca:

(1) ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia,
(2) poniósł lub może ponieść szkodę,
(3) szkoda lub możliwość jej zaistnienia było następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Niewątpliwie przesłanki te muszą zostać spełnione kumulatywnie, zaś brak ich wykazania stanowi podstawę do oddalenia odwołania.

W preambule dyrektywy 2007/66/WE w pkt. 17 czytamy: „Procedura odwoławcza powinna przysługiwać co najmniej każdej osobie, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia i która poniosła szkodę lub jest zagrożona szkodą w wyniku domniemanego naruszenia". Obowiązkiem państw członkowskich Unii Europejskiej jest takie skonstruowanie krajowych przepisów, aby zapewniły one dostępność procedur odwoławczych przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Odnosząc się do polskiej regulacji art. 179 ust. 1 p.z.p., nasuwa się wniosek, że jedna z przesłanek (1) została zbytnio rozszerzona przy jednoczesnym zawężeniu ostatniej z wymienionych przesłanek – skutecznego złożenia odwołania (3).

W pierwszej kolejności, rozpatrując przesłankę interesu do wniesienia odwołania, którą odwołujący miał lub ma składając odwołanie, należy wskazać niekonsekwencję prawodawcy wobec krajowych przepisów prawnych przy implementacji rozwiązań wspólnotowych. Niekonsekwencja ta wynika z faktu, że w polskim systemie prawnym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało oparte na konstrukcji stosunku przedkontraktowego, który swoje unormowanie znajduje w prawie cywilnym. Należy zaznaczyć, że dyrektywy unijne określają wymagania na poziomie ponadnarodowym w sposób, który będzie możliwy do przeniesienia na grunt krajowych przepisów prawnych wszystkich członków UE. W poszczególnych krajach członkowskich istnieją różne konstrukcje odnoszące się do więzi, jaka powstaje pomiędzy zamawiającym a wykonawcą przed zawarciem umowy będącej wynikiem postępowania o udzielenie

[16] Por. R. Szostak, *Zmiany*…, s. 11.

zamówienia publicznego. Polski prawodawca przeniósł do ustawy – Prawo zamówień publicznych regulację wynikającą wprost z dyrektywy, która odnosi się do istnienia interesu po stronie uprawnionego do złożenia środka korygującego, nie uwzględniając jednocześnie obowiązujących na tle polskiego prawa cywilnego rozwiązań. Implementacja przepisów dyrektywy powinna być dokonana z poszanowaniem dla obowiązujących, a nie sprzecznych z prawodawstwem krajowym, rozwiązań prawnych.

Obecne brzmienie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych zobowiązuje wykonawców składających odwołanie do wykazania, że mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia, nie uzależniając tego od etapu prowadzonego postępowania. Pojęcie interesu należy rozumieć jako wszelką korzyść majątkową mogącą przypaść komukolwiek w związku z uzyskaniem danego zamówienia[17]. Wykonawca wykazuje, że miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia zarówno w czasie, gdy korzysta ze środka korygującego i odwołuje się od czynności zamawiającego dotyczących postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówienia, jak również gdy odwołuje się od czynności zamawiającego dokonywanych już po składaniu ofert w postępowaniu.

W pierwszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zasadnym jest wykazywanie przez wykonawcę, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia. Każdy z wykonawców ma wówczas równą pozycję prawną, a samo działanie wykonawcy można określić działaniem we własnym interesie i jednocześnie na korzyść interesu publicznego. Możliwość korygowania regulacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu nie jest zbyt często wykorzystywana przez wykonawców, co prowadzi do patologicznych sytuacji w kolejnym etapie, jakim jest ocena ofert i wybór wykonawcy z uwagi na działanie według wadliwych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Remedium na tę okoliczność mogłoby być zmniejszenie kwoty wpisu w przypadku odwołania dotyczącego specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, które zachęciłyby wykonawców do częstszego korzystania z tego środka korygującego.

Niezmiennie do ówczesnych rozwiązań prawnych[18] na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w którym znany jest już wynik tego postępowania, fakt, że wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia skutecznie może jedynie wykazać wykonawca, który brał

[17] *Ibidem*, s. 6.

[18] Artykuł 179 ust. 1 w brzmieniu sprzed nowelizacji obowiązującej od dnia 29 stycznia 2010 r.: „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy".

udział w tym postępowaniu. Nie jest przesłanką działanie wykonawcy na rzecz interesu publicznego, lecz ochrona indywidualnego interesu majątkowego wykonawcy, który w wyniku naruszeń zamawiającego może być pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia[19]. Interes w uzyskaniu zamówienia, jaki posiada wykonawca na tym etapie postępowania należy wywieść z przepisów prawa cywilnego. Zgodnie z nimi to pomiędzy zamawiającym i wykonawcami w wyniku złożenia oferty lub wniosku nawiązuje się wielostronny stosunek przedkontraktowy, co powoduje, że tylko wykonawcy przystępujący do procedury mają możliwość korygowania wadliwych czynności zamawiającego – tylko wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania są w stanie wykazać interes w uzyskaniu zamówienia (zawarcia odpłatnej umowy o zamówienie). Konieczność rozumienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia przez interes prawny na tym poziomie postępowania o udzielenie zamówienia należy wywodzić również z faktu, że tylko takie rozumienie pozwala na skuteczne wyłączenie z grona uprawnionych do skorzystania ze środków korygujących osoby, które mogą mieć jedynie pośrednie interesy majątkowe. Wykazanie się przez wykonawcę posiadaniem interesu prawnego w uzyskaniu danego zamówienia pozwala również na eliminację roszczenia tego wykonawcy, gdy dotyczy ono podnoszonych w odwołaniu uchybień zamawiającego, jednakże naruszających niemajątkowe interesy wykonawcy.

Taki sposób interpretacji pojęcia „interes w uzyskaniu zamówienia" znajduje uzasadnienie również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W orzeczeniu z dnia 8 września 2005 r. sprawie C-129/04 *Espace Trianon SA*[20] Trybunał stwierdził, że podmiotem, który „ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia" jest podmiot, który składając ofertę na dane zamówienie, wykazał się interesem w jego uzyskaniu. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 *Grossmann Air Service Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH&Co.KG and Republik Osterreich*[21] rozpoznał zagadnienie dopuszczalności wniesienia środka odwoławczego przez podmiot, który nie brał udziału w postępowaniu przetargowym. Trybunał uznał, że odmowa uznania interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie skarżącego, który nie uczestniczył w postępowaniu przetargowym i nie kwestionował wcześniej decyzji zamawiającego dotyczących treści specyfikacji i zaproszenia do przetargu nie ogranicza

[19] „(…) rozpatrywanie analizowanej przesłanki w kategoriach interesu faktycznego grozi niepotrzebnym rozszerzeniem kręgu uprawnionych na osoby mogące nadużywać środków ochrony prawnej, ze szkodą dla interesu publicznego" – R. Szostak, *Środki ochrony interesów konkurentów ubiegających się o zamówienia publiczne według znowelizowanej dyrektywy 89/665*, „Studia Prawnicze" 2008, z. 4.

[20] Dz. Urz. UE C 271/8 z 29.10.2005.

[21] ECR 2004, s. I-1829, pkt 38.

efektywności dyrektywy odwoławczej i nie jest sprzeczne z prawem wspólnotowym[22].

W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych wykonawca – odwołujący może ponieść uszczerbek majątkowy (szkoda lub możliwość poniesienia szkody), jednakże poniesienie tego uszczerbku musi być powiązane z interesem w uzyskaniu danego zamówienia. Istota łącznego badania przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę w wyniku podjęcia przez zamawiającego pewnych decyzji wraz z przesłanką posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia przez tego wykonawcę gwarantuje poprawność oceny, czy czynność zamawiającego naraziła na szkodę wykonawcę i będąc niezgodną z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych naruszyła jego interes, czy też decyzja zamawiającego spowodowała uszczerbek w interesie wykonawcy, lecz została dokonana prawidłowo. Przesłanka „poniesienia szkody" lub „możliwości poniesienia szkody" dotyczy uszczerbku majątkowego i na gruncie obecnie obowiązujących przepisów nie można rozpoznawać jej w inny sposób.

W zakresie ostatniej z przesłanek skutecznego złożenia odwołania ustawodawca polski zobowiązał odwołującego jedynie do wykazania, że nastąpiło naruszenie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych (zwrot „niniejszej ustawy"). Przepis ten wskazuje jedynie na prawo wykonawcy do kwestionowania bezprawnego działania zamawiającego w obrębie ustawy – Prawo zamówień publicznych, nie dopuszczając odnoszenia się do czynności zamawiającego naruszających inne rozwiązania prawne, pośrednio normujące problematykę zamówień publicznych, w tym przepisy prawa wspólnotowego. Możliwość kwestionowania czynności zamawiającego wynikających z pozaustawowej regulacji uzasadniona jest faktem samej istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą kształtują między innymi warunki konstruowane przez zamawiającego. Dyrektywa 2007/66/WE nadal posługuje się w swej treści sformułowaniem „naruszenia przez te decyzje [podjęte przez zamawiającego – *przyp. K.P.*] prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo". Pozwala to na interpretację zgodną z dotychczasową wykładnią; mianowicie pozwala wysnuć wniosek, że postanowienia dyrektyw odwoławczych mają zastosowanie nie tylko w sytuacji gdy dojdzie do naruszenia dyrektyw odnoszących się do zamówień publicznych, ale także gdy dochodzi do naruszenia aktów prawnych jedynie pośrednio normujących problematykę zamówień publicznych. Niezmiennie przepisy dyrektywy odwoławczej mają zastosowanie również, gdy dojdzie do naruszenia zapisów trakta-

[22] Na podstawie: A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 775 i nast.

towych (TWE). Wykładnia ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie europejskim, gdzie podkreśla się, że dyrektywa odwoławcza znajduje zastosowanie, gdy dochodzi do naruszenia jakichkolwiek przepisów z dziedziny prawa zamówień publicznych, a nie tylko przepisów dyrektyw koordynujących udzielanie zamówień publicznych[23]. W orzeczeniu z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie C-57/01 *Makedoniko*[24] Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że każda decyzja zamawiającego, nawet ta podjęta na podstawie przepisów dotyczących krajowych zamówień publicznych, musi podlegać kontroli co do jej zgodności z tymi przepisami prawa wspólnotowego, które mają charakter ogólniejszy i zostały zawarte w traktacie[25].

Wnioski

Rozwijająca się wciąż w Polsce dziedzina prawa, jaką są zamówienia publiczne oraz rzeczywistość, która w realizacji procedur o udzielenie zamówienia publicznego jest najlepszym recenzentem owego systemu, zobowiązują do składania postulatów mających na celu jej usprawnienie, dostosowanie do obowiązujących przepisów ponadkrajowych oraz eliminujących rozwiązania mogące być uznawane za sprzeczne w ramach całego systemu prawnego.

Powyższe opracowanie skłania do zgłoszenia *de lege ferenda* wniosków o konieczność wprowadzenia regulacji w zakresie częściowego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Zmiany art. 179 ust. 1 p.z.p. w zakresie posiadanego interesu w uzyskaniu zamówienia, jakim legitymują się wykonawcy składający odwołanie w zależności od etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – dla etapu postępowania po składaniu ofert lub wniosków konieczne ustabilizowanie kręgu podmiotów uprawnionych do wnoszenia odwołania tylko do konkurentów mających realną szansę na uzyskanie zamówienia, tj. wprowadzenie przesłanki posiadania interesu prawnego w uzyskaniu danego zamówienia, co jednocześnie znajduje uzasadnienie w prawie cywilnym. Dokonania zmiany w regulacji art. 179 ust. 1 p.z.p. *in fine* przez zastąpienie obowiązującej zapisu „w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy" sformułowaniem, które będzie realizowało koncepcję wspólnotową, a zarazem umożliwiało wykonawcom dochodzenie praw w oparciu o obowiązujące przepisy mające zastosowanie przy udzielaniu zamówień publicznych.

[23] Zob. orzeczenie ETS z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs GmbH*, ECR 2002, s. I-05553.

[24] ECR 2003, s. I-01091.

[25] Na podstawie: A. Sołtysińska, *op. cit.*, s. 767-768.

Krzysztof Tusiński

Licencje typu *shrink-wrap, click-wrap* i *web-wrap* na oprogramowanie komputerowe i problem ich skuteczności na gruncie prawa polskiego

Wprowadzenie

Stały rozwój technologii komputerowej, wzrastający popyt na oprogramowanie komputerowe oraz konieczność zawierania umów licencyjnych dotyczących nabywanych programów zmusił ich producentów do poszukiwania rozwiązania, które umożliwi stosunkowo proste i łatwe zawieranie takich umów.

Pierwszym chronologicznie rozwiązaniem były umowy typu *shrink-wrap*. W tym wypadku warunki umowy są w całości przyklejone lub nadrukowane na wewnętrznej stronie pudełka albo znajdują się w załączonej kopercie włożonej do wnętrza. W tym kontekście możliwe są dwie sytuacje. W pierwszej – licencja jest dostarczana z programem w taki sposób, że możliwe jest zapoznanie się z jej treścią przed usunięciem naklejki/folii. W drugim przypadku licencja znajduje się w opakowaniu zabezpieczonym naklejką/folią. Innym rozwiązaniem jest podział umowy na dwie części. Jedna część znajduje się na zewnętrznej stronie opakowania i zawiera szczególne warunki licencji. Druga część postanowień znajduje się wewnątrz opakowania i stanowi wzorzec umowny, stosowany przez sprzedawcę do wszystkich umów tego rodzaju.

Standardowo zawarcie umowy licencyjnej typu *shrink-wrap* polega na odpakowaniu przezroczystego plastikowego opakowania. Warunki umowy licencyjnej są zapisane na opakowaniu pudełka. Umowa zawiera klauzulę stwierdzającą, że usunięcie opakowania z pudełka jest równoznaczne z wyrażeniem zgody na warunki umowy licencyjnej.

Kolejnym etapem rozwoju było powstanie licencji *click-wrap*. Ten sposób może znaleźć zastosowanie zarówno w przypadku programów dystrybuowanych na nośnikach materialnych, jak i rozpowszechnianych przez Internet. Do zawarcia umowy dochodzi w trakcie procesu instalacji programu na komputerze użytkownika. Licencjobiorca wyraża zgodę za zawarcie umowy poprzez zaznaczenie odpowiedniego okienka (np. „Zapoznałem się z warunkami licencji i je akceptuję") lub kliknięcie specjalnego przycisku (np. „Akceptuję", „OK") wyświetlonego w oknie dialogowym zawierającym tekst licencji. Zdarzają się też przypadki, gdy w oknie dialogowym znajduje się jedynie link do strony internetowej zawierającej pełny tekst licencji. Zwykle brak dokonania którejś z powyższych czynności powoduje niemożliwość kontynuowania procesu instalacji oprogramowania.

Najpóźniej powstały licencje typu *web-wrap*. Zasadniczo ten typ zawierania umów jest wykorzystywany w przypadku dystrybucji programów za pomocą sieci Internet. W tym przypadku na stronie internetowej, z której można pobrać program, umieszczony jest (bezpośrednio lub w formie odesłania) tekst licencji, zaś do zawarcia umowy dochodzi poprzez wykonanie jednej z czynności eksploatacyjnych, o których mowa w umowie.

W ramach niniejszego opracowania zaprezentuję podstawowe problemy, jakie pojawiają się w związku ze stosowaniem tego typu umów licencyjnych. Szczególny nacisk zostanie położony na wątpliwości, które powstają odnośnie skuteczności tego szczególnego typu umów na gruncie prawa polskiego.

Treść licencji jako oferta

Na wstępie należy rozważyć, z którym z trybów zawierania umów przewidywanych przez Kodeks cywilny[1] mamy do czynienia. Istnieją w tym zakresie trzy możliwości: tryb ofertowy, negocjacyjny i przetargowy. Najbardziej oczywistym wydaje się tryb ofertowy, co zostanie poniżej udowodnione.

„Oferta należy do «inicjujących» stadiów postępowania zmierzającego do zawarcia umowy. Oferent składa drugiej stronie (oblatowi) stanowczą propozycję zawarcia umowy, określając, co najmniej jej istotne postanowienia, i pozostaje nią związany aż do upływu terminu oznaczonego w ofercie lub przepisach prawnych. (…) Oferta spełnia zarówno funkcję «proceduralną», to znaczy wywiera skutki w dziedzinie postępowania zmierzającego do zawarcia umowy, jak i funkcję «materialną», to znaczy określa treść

[1] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej: k.c.

umowy, która w razie pomyślnego przebiegu tego postępowania zostanie zawarta pomiędzy oferentem a oblatem. (…). Struktura oświadczenia woli, normatywnie skonstruowanego jako oferta, jest złożona z dwu wypowiedzi: 1) propozycji zawarcia umowy skierowanej do oblata (…) oraz 2) określenia postanowień umowy co najmniej w zakresie *essentialia negotii*"[2].

Ponadto, jak podnosi się w doktrynie, oświadczenie woli, aby mogło być uznane za ofertę, powinno mieć charakter stanowczy. W wypadku braku wyżej wymienionych cech, oświadczenie nie jest ofertą i może być na zasadzie art. 71 k.c. traktowane jedynie jako zaproszenie do składania ofert. Oświadczenie woli ma charakter stanowczej propozycji wówczas, gdy sformułowane jest w taki sposób, że do zawarcia umowy wystarcza bezwarunkowe „tak" oblata[3].

Powołuje się przy tej okazji również pewne pozaustawowe przesłanki, które pomagają rozstrzygać opisywaną wątpliwość. Wśród nich wymienia się: szczegółowość propozycji, czas związania stron propozycją/umową, treść oświadczenia woli (użycie zwrotów typu „licencjodawca udziela"), okoliczności złożenia oferty czy dodatkowe informacje dostarczane przez stronę oświadczającą[4].

Należy zastanowić się, czy w świetle przedstawionych powyżej rozważań, oświadczenie woli licencjobiorcy w wypadku masowej dystrybucji oprogramowania można uznać za ofertę.

Istotą umowy licencyjnej jest upoważnienie osoby trzeciej do korzystania z chronionego utworu. Mając na uwadze wspomniany art. 41 ust. 2 prawa autorskiego[5], umowa powinna również określać pola eksploatacji, na których nastąpiło upoważnienie. Przyjmuje się, że te dwa elementy stanowią *essentialia negotii* umowy licencji[6] .

W wypadku licencji *shrink-wrap* nie ma, w moim przekonaniu, poważniejszych wątpliwości odnośnie tego, czy oświadczenie woli licencjobiorcy można uznać za ofertę. Oświadczenie woli jest ofertą w jej aspekcie proceduralnym, gdyż wywiera skutki w zakresie postępowania zmierzającego

---

[2] Tak B. Gawlik, *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego* (*art. 66-72 k.c.*), Kraków 1977, s. 43.

[3] Tak A. Brzozowski [w:] *Kodeks cywilny. Tom 1: Komentarz do art. 1-449*[11], pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2005, s. 302-303.

[4] Tak P. Wasilewski, *Cywilnoprawne aspekty obrotu internetowego na przykładzie umów licencyjnych typu open content*, ZNUJ PPWI 2007, z. 97, s. 156.

[5] Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.), dalej: pr. aut.

[6] Tak J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta [*et al.*], *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Kraków 2005, s. 520; J. Barta, R. Markiewicz, *Obowiązek wymienienia pól eksploatacji w umowie licencyjnej*, ZNUJ PPWI 2007, z. 100, s. 21; podobnie m.in. K. Grzybczyk, *Świadczenie charakterystyczne w autorskoprawnej umowie licencyjnej*, ZNUJ PPWI 2007, z. 100, s. 144.

do zawarcia umowy. Oferta określa nawet formę, w jakiej druga strona winna złożyć oświadczenie woli. Licencje pełnią także funkcję proceduralną, gdyż precyzyjnie określają, że „(…) poprzez otwarcie zapieczętowanej koperty, użytkownik staje się stroną umowy".

Oświadczenie woli licencjodawcy stanowi także ofertę w jej aspekcie materialnym, gdyż określa *essentialia negotii* umowy licencyjnej. W treści licencji określa się, że zawarcie umowy stanowi upoważnienie do korzystania z oprogramowania, a także określa pola eksploatacji, do których odnosi się to upoważnienie.

Ponadto precyzyjne określenie, że program komputerowy jest rozpowszechniany na podstawie określonej licencji, szczegółowość składanej propozycji oraz okoliczności składania oświadczenia poprzez załączenie jego treści do nośnika z zapisanym oprogramowaniem przesądzają, iż tak przedstawiony tekst licencji stanowi ofertę w rozumieniu Kodeksu cywilnego.

Obowiązek wymienienia pól eksploatacji

Większe wątpliwości powstają w wypadku gdy użytkownik przed zawarciem takiej umowy nie ma możliwości zapoznania się z tekstem licencji, a zostają mu przedstawione do akceptacji jedynie jej fragmenty zwane „warunkami korzystania z programu". Zwykle dzieje się tak w przypadku licencji *click-wrap* i *web-wrap*, gdy użytkownikowi do akceptacji zostają przedstawione jedynie skrócone warunki umowy.

Powstaje w związku z tym pytanie, czy zaprezentowanie jedynie kilku punktów umowy licencyjnej wystarcza do jej zawarcia.

Przede wszystkim duża część licencji dotyczących udostępniania oprogramowania nie precyzuje pól eksploatacji, na jakich możliwe jest korzystanie z oprogramowania. Należy podkreślić, że stosownie do art. 41 ust. 2 pr. aut. umowa licencyjna lub umowa o przeniesienie prawa autorskiego odnosi się tylko do pól eksploatacji wyraźnie w niej wymienionych. Istnienie ustawowego obowiązku wyraźnego wymienienia wszystkich pól eksploatacji jest przy tym zagadnieniem wywołującym poważne rozbieżności w doktrynie.

Wobec przedstawionych wyżej rozważań wokół obowiązku wymienienia pól eksploatacji należy odpowiedzieć na dwa pytania. Po pierwsze, czy należy restrykcyjnie podchodzić do obowiązku wymienienia pól eksploatacji. I po drugie, czy brak określenia pól eksploatacji oprogramowania w treści licencji wyświetlającej się podczas instalacji programu oznacza, że takiego oświadczenia licencjodawcy nie można uznać za ofertę.

Na pierwsze z tych pytań należy odpowiedzieć, w moim przekonaniu, twierdząco. Istnieje kilka argumentów na poparcie tej tezy. Po pierwsze, odchodzenie od zasad wykładni językowej powinno mieć jedynie charakter wyjątkowy. W przypadku treści art. 41 ust. 2 pr. aut. interpretacja tego przepisu nie budzi zasadniczych wątpliwości i jako taka nie powinna być kwestionowana. Do wykładni celowościowej należy odwoływać się jedynie w przypadku gdy interpretacja przepisów w drodze wykładni językowej budzi zasadnicze wątpliwości. Przekraczanie granicy możliwego językowego znaczenia przepisu prawnego jest możliwe jedynie gdy ma to silne uzasadnienie aksjologiczne. Stanowisko to wyraża K. Osajda[7], który stwierdza, że należy zgodzić się ze stanowiskiem, iż może dojść do przełamania znaczenia językowego normy wtedy, gdyby to znaczenie naruszało wartości albo gdyby było sprzeczne z naturą stosunku wymienioną jako klauzula ograniczająca swobodę umów i przewidzianą w art. 353^1 k.c. Dodaje on, że normę uzyskaną w toku interpretacji weryfikuje się jeszcze z wartościami chronionymi przez system prawny i bada się ją w sferze jego aksjologii. Trudno jednak wśród wartości aksjologicznych, którym ma służyć prawo autorskie doszukiwać się podstaw do przełamania językowego rozumienia obowiązku wymienienia pól eksploatacji.

Warto przy tym przytoczyć inne argumenty. Ustawodawca w procesie legislacyjnym ma możliwość tworzenia przepisów jako przepisów względnie obowiązujących (*ius dispositivum*). Taką konstrukcją posłużył się między innymi w przypadku art. 45 i 65 pr. aut. Wprowadzając wymóg dokładnego wymienienia pól eksploatacji, odwołał się jednak do przepisów bezwzględnie obowiązujących (*ius cogens*). Należy domniemywać, że było to działanie racjonalnego ustawodawcy, chcącego w możliwie pełny sposób chronić interesy twórców. Nie można zatem na gruncie art. 41 ust. 2 pr. aut., twierdzić, że w razie wątpliwości co do treści umowy musimy przede wszystkim starać się treść tę odtworzyć, a dopiero potem uciekać się do ustawowych kryteriów wykładni. Nie chodzi tu bowiem o ustawowe kryteria wykładni (taki jest sens przepisów *ius dispositivum*), a bezwzględnie obowiązujący przepis prawa, który określa przedmiotowo istotne elementy umowy licencyjnej.

Po trzecie, celem art. 65 k.c. jest ustalenie zgodnego zamiaru stron, a nie umożliwianie stronom swobodnego obchodzenia przepisów ustawowych. „Tłumaczenie oświadczenia woli, o który mowa w art. 65 k.c. stanowi zatem zespół czynników prowadzących do ustalenia znaczenia tej wypowiedzi. W pierwszej kolejności chodzi tu o ustalenie, czy wypowiedź ta ma spełniać funkcję regulującą (…), a w dalszej kolejności o ustalenie jej

[7] K. Osajda [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa. Materiały konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego odbytej w dniu 27 lutego 2004 r.*, pod red. P. Winczorka, Warszawa 2005, s. 329.

znaczenia istotnego z prawnego punktu widzenia"[8]. Dlatego też wydaje się, że odwołanie się do konstrukcji art. 65 k.c. nie wystarcza do uznania skuteczności umowy licencyjnej w wypadku braku wymienienia w niej pól eksploatacji.

Wszystkie przedstawione wyżej argumenty przemawiają za literalnym stosowaniem wymogu wskazania pól eksploatacji. Wydaje się, że ochrony praw stron umowy należy raczej poszukiwać w przedstawionych w rozdziale 5 koncepcjach licencji jako jednostronnej czynności prawnej i nadużycia prawa podmiotowego, niż opierać się na wykładni oświadczeń woli stron w oparciu o art. 65 k.c.

Należy uznać praktykę znacznej części dostawców oprogramowania, ograniczających sformułowania warunków licencji do kilku postanowień, za wadliwą. Warunki umowy prezentowane licencjobiorcy przed zawarciem umowy powinny odwołać się do pól eksploatacji oprogramowania przewidzianych przez art. 74 pkt 4 pr. aut. Brak takiego odwołania powoduje, że trudno uznać takie oświadczenie woli za ofertę w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego.

Natomiast w wypadku gdy w warunkach licencji zostają wyraźnie wymienione pola eksploatacji, takie oświadczenie woli spełnia przesłanki do uznania go za ofertę.

Zawarcie umowy typu *shrink-wrap* i *click-wrap*

W przypadku umów typu *shrink-wrap* i *click-wrap* mamy do czynienia z przeniesieniem nośnika z programem. Następnie do konkretnego adresata zostaje skierowane oświadczenie oferujące niewyłączne prawo korzystania z programu. Jak wspomniano powyżej, takie oświadczenie przy spełnieniu określonych warunków ma charakter oferty.

Powstaje wątpliwość odnośnie czasu związania ofertą. W omawianym przypadku oferta nie została złożona w obecności drugiej strony ani za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania na odległość. W tym wypadku na zasadzie art. 66 § 2 k.c. oferta przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia.

„Ustalając okres związania tak złożoną ofertą należy uwzględnić: czas potrzebny na dojście oferty do adresata (…), czas potrzebny oblatowi do rozważenia oferty i podjęcia decyzji (…), czas potrzebny na przygotowa-

[8] Tak P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2006, s. 153.

nie i wysłanie odpowiedzi do adresata (…) oraz czas potrzebny na dojście odpowiedzi do adresata (…)"[9].

Przepis ten należy jednak interpretować w kontekście art. 69 k.c. który stanowi, że jeżeli według ustalonego w danych stosunkach zwyczaju dojście do składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu nie jest wymagane, umowa dochodzi do skutku, skoro druga strona w czasie właściwym przystąpi do jej wykonania. Artykuł 69 k.c. ma zastosowanie wówczas, gdy „zgodnie ze zwyczajem ustalonym w danych stosunkach (tzn. przy zawieraniu umów danego rodzaju pomiędzy danego rodzaju podmiotami) dojście oświadczenia o przyjęciu oferty do oferenta nie jest wymagane"[10]. Jako przykład podaje się tutaj sprzedaż wysyłkową.

We wspomnianym przepisie art. 69 k.c. pojawiają się dwa pojęcia nieostre, które wymagają subsumcji pod dyskutowany stan faktyczny. Pierwszym pojęciem jest „przyjęty zwyczaj". W świetle istniejącej od kilkunastu lat praktyki zawierania umów licencyjnych w ten właśnie sposób, nie ulega wątpliwości możliwość uznania go za zwyczaj przyjęty w stosunkach danego rodzaju. Oznacza to, że przesłanka zastosowania art. 69 k.c. zostaje w tej sytuacji spełniona.

Większe wątpliwości budzi określenie „czasu właściwego" do przystąpienia do umowy. Należy przy tej okazji odwołać się do normy interpretacyjnej wyrażonej w art. 65 k.c., zgodnie z którą ofertę zawarcia umowy licencyjnej typu *shrink-wrap* i *click-wrap* należy interpretować tak jak wymagają tego ustalone zwyczaje i okoliczności jej złożenia. Pojęcie czasu właściwego do wykonania umowy należy więc interpretować w kontekście zwyczajów związanych z eksploatacją oprogramowania. Zdarza się bowiem często, że użytkownik po zakupie programu nie przystępuje od razu do korzystania, a czyni to po upływie dłuższego czasu. Przyjmując taki sposób postępowania jako zgodny z przyjętym zwyczajem, możemy – w moim przekonaniu – uznać, że tak długo jak użytkownik dysponuje materialnym nośnikiem, na którym jest zapisany program, może on podjąć w dowolnym czasie decyzję, iż przyjmuje ofertę zawarcia umowy poprzez zerwanie folii czy też kliknięcie „Akceptuję" w oknie dialogowym. Takie czynności należy zawsze kwalifikować jako podjęte w czasie właściwym.

Dorozumiany sposób wyrażenia oświadczenia woli

Kolejną kwestią wymagającą analizy jest odpowiedź na pytanie, czy otwarcie pudełka bądź kliknięcie myszką może być uznane za skuteczne oświad-

[9] Tak *ibidem*, s. 164.
[10] *Ibidem*, s. 178.

czenie woli. Decydujące znaczenie ma tu treść art. 60 k.c., który stanowi: „Wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny". Przepis ten ma przede wszystkim znaczenie w kontekście proceduralnego charakteru, jaki mają oferty składane przez dystrybutorów oprogramowania. Otóż w każdej z tych ofert zostaje dokładnie określony sposób zawarcia umowy poprzez otwarcie opakowania czy też zaznaczenie odpowiedniego okienka.

Jak zaznacza w swoim orzecznictwie Sąd Najwyższy: „O tym czy określone zachowanie się w dostateczny sposób ujawnia wolę decydują okoliczności każdego przypadku"[11].

Należy też powtórzyć za Z. Radwańskim[12], że oświadczenia woli składane w postaci elektronicznej (np. poprzez kliknięcie myszką w odpowiednim polu) są normalnymi oświadczeniami woli, nieróżniącymi się co do swojej istoty od oświadczeń woli składanych w inny sposób (ustnie, pisemnie, w sposób dorozumiany). W związku z tym należy przyjąć, że otwarcie pudełka czy też kliknięcie myszką można uznać za oświadczenie woli.

Prowadzone powyżej rozważania prowadzą do wniosku, że przyjmowany sposób zawierania umów przy licencjach typu *shrink-wrap* i *click-wrap* należy uznać za skuteczny, a postanowienia umów zawieranych w taki sposób za wiążące. Należy jednak zaznaczyć, że koniecznym elementem takiej umowy jest określenie w niej pól eksploatacji, na jakich zawierana jest umowa. Niedochowanie tego wymogu przesądza o tym, że upoważnienie do określonego korzystania z programu nie jest objęte umową.

Skuteczność umów typu *web-wrap*

W wypadku tego typu licencji przyjmuje się, że do zawarcia umowy dochodzi w momencie podjęcia przez użytkownika określonych, relewantnych z punktu widzenia prawa autorskiego czynności. W tym wypadku wymagane jest, aby dokonując takich czynności, użytkownik miał świadomość i akceptował treść umowy licencyjnej.

Rozpowszechnianie programów za pomocą tego typu licencji odbywa się za pośrednictwem strony internetowej, będącej jednym ze środków komunikacji elektronicznej. W doktrynie nie przyjęto w zasadzie jednolitych

[11] Wyrok SN z dnia 4 lutego 1994 r., sygn. akt III CRN 345/91, „Prawo Gospodarcze" 1993, nr 5, s. 16.

[12] Z. Radwański, *Teorie oświadczeń woli w świetle najnowszych zjawisk społecznych – komunikacji elektronicznej i ochrony konsumentów*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, pod red. A. Nowickiej, Poznań 2005, s. 257.

kryteriów pozwalających jednoznacznie określić charakter strony internetowej. Najbardziej trafny wydaje się jednak podział zaproponowany przez P. Wasilewskiego[13]. Całość środków komunikacji elektronicznej można, według niego, podzielić na środki, które służą komunikacji bezpośredniej i pośredniej – kryterium jest tu możliwość komunikowania w czasie rzeczywistym. Innym podziałem jest podział na środki skierowane do indywidualnych oznaczonych adresatów i środki skierowane do nieoznaczonego kręgu odbiorców (*ad incertas personas*). Podkreśla on ponadto, że podział na środki *online* i *offline* jest w istocie mylący, gdyż każdy środek komunikacji musi być środkiem *online*, gdyż zawsze jedna i druga strona muszą być połączone z Internetem.

Należy się zgodzić z prezentowanym przez P. Wasilewskiego poglądem, że stronę internetową należy zakwalifikować do kategorii środków elektronicznej komunikacji niebezpośredniej skierowanych do nieoznaczonego kręgu odbiorców. Dla uzasadnienia tego poglądu warto przytoczyć za P. Podreckim[14], że w komunikacji tego rodzaju nie występuje zasadniczo bezpośredni kontakt w czasie rzeczywistym, charakterystyczny dla rozmowy telefonicznej. Dlatego też twierdzenie, że strony internetowe umożliwiają bezpośredni kontakt pomiędzy stronami jest zbyt daleko idące. Takie przymioty można jedynie przypisać komunikacji za pośrednictwem komunikatorów czy czatów internetowych.

Należy odpowiedzieć na pytanie – czy teksty licencji zamieszczane w Internecie można uznać za ofertę w rozumieniu Kodeksu cywilnego. W Kodeksie cywilnym wprowadzona jest odrębna regulacja dotycząca ofert w formie elektronicznej. Należy zgodzić się z P. Podreckim[15], który uważa, że regulacja wprowadzona w art. 66^1 k.c. wprowadza kwalifikowaną postać oferty. Zakres uregulowania elektronicznej oferty nie jest pełny, modyfikuje on jedynie tylko sposób związania składającego oferty. Oferta elektroniczna, zgodnie z art. 66 § 1 k.c., powinna więc zawierać istotne postanowienia przyszłej umowy.

Zanim przejdzie się do szczegółowej analizy tego przepisu, należy rozstrzygnąć, czy dotyczy on ofert składanych za pośrednictwem stron www. Pomocny przy rozstrzyganiu tej wątpliwości jest art. 66^1 § 4 k.c. Przepis ten wyłącza stosowanie art. 66^1 k.c. do umów zawieranych za pomocą poczty elektronicznej lub podobnych środków indywidualnego porozumiewania się na odległość. Stosując argumentację *a contrario*, możemy uznać, że przepisy art. 66^1 k.c. stosuje się do środków bezpośredniego komuniko-

[13] P. Wasilewski, *Umowy licencyjne typu open content jako przykład umów web-wrap*, e-Biuletyn CBKE 2007, nr 3, s. 8.

[14] P. Podrecki, *Zawarcie umowy w postaci elektronicznej*, [w:] *Handel elektroniczny. Prawne problemy,* pod red. J. Barty, R. Markiewicza, Warszawa 2005, s. 117-118.

[15] *Ibidem*, s. 119.

wania się na odległość i do niezindywidualizowanych środków niebezpośredniego porozumienia się, takich jak strony www[16]. Obejmuje on zatem swoim zakresem przypadki zawierania umów typu *web-wrap*, ponieważ głównym narzędziem porozumiewania się stron tych kontraktów są właśnie strony internetowe.

Na marginesie należy dodać, że ukształtowanie zakresu zastosowania poprzez kryterium charakteru składanego oświadczenia (oferta w postaci elektronicznej), a nie poprzez kryterium statusu podmiotu składającego oświadczenie woli drogą elektroniczną (usługobiorca) jest sprzeczne z regulacją dyrektywy o handlu elektronicznym[17] i jest krytykowane w doktrynie[18].

Kolejne pytanie, jakie pojawia się na gruncie tego przepisu sprowadza się do stwierdzenia, czym jest potwierdzenie, o którym mówi ten przepis oraz jakie są skutki jego braku. Należy przyjąć, za P. Wasilewskim, że brak potwierdzenia otrzymania oferty skutkuje tym, że co do zasady oferent przestaje być związany ofertą.

Należy zwrócić jednak uwagę na specyfikę Internetu. Wynika z niej, że przy każdym kolejnym wejściu na stronę oferta pojawia się po raz kolejny. Należy jedynie postawić pytanie, czy będzie to ciągle ta sama oferta czy też za każdym razem na stronie umieszczana jest nowa oferta, co umożliwia zapoznanie się z nią. Zgodzić należy się raczej z tym drugim poglądem. Oznacza to, że każde nowe wejście na stronę oznacza związanie ofertą i możliwość jej przyjęcia.

Oferta w wypadku licencji *web-wrap* nie jest skierowana do konkretnego adresata – momentem jej złożenia jest publiczne ogłoszenie tej oferty. Aby jednak mówić o obowiązywaniu oferty, musi nastąpić jej niezwłoczne potwierdzenie. W braku takiego potwierdzenia oferta przestaje wiązać. Od momentu zaś potwierdzenia otrzymania żądania zaczyna biec termin do złożenia oświadczenia o przyjęciu oferty.

W związku praktyką obrotu internetowego wyłoniło się pytanie o dopuszczalność zawarcia umowy elektronicznej z pominięciem potwierdzenia oraz dopuszczalność zawarcia umowy poprzez przystąpienie do jej wykonania, na zasadzie art. 69 k.c. (taka konstrukcja przyjmowana jest przy umowach typu *shrink-wrap* i *click-wrap*).

---

[16] Tak P. Wasilewski, *Cywilnoprawne*…, s. 150.

[17] Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), (Dz. Urz. UE L 178/1 z 17.07.2000).

[18] Tak X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004, s. 27.

Przeciwnikiem dopuszczalności takiego rozwiązania jest Z. Radwański, który podnosi, że „z potwierdzenia o otrzymaniu oferty w żadnym razie nie wynika nawet domniemanie o przyjęciu oferty”[19]. Inny argument przeciwko przytacza D. Karwala, który odwołuje się do wykładni celowościowej i stwierdza, że „połączenie dwóch oświadczeń (czynności, tj. potwierdzenia i przyjęcia oferty) w jednym akcie lub dopuszczenie ich równoczesnego przesłania nie zabezpiecza konsumenta, nie chroni go przed niebezpieczeństwem pochopnego «jednego kliknięcia», przed czym przecież przestrzegano wielokrotnie w literaturze przedmiotu, a przed czym miała chronić przyjęta w art. 66^1 k.c. regulacja wprowadzająca dodatkowy wymóg (etap) potwierdzenia”[20]. Autor podnosi też argument przeciwny, mianowicie wprowadzenie dodatkowego wymogu byłoby nieprzystosowane do zasad obrotu internetowego i utrudniałoby pewność obrotu, gdyż pojawiałoby się pytanie, czy doszło do zawarcia umowy. Jest to argument z pewnością słuszny, ale do zastosowania raczej na poziomie *de lege ferenda*, a nie *de lege lata*.

Za dopuszczalnością zawarcia umowy elektronicznej poprzez przystąpienie do wykonania opowiadają się W. Kocot[21], P. Wasilewski[22] oraz P. Podrecki[23]. Najbardziej obszerną argumentację przytacza ostatni z wymienionych, podnosząc, że w tej sytuacji konieczność potwierdzenia zostanie wyeliminowana. Element potwierdzenia „(…) ulega bowiem swoistemu włączeniu go do oświadczenia o przyjęciu oferty. Dla oferenta oznacza to, że jego oferta nie tylko doszła do adresata, ale umowa już została zawarta. Jeżeli przyjąć, że podstawową funkcją oświadczenia potwierdzającego jest uzyskanie pewności w kwestii skuteczności dojścia oferty do adresata, to uzyskanie przez oferenta oświadczenia nie tylko o doręczeniu, ale też o zawarciu umowy zabezpiecza dostatecznie jego interesy”[24].

Z pewnością taki tok rozumowania poparty jest chęcią ułatwienia obrotu gospodarczego i zawierania umów w Internecie. Niemniej jednak nie można pominąć celu wprowadzenia dodatkowego etapu w procedurze zawierania umowy. Takim celem była ochrona użytkownika sieci przed niebezpieczeństwem pochopnego przyjmowania ofert. „Zawieraniu umów

---

[19] Tak Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna. Suplement*, pod red. M. Pazdana, Warszawa 2004, s. 35.

[20] Tak D. Karwala, *Zawieranie umów elektronicznych w trybie ofertowym – uwagi na tle art. 66^1 k.c.*, „Prawo Mediów Elektronicznych” – dodatek do „Monitora Prawniczego” 2007, nr 22, s. 11.

[21] Tak W. Kocot, *Ofertowy i negocjacyjny tryb zawarcia umowy w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 2003, nr 5, s. 13.

[22] P. Wasilewski, *Cywilnoprawne*…, s. 196.

[23] P. Podrecki, *op. cit.*, s. 122-123.

[24] *Ibidem*, s. 122.

on-line starano się nadać takie ramy prawne, aby kupujący miał szansę pomyśleć dwa razy zanim nieodwołalnie złoży oświadczenie woli"[25].

Dlatego też kwestii skuteczności umów nie można analizować w oderwaniu od przepisu art. 69 k.c. Dopiero bowiem spełnienie wskazanej w tym przepisie przesłanki, tj. wykazanie istniejących w tym zakresie zwyczajów, może uzasadniać pominięcie obowiązku potwierdzenia otrzymania oferty. W przypadku masowego obrotu programami komputerowymi powstały pewne zwyczaje, które dają podstawę do zastosowania art. 69 k.c. Dopiero przy tym założeniu możemy uznać, że doszło do skutecznego zawarcia umowy.

W wypadku gdy stroną umowy zawieranej elektronicznie jest konsument, zachowuje on prawo do odstąpienia od umowy bez podania przyczyny. Oznacza to, że zyskuje on dodatkowe narzędzie ochrony przed niebezpieczeństwem pochopnego „jednego kliknięcia". Jest to kolejny argument za dopuszczeniem, że możliwie jest zawarcie umowy *web-wrap* poprzez przystąpienie do jej wykonania, a z pominięciem obowiązku potwierdzenia otrzymania oferty.

Podsumowanie

Na tle innych umów dotyczących obrotu oprogramowaniem komputerowym licencje zawierane w masowym obrocie (*shrink-wrap*, *click-wrap* i *web-wrap*) wyróżniają się trzema cechami: zakresem upoważnienia (licencja niewyłączna), brakiem możliwości negocjowania postanowień umownych oraz szczególnym sposobem ich zawierania.

Właśnie szczególny sposób zawierania tego typu umów jest problemem, który wywołuje największe kontrowersje. Co do zasady nie można licencjom zawieranym w ten sposób odmówić skuteczności. Należy jednak pamiętać o kilku zasadach: w przypadku wszystkich licencji powinny zostać dokładnie wymienione pole eksploatacji, na których udzielane jest upoważnienie do korzystania z utworu, a w przypadku licencji *shrink-wrap* tekst licencji powinien być w całości widoczny przed odpakowaniem folii. Warto również pamiętać o obowiązku spełnienia dodatkowych wymogów w sytuacji gdy stronami licencji są konsumenci.

[25] D. Kot, *Zawarcie umowy za pomocą elektronicznych środków porozumiewania się na odległość* (*uwagi na tle projektowanych zmian Kodeksu cywilnego*), ZNUJ PPWI 2002, z. 80, s. 191.

Joanna Jańczy

Zmowy przetargowe i ich formy, czyli współpraca przedsiębiorców na cenzurowanym. Rola prawników wewnętrznych we wzroście świadomości przedsiębiorców

Wstęp

W pewnym uproszczeniu można stwierdzić, że głównym celem postępowań przetargowych dotyczących zamówień publicznych jest uzyskanie przez zamawiającego jak najkorzystniejszej ceny towaru czy usługi przy utrzymaniu jak najlepszej jakości. Aby było to możliwe, na rynku musi funkcjonować konkurencja, czyli ofertę musi złożyć kilku niezależnych od siebie wykonawców, którzy nie znają nawzajem swoich ofert. Odstępstwa od powyższego, przybierające formę niedozwolonych porozumień, mogą zniekształcać postępowanie. W najszerszym aspekcie kwestię niedozwolonych porozumień reguluje w Polsce ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[1], nazywana również ustawą antymonopolową, która to ustawa dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy 98/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 maja 1998 r. w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów[2]. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadza zakaz zawierania przez przedsiębiorców porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji (art. 6). W węższym aspekcie, ściśle już w zakresie zamówień publicznych, kwestie niedozwolonych porozumień reguluje ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo za-

[1] Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm., dalej: u.o.k.k.

[2] Dz. Urz. UE L 166 z 11.06.1998; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 15, tom 004, s. 43.

mówień publicznych[3]. Nie można również zapominać o art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[4] będącym pierwszym i najogólniejszym wyznacznikiem zakazu porozumień. Widoczne jest zatem, że nie można rozpatrywać kwestii zmów przetargowych na podstawie tylko jednego aktu. Konieczne jest kompleksowe powiązanie Traktatu i obu ustaw oraz stosowanie ich łącznie w celu ograniczenia nieprawidłowości w wydatkowaniu środków publicznych w sektorze zamówień publicznych, a także w celu ochrony przedsiębiorców nie tylko przed ryzykiem nałożenia na nich wysokich kar w postępowaniach antymonopolowych, ale także przed utratą intratnych zamówień z powodu zarzutu zmowy przetargowej.

Pojęcie zmowy przetargowej

Artykuł 101 TFUE wskazuje jako niezgodne z rynkiem wewnętrznym, a co za tym idzie zakazane i nieważne z mocy prawa: „wszelkie porozumienia między przedsiębiorcami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na: a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji; b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji (…); c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia (…)". Natomiast art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. jednoznacznie definiuje zmowę przetargową jako „uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny". Z definicji tej wynika, że uczestnicy postępowania o zamówienie publiczne rezygnują z konkurowania ze sobą, gdyż bardziej opłacalne dla nich może być lub będzie podjęcie niejawnej współpracy. Dla przedsiębiorcy może to generować nie tylko korzyści wymierne w postaci zysku prawdopodobnie znacznie wyższego niż gdyby uczestniczył na zasadach prawidłowej konkurencji, ale też w postaci korzyści niewymiernych, np. zobowiązanie innego przedsiębiorcy do odwdzięczenia się za tzw. przysługę, pozbycie się konkurenta ze swojego terytorium, brak obawy o zlecenia dla pracowników i konieczność ograniczenia produkcji z powodu kryzysu itp. Zmowy przetargowe przybierają wiele form, co związane jest z elastycznym podejściem przedsiębiorców do zmieniających się warunków rynkowych. W tym zakresie najbardziej

[3] Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm., dalej: p.z.p.
[4] Dz. Urz. UE C 306/1 z 17.12.2007, dalej: TFUE.

wyczerpującym i chyba też najbardziej przejrzystym dokumentem opisującym rodzaje zmów przetargowych są *Wytyczne dotyczące zwalczania zmów przetargowych* opracowane w 2009 r. przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), której pełnoprawnym członkiem Polska jest od 1996 roku. We wszystkich krajach członkowskich OECD zmowy przetargowe są sankcjonowane, a w niektórych nawet są uznawane za przestępstwo. Obecnie *Wytyczne* są dostępne również w wersji polskiej, co powinno zachęcić do zapoznania z nimi nie tylko podmioty organizujące postępowania przetargowe, ale też przedsiębiorców biorących udział w postępowaniach o zamówienia publiczne, a już w szczególności radców prawnych i adwokatów, którzy im doradzają. Po lekturze *Wytycznych*… można odnieść wrażenie, że każde opracowanie czy referat nie może obejść się bez przytoczenia lub przynajmniej inspiracji zaproponowanym tam podziałem[5]. Mając zatem na uwadze wspomniane *Wytyczne*, należy podkreślić, że schemat zmów jest dosyć przewidywalny: „zawiera zwykle mechanizmy służące wydzieleniu, a następnie rozdzieleniu pomiędzy oferentów biorących udział w zmowie przetargowej dodatkowych zysków uzyskanych dzięki wyższej cenie umowy. Konkurenci, którzy wycofają się z przetargu lub złożą niekorzystną ofertę przetargową mogą zostać podwykonawcami lub pełnić rolę dostawców zwycięskiego oferenta w celu podziału zysków uzyskanych w drodze nielegalnego podbicia ceny oferty przetargowej. Jednak długookresowe działania związane ze zmową przetargową mogą wykorzystywać bardziej wyszukane metody wyznaczania zwycięskiego oferenta, kontrolowania i rozdzielania zysków uzyskanych w drodze ustawionego przetargu na przestrzeni miesięcy, a nawet lat. Zmowa przetargowa może również wiązać się z praktyką przekazywania kwot pieniężnych na rzecz jednego bądź wielu oferentów biorących udział w zmowie. Ten rodzaj tak zwanej płatności wyrównawczej dotyczy czasem firm składających ofertę «zabezpieczającą» (wyższą)”[6]. Formy zmów przetargowych wskazane w *Wytycznych*, zwane tam technikami czy strategiami, upowszechniły się w takim stopniu, że Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) czy Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) w swoich wystąpieniach niejednokrotnie posługują się nie tylko polskim odpowiednikiem, ale i nazwą anglojęzyczną. *Wytyczne* OECD wskazują na cztery główne rodzaje zmów przetargowych, przy czym strategie te mogą podlegać łączeniu czy mieszaniu, dając w rezultacie formę pośrednią, która również jest zmową przetargową. Możemy zatem wyróżnić:

- składanie oferty zabezpieczającej (*cover bidding*),
- ograniczanie ofert przetargowych (*bid suppression*),

[5] Por. *Zmowy przetargowe*, UOKiK, Warszawa 2012.
[6] *Wytyczne dotyczące zwalczania zmów przetargowych*, OECD, luty 2009.

- składanie rotacyjnych ofert przetargowych (*bid-rotation*),
- alokację rynkową (*market allocation*).

Składanie oferty zabezpieczającej (*cover bidding*) to najbardziej popularny rodzaj zmowy przetargowej. Występuje w sytuacji gdy oferty przetargowe złożone przez jednostki lub firmy zawierają przynajmniej jeden z wymienionych elementów:

- konkurencyjny oferent składa ofertę, która jest droższa od oferty wytypowanej na zwycięską ofertę;
- konkurencyjny oferent składa ofertę, która jest zbyt droga, by mogła zostać przyjęta;
- konkurencyjny oferent składa ofertę zawierającą warunki szczególne, które nie mogą zostać zaakceptowane przez nabywcę.

Praktyka składania oferty zabezpieczającej ma stwarzać pozory uczciwej konkurencji i w tym celu oferty pozostałych uczestników albo są mniej korzystne, albo zawierają celowo poczynione błędy formalne lub też nie spełniają warunków umieszczonych przez zamawiającego w specyfikacji zamówienia. Dlatego taka oferta często zwana jest również ofertą uzupełniającą, grzecznościową, drobną, kurtuazyjną lub symboliczną. Przykładem takiego porozumienia może być popełnienie błędu formalnego lub niejasne wskazanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie uchylenie się od udzielenia wyjaśnień[7] przez wykonawcę znajdującego się na pierwszym miejscu rankingowym, aby inny wykonawca, który znajduje się rankingowo na lokacie drugiej (np. powiązany z nim kapitałowo lub rodzinnie) uzyskał zamówienie za cenę wyższą. Sytuacja taka miała miejsce między innymi w sprawie rozpatrywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą o sygn. akt KIO 1353/13[8].

Praktyka ograniczania ofert przetargowych (*bid suppression*) polega na tym, że wytypowana firma nie składa swojej oferty do ostatecznego rozpatrzenia, tzn. na mocy porozumienia bez względu na jego formę lub cel jedno lub więcej przedsiębiorstw decyduje się na niewzięcie udziału w przetargu lub wycofanie wcześniej złożonej oferty, tak aby wybrano ofertę wyznaczoną jako ofertę zwycięską. W przypadku składania rotacyjnych ofert przetargowych (*bid-rotation*) firmy pozostające w zmowie dzielą między sobą

[7] Por. decyzje Prezesa UOKiK nr RPZ-20/2005 i RPZ-28/2005 dotyczące przetargu na sprzątanie ulic Poznania, gdzie zwycięska oferta była o 75% droższa od oferty odrzuconej na skutek opóźnionych wyjaśnień, dostępne na stronie: <http://uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php> [dostęp: 27.12.2013].

[8] Zob. odwołanie „Comarch" SA w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego przy udziale „Bull Polska" Sp. z o.o., sygn. akt KIO 1353/13; wszystkie powołane w niniejszym artykule wyroki KIO dostępne są na stronach: <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;390;orzecznictwo_kio_na_serwerze_ftp.html> oraz <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;390> [dostęp: 14.02.2014].

kolejne przetargi czy zadania w ramach postępowania, gdzie dozwolone jest składanie ofert częściowych na poszczególne zadania, tworząc tzw. sieć zmów – w ten sposób każdy z uczestników, na zmianę z innymi, składa najkorzystniejszą (tj. najczęściej najtańszą) ofertę. Przykładowo: w gminach X, Y i Z (wszystkie z terenu powiatu M) prowadzono postępowania przetargowe na wywóz nieczystości. Na terenie powiatu działały dwie firmy – Alfa i Beta, trudniące się tego typu działalnością i dotychczas obsługujące te gminy. W celu uzyskania jak najwyższego zysku przedsiębiorcy ci postanowili, że w roku 2012 najniższą cenę na wywóz zaoferuje w gminach X i Y firma Alfa, natomiast w gminie Z – Beta, przy czym w postępowaniu w gminie Y firma Beta została podwykonawcą, realizując 50% zamówienia. W roku 2013 nastąpiło przetasowanie i w postępowaniach na wywóz nieczystości w gminach Z i Y najniższą ofertę złożyła firma Beta, zaś w gminie X – firma Alfa, która równocześnie miała zrealizować jako podwykonawca w gminie Y 50% zamówienia. Jest to oczywiście przykład bardzo prosty i klarowny, jednakże na ogół dużo trudniej stwierdzić istnienie tego typu zmowy przetargowej, gdyż konieczna jest analiza kilku postępowań przetargowych na danym rynku czy w danym sektorze i to na przestrzeni pewnego czasu. Najbardziej spektakularnym przykładem mogą być tu dwie firmy zajmujące się wykonywaniem znaków drogowych. Wykazano, że ich zmowa dotyczyła co najmniej 19 przetargów organizowanych przez zarządców dróg w różnych częściach Polski[9]. Alokacja rynkowa (*market allocation*) polega na zawarciu porozumienia, na mocy którego następuje podział rynku – w szczególności według kryterium podmiotowego lub geograficznego. Konkurenci dzielą rynek na części i ustalają, że nie będą brać udziału w postępowaniach przetargowych organizowanych przez określone podmioty lub w obrębie określonych obszarów np. na terenie danej gminy/powiatu/województwa albo też np. ogłaszanych przez określony oddział organizatora postępowania. Może tutaj dojść do połączenia dwóch typów zmów przetargowych, tj. alokacji rynkowej z ofertą zabezpieczającą, gdy porozumiewające się firmy dokonują podziału konkretnych nabywców pomiędzy siebie, co powoduje, że potencjalni konkurenci w postępowaniu organizowanym przez podmiot „przyznany" jednemu z przedsiębiorców – stronie porozumienia nie składają ofert przetargowych, składają oferty symboliczne lub znacznie zawyżone cenowo. W efekcie oferent nie składa konkurencyjnej oferty wyznaczonej grupie nabywców, którzy na mocy porozumienia przypisani zostali pozostałym firmom. Wracając do przykładów, trzy największe firmy wykonawcze w zakresie budowy i modernizacji sieci elektroenergetycznych dokonują podziału rynku w ten sposób, że oferty w postępowaniach przetargowych na roboty budowlane

[9] Zob. decyzję Prezesa UOKiK nr RKT-25/2011, dostępną są na stronie: <http://uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php> [dostęp: 27.12.2013].

w sektorze sieci elektroenergetycznych każda z nich będzie składać w województwie, w którym ma siedzibę, pozostali uczestnicy zmowy w tych postępowaniach będą składać oferty zawyżone o minimum 30%. Jako kolejny przykład takiego uzgodnienia można powołać porozumienie będące przedmiotem oceny w decyzji Prezesa UOKiK[10], a dotyczące przetargu na prowadzenie zorganizowanej kontroli biletowej w pojazdach komunikacji zbiorowej na terenie Wrocławia. W przedmiotowym przetargu przy bardzo rozbudowanym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej każda z dwóch zwycięskich ofert uzyskała dokładnie tę samą liczbę punktów, a zaproponowane przez spółki ceny oraz wartości poszczególnych współczynników były dokładnie takie same, co było mało prawdopodobne przy zachowaniu swobodnej konkurencji. Istnienie zmowy przetargowej najczęściej generuje dla jej uczestników dodatkowe zyski lub profity. Jak już wcześniej wspominałam podział nadmiarowego zysku może zostać dokonany poprzez przyjęcie wykonawcy, który zawyżył cenę lub wycofał się z przetargu jako podwykonawca w realizacji przedsięwzięcia, i wypłacenie mu wynagrodzenia zawierającego udział w podbitej w przetargu cenie[11].

W tym momencie należałoby również zwrócić uwagę na jeden, wydawałoby się prosty, aspekt zmowy przetargowej, a mianowicie na formę zawarcie niedozwolonego porozumienia. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 4 ust. 5 definiuje, co należy rozumieć jako porozumienie. Za porozumienie mogą być uznane umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, a także uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Regulacje TFUE również nie wskazują jednej formy niedozwolonego porozumienia, należy zatem przyjąć, że może to być każda forma. Dlatego też dziwi zaskoczenie niektórych przedsiębiorców oskarżonych o zmowę przetargową i ich tłumaczenie, że przecież niczego nie podpisywali, nie zawierali żadnej umowy ani porozumienia. Prawdopodobnie wynika to z nieświadomości prawnej przedsiębiorców. Tutaj właśnie aktywizuje się rola radcy prawnego, który uświadomi przedsiębiorcy, w jakiej formie może być zawarte niedozwolone porozumienie oraz wskaże zagrożenia wynikające z tego typu aliansów, a także sytuacje, w jakich zwykłe w mniemaniu przedsiębiorcy spotkanie biznesowe może być potraktowane jak sposobność do zawarcia niedozwolonego porozumienia. Jak wspomniałam, z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jednoznacznie wynika, że niedozwolony układ w zasadzie może być dokonany w każdej

[10] Zob. decyzję Prezesa UOKiK nr RWR-12/2003, dostępną na stronie: <http://uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php> [dostęp: 27.12.2013].

[11] Por. *Wytyczne…*

formie, również ustnej. Jest to też zapewne uzasadnione faktem, że przedsiębiorcy, którzy świadomie w takim porozumieniu biorą udział niechętnie zawierają je na piśmie z prostego powodu, aby utrudnić udowodnienie im zawarcia takowego. Co więcej, przedsiębiorcy, którzy świadomie dokonują zmów przetargowych, posługują się niejednokrotnie wymyślnymi fortelami dla ukrycia swoich zamiarów. Głośna stała się sprawa zmowy firm, które startowały w przetargach na budowę dróg we wschodniej i centralnej Polsce. Akt oskarżenia jest już w sądzie. O sprawie w grudniu 2012 roku rozpisywały się największe gazety w Polsce. Przedsiębiorcy posługiwali się swoistym szyfrem związanym z numeracją pokoi w hotelach i „spuszczaniem lub podciąganiem majtek", co miało symbolizować wysokość oferty. Tymczasem dla udowodnienia zmowy przetargowej wystarczą dowody pośrednie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 517/13: „na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego – co zostało potwierdzone wprost w powoływanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zmowy przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa"[12]. Jak widać, co jakiś czas opinia publiczna informowana jest o wykryciu zmowy przetargowej i nałożeniu dotkliwych kar dla jej uczestników, dlatego też tak ważnym zadaniem prawników, w szczególności wewnętrznych, jest uświadamianie przedsiębiorcom zagrożenia i skutków ewentualnej zmowy. Prawnik *in-house* powinien zdawać sobie sprawę z ryzyka, ponieważ w wielu przypadkach nie ma niestety bezpośredniego wpływu na działania zatrudnionych w firmie marketingowców czy przedstawicieli handlowych, a nawet samego zarządu, którzy w pogoni za zyskiem niejednokrotnie uczestniczą w niedozwolonych porozumieniach przetargowych z większą lub mniejszą tego świadomością. Niejednokrotnie zadaniem prawnika jest już tylko minimalizowanie szkód, jakie zostały dokonane. Dlatego też istotne jest bieżące edukowanie i doszkalanie pracowników przedsiębiorcy odpowiedzialnych za kwestie handlowe i przetargowe m.in. poprzez wdrażanie odpowiednich programów *compliance*, o czym szerzej w dalszej części artykułu.

[12] Zob. odwołanie Zakładu Usług Leśnych „Mech" przeciwko „Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Sarnaki", sygn. akt KIO 517/13.

Konsorcja przetargowe i grupy kapitałowe a kwestia niedozwolonych porozumień

Artykuł 23 p.z.p. uprawnia kilku wykonawców (co najmniej dwóch) do ubiegania się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego. Tradycyjnie taką formę współpracy w postępowaniu przetargowym przyjęło się określać mianem „konsorcjum". Nie ma jednak ustawowej definicji tego pojęcia. Konsorcjum nie jest również elementem języka prawnego. Pojęciem tym nie posługuje się ani Kodeks cywilny[13], ani Kodeks spółek handlowych[14], nie używa go też ustawa o zamówieniach publicznych, która dla opisania sytuacji, w której ma dojść do połączenia sił różnych podmiotów używa sformułowania: „wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie". Również w doktrynie występują spory co do charakteru prawnego konsorcjum[15]. Niewątpliwie konsorcjum zostaje zawiązane na podstawie umowy między przyszłymi jego członkami. Kodeks cywilny nie wyróżnia odrębnego typu umowy konsorcjum, zatem kierując się wskazaną w art. 353[1] k.c. zasadą swobody umów, strony mogą ten stosunek prawny ułożyć według własnego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Istotą konsorcjum jest zobowiązanie się jego członków do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, w tym przypadku uzyskania i wykonania zamówienia publicznego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań. Często konsorcjum utożsamiane jest z umową spółki cywilnej, co jest oczywistym błędem z uwagi chociażby na fakt, że członkowie konsorcjum nie wnoszą wkładów i nie powstaje wspólny majątek konsorcjantów[16]. Konsorcja przetargowe, jak wspomniałam wyżej, prowadzą do złożenia przez dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców jednej oferty w określonym postępowaniu przetargowym. Celem dopuszczenia udziału tego typu „podmiotu" do postępowania przetargowego jest umożliwienie wzięcia w nim udziału przedsiębiorcom, których działalność jest komplementarna (np. dostawcy i montera urządzeń elektrycznych) lub przedsiębiorców, którzy samodzielnie nie spełniają wszystkich warunków udziału w postępowaniu, np. nie posiadają wystarczającego doświadczenia, ale wspólnie warunek ten spełnią. W teorii możliwość tworzenia kon-

[13] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej: k.c.

[14] Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030).

[15] Szerzej zob. J. Hilla, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum*, „Radca Prawny" 2005, nr 5.

[16] Zob. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych – komentarz*, Warszawa 2010, s. 162.

sorcjum ma zwiększać konkurencję w przetargach poprzez umożliwienie wzięcia w nich udziału przez małych i średnich przedsiębiorców, a co za tym idzie pozwolić uzyskać zamawiającemu lepszą cenę i jakość przedmiotu zamówienia[17]. Mając na uwadze powyższe, należy zwrócić uwagę, że konsorcjum może jednak wypełniać znamiona wskazane w art. 6 u.o.k.k. Jeśli jego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, to jest to porozumienie niedozwolone i zakazane. Ustalenie linii granicznej między zgodną z prawem współpracą przedsiębiorców na podstawie art. 23 p.z.p. a zakazanym porozumieniem z art. 6 u.o.k.k. jest niezwykle trudne nawet dla profesjonalisty, jakim jest radca prawny, a co dopiero dla przedsiębiorcy. Konsorcjum może bowiem wspierać konkurencję lub ją ograniczać w zależności od stanu faktycznego, co oznacza, że musi być badane odrębnie w każdym konkretnym przypadku. Zapewne ułatwieniem przy rozpoznawaniu charakteru konsorcjum jest rodzaj działalności jego członków. Jeśli ich działalności uzupełniają się, są komplementarne dla konkretnego przetargu, to wyższe jest prawdopodobieństwo, że utworzone konsorcjum będzie prokonkurencyjne. Jeśli jednak członkowie konsorcjum są konkurentami na tym samym rynku, to prawdopodobieństwo oddziaływania antykonkurencyjnego jest znaczne, gdyż z zasady ogranicza już ilość potencjalnie złożonych ofert w postępowaniu. Uświadomienie przedsiębiorcy w charakterze jego działań i ich potencjalnych skutków spoczywa na prawniku wewnętrznym, dla którego niejednokrotnie – co wskazywałam – to rozróżnienie także nastręcza trudności. Tutaj pomocne mogą być *Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych*[18]. Punkt 237 *Wytycznych* KE podaje, że: „Porozumienie o komercjalizacji zazwyczaj nie stwarza problemów w zakresie konkurencji, jeżeli jest obiektywnie konieczne, aby umożliwić jednej stronie wejście na rynek, na który nie byłaby w stanie wejść samodzielnie lub wspólnie z mniejszą liczbą stron niż liczba faktycznych uczestników współpracy, np. z powodu związanych z tym kosztów. Szczególnym zastosowaniem tej zasady byłyby umowy konsorcyjne, które umożliwiają uczestniczącym przedsiębiorstwom udział w projektach, których nie byłyby w stanie podjąć indywidualnie. Ponieważ strony umów konsorcyjnych nie są zatem potencjalnymi konkurentami w realizacji projektu, nie dochodzi do ograniczenia konku-

[17] A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 4(1), <www.ikar.wz.uw.edu.pl> [dostęp: 27.12.2013].

[18] Wytyczne w wersji polskojęzycznej dostępne są na stronie: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:PL:PDF> [dostęp: 27.12.2013].

rencji w rozumieniu art. 101 ust. 1". Wynika z powyższego, że konsorcjum jest porozumieniem niedozwolonym, jeśli zostało zawarte bez obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci mogliby złożyć konkurencyjne niepodlegające odrzuceniu oferty samodzielnie[19]. Konsorcja nie mogą być uznane za dozwolone, jeśli każdy z konsorcjantów posiada możliwości ekonomiczne, finansowe i techniczne do dostarczenia przedmiotu zamówienia samodzielnie. Występują również poglądy, że konsorcjum naruszające art. 6 u.o.k.k. może jednak zostać uznane za wyłączone spod zakazu na podstawie przesłanek z art. 8 ust. 1 i 2 u.o.k.k., tj. przez wskazanie, że warunki złożonej wspólnie oferty są znacznie bardziej korzystne dla zamawiającego niż gdyby członkowie konsorcjum złożyli odrębne oferty, czyli zawarcie konsorcjum przynosi korzyści zamawiającemu. Jednakże to na członkach konsorcjum spoczywać będzie ciężar udowodnienia, iż warunki zaoferowane przez konsorcjum są znacznie korzystniejsze od tych, jakie mogliby zaoferować oddzielnie oraz że spełniają łącznie warunki wskazane w art. 8 ust. 1 u.o.k.k., tj. przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego; zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści; nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów oraz nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów. Niełatwym zadaniem jest także przekonanie przedsiębiorcy, że jego działania mogą być uznane za niedozwolone porozumienie, skoro ustawa i zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia dopuszczają wspólne ubieganie się o zamówienie. Tutaj sprawdza się jedynie siła perswazji i widmo ogromnych kar finansowych. Należy podkreślić, że nadal występuje zbyt mała świadomość przedsiębiorców co do nieuniknioności tychże kar. Stosunkowo niewielka liczba nagłośnionych przypadków, przeważnie tylko tych najbardziej spektakularnych, a często w okresie kryzysu gospodarczego obawa o pozycję rynkową skłania przedsiębiorców do przyjęcia pozycji „może się uda" czy „innym nic nie udowodniono". Jest to bardzo niebezpieczne i zdradliwe myślenie, a rolą prawników jest uświadamianie, i jeszcze raz uświadamianie, skutków takich działań, gdyż ostateczną decyzję biznesową i tak samodzielnie podejmie przedsiębiorca[20].

---

[19] Odmienne stanowisko wskazuje, że nawet obiektywny brak możliwości wzięcia udziału w postępowaniu jest porozumieniem ograniczającym konkurencję, ale wskazuje ono, iż konsorcjum takie może korzystać z wyłączenia spod zakazu w oparciu o art. 8 ust. 1 u.o.k.k. Szerzej zob. A. Zawłocka-Turno, *op. cit*.

[20] W podobnym tonie wypowiada się Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniach dotyczących spraw o sygn. akt KIO/UZP 567/10 i KIO/UZP 967/09.

Z kolejnym zagrożeniem przedsiębiorca może spotkać się już na etapie tzw. przedkonsorcyjnym, a więc w czasie rozmów na temat utworzenia konsorcjum. Mimo że nie dojdzie między przedsiębiorcami do konsensusu, to mogą oni być posądzeni o naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Na etapie negocjacji przedsiębiorcy wymieniają się informacjami często wrażliwymi z punktu widzenia dalszego udziału w postępowaniu. Koniecznym jest zatem ograniczenie do niezbędnego minimum udostępnianych sobie nawzajem informacji poufnych mogących mieć wpływ na składaną w postępowaniu ofertę i powstrzymanie się od wymiany innych niezwiązanych ze wspólną ofertą informacji, np. jaką cenę zaoferowałby przedsiębiorca samodzielnie, jaką przedsiębiorca stosuje metodę wyceny, jakie posiada rabaty u dostawców itp. W trakcie tego typu rozmów pomocna, jeśli nie niezbędna, jest obecność prawnika, który zadba o przestrzeganie tej zasady i ostrzeże o zbliżaniu się do granicy informacji niezbędnych.

Inną kwestią jest udział w postępowaniu przetargowym przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej. Artykuł 4 ust. 14 u.o.k.k. definiuje grupę kapitałową jako: „wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę". Pomiędzy przedsiębiorcami wchodzącymi w skład tej samej grupy kapitałowej zachodzą relacje dominacji i zależności, które mogą przybierać zarówno proste, jak i bardzo rozbudowane formy. Poprzez przejęcie kontroli natomiast zgodnie z art. 4 ust. 4 u.o.k.k. rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Do dnia 20 lutego 2013 r. ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zabraniała udziału przedsiębiorców z grupy kapitałowej w tym samym postępowaniu. Jednakże wielokrotnie pozwalało to przedsiębiorcom z jednej grupy kapitałowej wypaczać wynik postępowania, ponieważ w łatwy sposób dochodziło między nimi do wymiany informacji strategicznych dla postępowania, czy pozwalało na narzucanie przez spółkę dominującą spółkom zależnym cen lub innych warunków, jakie mogą zaoferować w postępowaniu[21]. Ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi[22] dokonano nowelizacji art. 24 p.z.p. i z dniem 20 lutego 2013 r. wprowadzono nową przesłankę wykluczenia wykonawców z postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 p.z.p. zamawiający będzie miał obowiązek wykluczenia wykonawców, którzy należąc

[21] A. Zawłocka-Turno, *op. cit.*
[22] Dz. U. poz. 1271.

do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Obecnie ustawa – Prawo o zamówieniach publicznych nie zabrania więc arbitralnie udziału w postępowaniu podmiotów powiązanych kapitałowo, jednak nakazuje każdorazowo badać wpływ tych powiązań na postępowanie. Od wejścia w życie nowelizacji, jako że sama ustawa nie precyzuje sposobu ustalenia powiązań kapitałowych zamawiający wymagają od wykonawców przedstawienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub oświadczenia/informacji o tym, iż wykonawca nie należy do żadnej grupy kapitałowej. W razie potrzeby zamawiający zwracają się do wykonawców o wyjaśnienia co do rodzaju powiązań w grupie kapitałowej, które mają wyklarować, czy powiązania te nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w danym postępowaniu. To na wykonawcach z grupy kapitałowej ciąży obowiązek udowodnienia, że powiązania nie powodują zachwiania uczciwej konkurencji. Za pomocą wspomnianej nowelizacji ustawodawca próbuje ograniczyć zmowy przetargowe, jednakże osiągnięcie tego celu w sposób wskazany w art. 24 ust. 2 p.z.p. jest – moim i wielu innych autorów zdaniem – mało realny. Należy przede wszystkim na podstawie przywołanych przykładów czy śledząc orzecznictwo UOKiK i KIO zauważyć, że wykrywane zmowy przetargowe wcale nie występowały między podmiotami z grupy kapitałowej, a między zupełnie odrębnymi kapitałowo podmiotami[23]. Do zmów dochodziło częściej w ramach tzw. powiązań rodzinnych czy lokalnych. Co więcej, wprowadzono tylko większą niepewność, gdyż wykonawcy nie wiedzą, jakich dokumentów może od nich żądać zamawiający, w jaki sposób będzie on interpretował ich oświadczenia i powiązania. Czy brak złożenia dokumentu o powiązaniach kapitałowych będzie uzupełniany, czy spowoduje wykluczenie z postępowania, czy nie spowoduje utraty wadium, a może brak oświadczenia o braku powiązań w grupie kapitałowej oznacza automatycznie, że wykonawca do takiej grupy należy i konieczne jest wezwanie do wyjaśnień? Jak widać, w związku ze zmianą wprowadzoną w 2013 roku pojawia się wiele pytań. Co do skutków nowelizacji art. 24 p.z.p. szerzej zapewne będziemy mogli wypowiedzieć się dopiero po jakimś czasie, kiedy ukształtuje się praktyka w tym zakresie i zapadną orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej[24].

---

[23] Zob. m.in. odwołanie Zakładu Usług Leśnych „Mech" przeciwko „Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Sarnaki", sygn. akt KIO 517/13.

[24] Szerzej o problemie grupy kapitałowej po nowelizacji zob. A. Piszcz, *Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki*, „Internetowy Kwartalnik Antymono-

Sankcje za udział w zmowie przetargowej

Orzekanie o istnieniu zmowy przetargowej oraz wymierzanie za ten czyn sankcji jest możliwe zgodnie z reżimem obu omawianych w poprzednich rozdziałach ustaw, a więc zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawą – Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym istnieje ryzyko, że w tej samej sprawie dwa różne organy państwowe mogą zająć zupełnie odmienne stanowiska co do istnienia, bądź nie, zmowy przetargowej[25]. Na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych zarzut zmowy przetargowej może być podniesiony w odwołaniu złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawcy nader często w odwołaniach przywołują zarzut nieuczciwej konkurencji jako naruszenie fundamentalnej zasady prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych wskazanej w art. 7 ust. 1 p.z.p.: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców". Stwierdzenie naruszenia zasady uczciwej konkurencji powinno skutkować zastosowaniem przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (…)", czyli odrzuceniem oferty „nieuczciwego" wykonawcy lub wykonawców. Czyn nieuczciwej konkurencji to m.in. działanie sprzeczne z prawem, w tym prawem zamówień publicznych i ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, a więc czynem takim jest niewątpliwie zmowa przetargowa[26]. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie stanęła na stanowisku, że istnienie zmowy przetargowej powinno być ocenianie po rezultatach i skutkach działań, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy przede wszystkim na etapie oceny ofert[27]. Skutkiem stwierdzenia przez KIO istnienia zmowy przetargowej jest nakazanie odrzucenia oferty zmawiającego lub zmawiających się (w zależności od rodzaju zmowy) wykonawców, co powoduje straty finansowe po stronie wykonawcy, który nie uzyska zamówienia, na które liczył.

---

polowy i Regulacyjny" 2013 3(2), <ikar.wz.uw.edu.pl/numery/09/pdf/44pdf> [dostęp: 14.02.2014].

[25] Przykładowo odmienne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i Prezesa UOKiK w sprawie tych samych przedsiębiorców: sygn. akt KIO/UZP 1941/09 (brak zmowy) i decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-25/2011 (istnienie zmowy).

[26] Definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawiera art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

[27] Zob. odwołanie „Comarch SA" w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego przy udziale „Bull Polska" Sp. z o.o., sygn. akt KIO 1353/13.

O wiele dotkliwsze konsekwencje wynikają z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tutaj trzeba liczyć się z nałożeniem przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotkliwych kar pieniężnych, w wysokości do 10% przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku poprzedzającym nałożenie kar. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 29 u.o.k.k. to Prezes UOKiK jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji, w tym właściwym do orzekania o istnieniu bądź nie zmowy przetargowej i nakładania wspomnianej kary. Prezes UOKiK prowadzi w tym celu postępowanie administracyjne wyjaśniające w sprawie lub postępowanie antymonopolowe przeciwko konkretnemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców. Postępowanie wyjaśniające Prezes UOKiK wszczyna z urzędu, jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że zostały naruszone przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Postępowanie wyjaśniające toczy się „w sprawie", co oznacza, że nie jest ono skierowane przeciwko konkretnym przedsiębiorcom, a jedynie ma na celu zbadanie sytuacji na określonym rynku. Powinno ono zakończyć się w ciągu 30 dni, a w sprawach szczególnie skomplikowanych w ciągu 60 dni od dnia wszczęcia[28]. Natomiast postępowanie w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, czyli również w zakresie konkretnych zmów przetargowych jest wszczynane z urzędu, przy czym każdy może złożyć pisemne zawiadomienie o podejrzeniu tego typu działań. Jest to niejednokrotnie oręż do walki między przedsiębiorcami, którzy próbują wyeliminować konkurenta poprzez oskarżenie o zmowę przetargową. Postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję jest prowadzone przeciwko oznaczonemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców. Powinno ono zakończyć się przed upływem 5 miesięcy od daty jego wszczęcia. Należy uczulać przedsiębiorców, że ich współdziałanie, a przynajmniej nieprzeszkadzanie w postępowaniu jest bardzo istotne. Za brak współdziałania w trakcie kontroli na przedsiębiorcę może zostać nałożona kara do 50 mln euro (art. 106 ust. 2 u.o.k.k.). Natomiast pracownicy kontrolowanego przedsiębiorcy zajmujący stanowiska kierownicze lub wchodzący w skład organu zarządzającego odmawiający współpracy z UOKiK mogą zostać ukarani sankcjami finansowymi w wysokości do pięćdziesięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia. Ma to znaczenie tym większe, że częstokroć prawnicy powoływani są jako członkowie organów kolegialnych przedsiębiorcy. Jak wspomniałam powyżej, uznanie, że przedsiębiorca dopuścił się zmowy przetargowej powoduje nałożenie kary finansowej do wysokości 10% ubiegłorocznego przychodu przedsiębiorcy. Jest to sankcja dotkliwa bez względu na to, jak wysoki był przychód. O wysokości kary decyduje Prezes UOKiK, mając na uwadze *Wyjaśnienia w sprawie ustalania*

[28] Por. *Zmowy przetargowe…*

wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję[29]. Wyjaśnienia te, mimo że nie są prawnie wiążące, pozwalają przedsiębiorcy i obsługującemu go radcy prawnemu na dokonanie wstępnego oszacowania kary poprzez prześledzenie toku rozumowania nakładającego karę, określając zaistniałe okoliczności łagodzące i zaostrzające odpowiedzialność. Często unaocznienie przedsiębiorcy zagrożenia powoduje rezygnację ze zmowy[30].

Przede wszystkim należy jednak wspomnieć, że czyn zmowy przetargowej stanowi przestępstwo na podstawie art. 305 Kodeksu karnego[31]. Artykuł ten wskazuje w § 1, że kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Dodatkowo w § 2 precyzuje, że tej samej karze podlega, kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Zmowa przetargowa wypełnia zatem znamiona wskazanych w Kodeksie karnym czynów. Ostatnimi czasy zresztą głośno było o śledztwach prowadzonych przez Prokuraturę Okręgową w Krakowie w sprawach zmów przetargowych, jakich mieli się dopuścić przedsiębiorcy przy postępowaniach na budowę szybkiego tramwaju w Krakowie czy na budowę połączenia autostrady A4 z drogą wojewódzką 977 w Tarnowie. Sprawy te nie są jeszcze zakończone, jednak ukazują, że zagrożenie odpowiedzialnością karną za zmowy przetargowe nie jest abstrakcyjne.

Podsumowanie

Badania przeprowadzone na zlecenie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotyczące znajomości prawa konkurencji w Polsce zrealizowane od marca do maja 2012 r. wskazują, że przedsiębiorcy zdają sobie sprawę, iż wspólne uzgadnianie warunków składanych ofert jest zabronione. Ponad 80% pytanych stwierdziło, że jest to nielegalne porozumienie ograniczające

[29] Wyjaśnienia dostępne są na stronie: <www.uokik.gov.pl> [dostęp: 27.12.2013].

[30] Pomijam kwestię instytucji *leniency*, czyli instytucji prawa konkurencji polegającej na możliwości zmniejszenia lub uniknięcia przez przedsiębiorstwo kary pieniężnej, nakładanej przez odpowiedni organ w związku z udziałem przedsiębiorstwa w porozumieniu naruszającym konkurencję na rynku.

[31] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

konkurencję. Zapytani o konkretny przykład – rotacyjnego składania ofert, ankietowani również w większości trafnie uznali, że jest to działanie niezgodne z prawem. W ten sposób odpowiedziało ponad 62% badanych. Z deklaracji przedsiębiorców wynika również, że nie są oni skłonni do zawierania zmów przetargowych. Na pytanie, czy w sytuacji zagrożenia upadłością firmy zawarliby zmowę przetargową, tylko nieco ponad 13% pytanych odpowiedziało twierdząco[32]. Badania te jednak nie obrazują w całości sytuacji, gdyż pomijają wielu małych i średnich przedsiębiorców, którzy często są uczestnikami pomniejszych postępowań przetargowych. Ta, wydawałoby się, relatywnie spora ilość przedsiębiorców świadomych nielegalności działań powinna przekładać się na ograniczenie tego typu zachowań. Niestety nadal pokutuje przekonanie, że „akurat tym razem się uda", „nas nie złapią" czy „przecież zyski są większe od ryzyka". Co więcej, świadomość przedsiębiorcy nie zawsze przekłada się na wiedzę i świadomość jego pracowników działających w zakresie postępowań przetargowych czy powiązań biznesowych. Koniecznym jest, w mojej ocenie, aby prawnicy *in-house* starali się przekonać przedsiębiorców do wprowadzenia systemów zarządzania ryzykiem tzw. *compliance risk*. Funkcja *compliance* jest częścią systemu kontroli wewnętrznej przedsiębiorstwa, a jej zadaniem jest podejmowanie działań prewencyjnych mających na celu zapobieganie potencjalnym skutkom nieprzestrzegania przez przedsiębiorstwo przepisów prawa, wymogów regulatorów, rekomendacji i standardów rynkowych. W szczególności zaś ma chronić przed utratą reputacji oraz zaufania klientów, partnerów biznesowych i pracowników, prowadzić do uniknięcia kar pieniężnych i odszkodowań oraz reperkusji ze strony kontrolujących instytucji nadzorczych[33]. Ważne jest prowadzenie w tym zakresie kontroli, ale przede wszystkim regularnego szkolenia pracowników co do możliwych zagrożeń, jakie niosą ich codzienne działania dla przedsiębiorcy w szczególności co do zgodności ich działań z prawem, świadomości obowiązków prawnych, praktycznego stosowania przepisów i regulacji wewnętrznych, postępowania w sytuacjach problematycznych. W małych przedsiębiorstwach tego typu szacowanie ryzyka i szkolenia pracowników mogą, a wręcz powinni, wykonywać prawnicy wewnętrzni znający najlepiej środowisko, w jakim pracują.

Reasumując, wszelkie postępowania o uzyskanie zamówienia publicznego powinny być prowadzone zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. Coraz częściej piętnowane są sytuacje zmów przetargowych i to zarówno na gruncie prawa zamówień publicznych, jak i ochrony konkurencji. Przedsiębiorca powinien być świadomy, które jego działania podejmowa-

[32] Raport z badania dostępny na stronie: <www.uokik.gov.pl> [dostęp: 27.12.2013].

[33] Szerzej na temat *compliance* na stronach: <www.forumcompliance.com> oraz <www.compliancepolska.pl> [dostęp: 27.12.2013].

ne w celu uzyskania zamówienia publicznego są dozwolone, a które mogą być uznane za sprzeczne z prawem i ocenione jako „zmowa przetargowa". Duża w tym rola prawników wewnętrznych, którzy mają wskazywać prawidłowy sposób działania i unaoczniać skutki innego postępowania. Natomiast ostateczna decyzja należy zawsze do przedsiębiorcy i wtedy prawnikom pozostaje jedynie minimalizować skutki dokonanych działań.

Michał Pichór

Umowa przedwstępna w świetle uregulowań prawnych i orzecznictwa

Wprowadzenie

Umowa przedwstępna (*pactum de contrahendo*) jest istotnym i przydatnym instrumentem prawnym wykorzystywanym w praktyce gospodarczej. Najczęściej ma zastosowanie jako jeden z etapów zawarcia kontraktu w sytuacji gdy znane są stronom istotne postanowienia umowy definitywnej, jednakże odłożenie zawarcia jej w czasie jest niezbędne, czy to dla doprecyzowania postanowień nieistotnych (np. w drodze rokowań), czy ze względów ekonomicznych (np. brak określonych środków finansowych). W szczególności z umowami przedwstępnymi spotykamy się w obrocie nieruchomościami; przykładowo, gdy kupujący chce mieć pewność, że sprzedawca nie sprzeda nieruchomości innej osobie. Stanowi ona zatem instrument prawny, gwarantujący jej stronom ochronę ich interesu, na etapie poprzedzającym zawarcie umowy definitywnej.

Zastosowanie umowy przedwstępnej w tej materii potwierdziło także orzecznictwo Sądu Apelacyjnego, uznając, że: „Umowa przedwstępna stanowi drogę dojścia do zawarcia umowy definitywnej. Posłużenie się przez strony umową przedwstępną znajduje z reguły uzasadnienie obiektywne i subiektywne. To pierwsze wyraża się w istnieniu jakichś okoliczności, które przesadzają o niezawieraniu w danym momencie umowy definitywnej. Drugie polega na tym, iż stronom zależy na stworzeniu stanu pewności, że pożądana definitywna umowa zostanie zawarta”[1].

Regulacje instytucji umowy przedwstępnej zawierają przepisy art. 389 i 390 Kodeksu cywilnego[2]. Definiują ją jako umowę, która może zostać skonstruowana w postaci umowy jednostronnie lub dwustronnie zobo-

[1] Wyrok SA w Katowicach z dnia 18 marca 2010 r., sygn. akt I ACa 39/10, LEX nr 1120368.

[2] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej: k.c.

wiązującej, gdzie jedna ze stron lub obie, zobowiązują się do zawarcia w przyszłości innej umowy – umowy przyrzeczonej (zwanej także umową definitywną, finalną czy stanowczą). Jest to zatem umowa o charakterze obligacyjnym (przygotowawczym)[3], a zamiarem zawierających tę umowę jest zapewnienie jednej lub obu stronom możliwości żądania dojścia do skutku umowy definitywnej.

Zgodnie z przeważającym obecnie w orzecznictwie i doktrynie poglądem umowa przedwstępna dwustronnie zobowiązująca nie jest zaliczana do umów wzajemnych[4]. Przedmiotowe cechy tego rodzaju umowy potwierdził także Sąd Najwyższy, stwierdzając, że „Istotą umowy przedwstępnej jest zobowiązanie się jednej strony lub obydwu do zawarcia w przyszłości oznaczonej umowy. Jeżeli zobowiązane są obie strony, to świadczenie każdej z nich polega na złożeniu odpowiedniego oświadczenia woli stanowiącego składnik umowy przyrzeczonej. Umowa przedwstępna dwustronnie zobowiązująca nie jest umową wzajemną, ponieważ strony nie zobowiązują się w taki sposób, żeby świadczenie jednej z nich miało być odpowiednikiem świadczenia drugiej (art. 487 § 2 k.c.). W związku z tym do świadczeń będących przedmiotem zobowiązania z umowy przedwstępnej nie mają zastosowania przepisy o jednoczesności świadczeń względnie ich wzajemnej zależności (art. 488-495 k.c.)”[5].

Kolejną kwestią jest określenie, do jakiego rodzajów umów przyrzeczonych ma zastosowanie przedmiotowa instytucja, ponieważ jej regulacja ustawowa nie wprowadza w tym zakresie ograniczeń. Stosując zasadę *lege non distinguente*, Sąd Najwyższy uznał, że umową definitywną może być każda umowa z dziedziny prawa cywilnego[6], a zatem może ona odnosić się zarówno do kontraktów obligacyjnych, jak również z dziedziny prawa rzeczowego, spadkowego, autorskiego, wynalazczego, pracy czy prawa spółek[7]. Należy jednak zauważyć, że ograniczeniem przedmiotu umowy przedwstępnej są inne przepisy Kodeksu cywilnego, w szczególności regulacje art. 58 czy art. 387, które mogą w niektórych przypadkach powodować nieważność takiej umowy.

Do powszechnie wykorzystywanych kontraktów definitywnych, do których zastosowanie ma umowa przedwstępna można zaliczyć: umowę o pra-

[3] Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt I ACa 21/13, LEX nr 1324806.

[4] Zob. A. Rzetecka-Gil, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, Lex/el. 2011, komentarz do art. 389.

[5] Wyrok SN z dnia 15 kwietnia 2003 r., sygn. akt V CKN 74/01, LEX nr 1130950.

[6] Wyrok SN z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt IV CSK 463/12, LEX nr 1311811.

[7] A. Rzetecka-Gil, *op. cit.*, komentarz do art. 389.

cę, umowę sprzedaży, umowę darowizny, umowę majątkową małżeńską czy umowy spółek[8].

W świetle poglądów doktryny i orzecznictwa umowę przedwstępną można zawrzeć także na rzecz osoby trzeciej[9], a Sąd Najwyższy za dopuszczalne uznał zawarcie umowy przedwstępnej zobowiązującej do zawarcia kolejnej umowy przedwstępnej[10]. Za prawidłowy należy także uznać pogląd, że prawa i obowiązki z umowy przedwstępnej podlegają dziedziczeniu, chyba że stroną umowy definitywnej mógłby być tylko spadkodawca[11].

Postanowienia umowy przedwstępnej

Zgodnie z regulacją art. 389 k.c. przesłanką ważności umowy przedwstępnej jest wymóg określenia istotnych postanowień umowy przyrzeczonej – elementów koniecznych. Spełnienie tej przesłanki charakteryzuje się zawarciem pewnego minimum treści koniecznej do określenia przyszłego świadczenia danego dłużnika. Przykładowo, przy umowie sprzedaży nieruchomości koniecznymi jej elementami będzie oznaczenie stron umowy, przedmiotu i ceny. Podanie istotnych elementów danego stosunku prawnego jest o tyle istotne, aby w razie sporu pomiędzy stronami umowy, sąd mógł wydać adekwatne rozstrzygnięcie, zmierzające do wykonania ciążącego na nich obowiązku. W przypadku braku ich określenia nie dochodzi do zawarcia umowy przedwstępnej i nie można realizować wynikających z jej zastosowania roszczeń. Potwierdza to także orzecznictwo: „Jeżeli nie doszło do zawarcia umowy przedwstępnej, bo rokowania stron nie czynią zadość wymaganiom art. 389 KC i nie ustalają istotnych postanowień, o których mowa w art. 29 § 1 pkt 1 i 2 KP, a w szczególności nie określają rodzaju pracy, terminu jej rozpoczęcia i wynagrodzenia odpowiadającego rodzajowi pracy, to żadna ze stron pertraktacji nie jest uprawniona do dochodzenia zawarcia umowy o pracę na podstawie art. 390 § 2 KC w związku z art. 300 KP”[12].

---

[8] Więcej o umowach, które mogą być poprzedzone umową przedwstępną zob. M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 63-78.

[9] Zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 14 stycznia 2000 r., sygn. akt I ACa 914/99, OSA 2001, nr 2, poz. 8.

[10] Zob. wyrok SN z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt II CSK 219/10, OSNC 2011, nr 6, poz. 73.

[11] Zob. A. Olejniczak, komentarz do art. 389, [w:] Z. Gawlik [*et al.*], *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3: Zobowiązania – część ogólna*, pod red. A. Kidyby, LEX/el. 2010; por. orzeczenie SN z dnia 9 sierpnia 1962 r., sygn. akt II CR 379/62, OSNC 1963, nr 9, poz. 205.

[12] Wyrok SN z dnia 10 września 1997 r., sygn. akt I PKN 243/97, OSNP 1998, nr 12, poz. 357.

Przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, że wystarczającym składnikiem umowy przedwstępnej jest już samo określenie sposobu, który pozwoli na ustalenie elementów przedmiotowo istotnych. Jednakże powinien on mieć charakter obiektywny, dający się zastosować bez względu na wolę stron, bez ich udziału[13]. Podobne wnioski przedstawił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt III CKN 508/98[14]. Rozstrzygając sprawę, Sąd uznał, że przedmiotem umowy przedwstępnej może być niewyodrębniona geodezyjnie działka, której powierzchnię strony w umowie określiły w przybliżeniu i orientacyjnie, gdyż finalny jej obszar w sposób precyzyjny mógł być wskazany dopiero po dokonaniu geodezyjnego podziału. Istotnym jest zatem, oceniając umowę przedwstępną i wynikające z niej stosunki prawne, uwzględnienie regulacji art. 56 i 65 k.c., pozwalających dokładanie zinterpretować wolę stron.

Do umowy przedwstępnej ma także zastosowanie art. 353^1 k.c., który statuuje zasadę swobody umów. W związku z tym strony umowy przedwstępnej mogą określać w niej także inne postanowienia, rozbudowujące treść tego zobowiązania w sposób jak najbardziej odpowiadający woli stron. „Przepis art. 389 k.c., zgodnie z którym umowa przedwstępna powinna określać istotne postanowienia umowy przyrzeczonej oraz termin, w ciągu którego ma być ona zawarta, wyznacza jedynie konieczne postanowienia tej czynności prawnej. Nie rodzi wątpliwości na gruncie regulacji Kodeksu cywilnego dotyczących stosunków obligacyjnych dopuszczalność wprowadzenia do umów, w tym i umowy przedwstępnej tzw. dodatkowych zastrzeżeń umownych”[15].

W praktyce gospodarczej strony często wykraczają poza zakres elementów koniecznych. W zależności od wprowadzonego postanowienia mogą one wzmocnić stosunek wynikający z przedmiotowej umowy albo go osłabić. Do najczęściej występujących podczas konstruowania umów przedwstępnych zastrzeżeń umownych należą: warunek[16], zadatek[17], kara umowna[18] czy prawo odstąpienia[19].

Warto również w odniesieniu do niektórych przedmiotów obrotu, np. podpisując umowę przedwstępną sprzedaży nieruchomości, ujawnić swoje roszczenie w księdze wieczystej, aby jeszcze bardziej zabezpieczyć

[13] Wyrok SN z dnia 25 czerwca 2008 r., sygn. akt III CSK 20/08, LEX nr 560575.
[14] LEX nr 52730.
[15] Wyrok SA w Katowicach z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. akt V ACa 308/11, LEX nr 1102961.
[16] Zob. wyrok SA w Rzeszowie z dnia 27 grudnia 2012 r., sygn. akt I ACa 381/12, LEX nr 1254479.
[17] Zob. wyrok SN z dnia 10 lutego 2011 r., sygn. akt IV CSK 336/10, LEX nr 846601.
[18] Zob. wyrok SN z dnia 16 września 2010 r., sygn. akt III CSK 289/09, LEX nr 686636.
[19] Zob. wyrok SN z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt V CSK 80/12, LEX nr 1314486.

jego wykonanie[20]. Możliwe jest także udzielenie przez dłużnika wierzycielowi lub osobie trzeciej pełnomocnictwa, którego skutkiem jest upoważnienie do zawarcia w jego imieniu umowy przyrzeczonej. Należy jednak wskazać, że w stosunku do niektórych sytuacji faktycznych w orzecznictwie wyrażono pogląd, iż „udzielenie przez stronę umowy przedwstępnej przed upływem terminu przedawnienia roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej nieodwołalnego pełnomocnictwa umocowującego do zawarcia umowy przyrzeczonej także po przedawnieniu się roszczenia o jej zawarcie musi być zatem uznane ze względu na swe skutki – w istocie takie same jak zrzeczenia się z góry korzystania z zarzutu przedawnienia – za objęte zakazem art. 117 § 2 k.c. i tym samym nieważne"[21].

Kodeks cywilny nie wymaga dla ważności umowy przedwstępnej zachowania jakiejś szczególnej formy; nie jest wymagane dla jej bytu prawnego sporządzenie jej w formie aktu notarialnego czy na piśmie. Również dla celów dowodowych nie jest zastrzeżona żadna forma, a zatem może być zawarta nawet ustnie. Jednakże już w tym miejscu należy wskazać, że forma zawarcia umowy przedwstępnej może mieć znaczenie dla skutków, jakie będzie wywoływać, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

Na mocy postanowień ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw[22] zmieniła się regulacja prawna umowy przedwstępnej. Otóż przed wejściem w życie tej regulacji do koniecznych elementów umowy przedwstępnej zaliczano zarówno istotne postanowienia, jak i termin jej zawarcia. Obecna regulacja nie wymaga podania terminu zawarcia umowy definitywnej, jednakże ze względów praktycznych jest on niewątpliwie pożądanym elementem umowy przedwstępnej. Może on być zawarty zarówno w samej umowie, jak i w odrębnym, podpisanym w innym czasie niż umowa, porozumieniu. Najlepszym rozwiązaniem ze względów praktycznych – w przeważającej liczbie przypadków – jest wskazanie określonej kalendarzowo daty, jednakże nic nie stoi na przeszkodzie wskazanie jakiegoś zdarzenia, np. określonego święta. Można również wskazać termin przez podanie zdarzenia, które na pewno wystąpi, lecz na chwilę zawarcia umowy przedwstępnej nie wiadomo kiedy, np. „na wiosnę"[23]. Stanowisko to znajduje poparcie w orzecznictwie: „(…) określenie terminu może nastąpić co prawda nie tylko przez wskazanie konkretnej daty czy przedziału czasowego, ale także poprzez wskazanie pewnego zdarzenia. Chodzi tu jednak o zdarzenie, które – przy rozsądnej ocenie sytuacji – powinno nastąpić. Pewność co do nadejścia zda-

[20] W takim przypadku wymagana jest forma aktu notarialnego.
[21] Wyrok SN z dnia 18 lutego 2011 r., sygn. akt I CSK 358/10, Biul. SN 2011, nr 6, poz. 10.
[22] Dz. U. Nr 49, poz. 408.
[23] A. Rzetecka-Gil, *op. cit.*, komentarz do art. 389.

rzenia przyszłego (końcowego), nieodzowna przy zastrzeżeniu terminu, stanowi element odróżniający w stosunku do warunku rozwiązującego.

Przy przyjęciu, że pod pojęciem «termin» należy rozumieć zdarzenie przyszłe i pewne, dopuszczalne będzie zarówno oznaczenie terminu w taki sposób, że moment, w którym termin ten nadejdzie, nie jest znany w chwili dokonania czynności. Decydujące znaczenie przypada tu pewności zdarzenia a nie ścisłemu momentowi jego nadejścia (…)"[24].

W sytuacji braku podania terminu zawarcia umowy definitywnej strona, która na mocy umowy przedwstępnej jest uprawniona do żądania zawarcia umowy przyrzeczonej wyznacza drugiej stronie odpowiedni termin. Jeżeli uprawnione są obie strony, to każda z nich ma prawo do wyznaczenia drugiej stronie terminu, przy czym jeżeli zostały wyznaczone rozbieżne terminy, wiążący jest ten, który został podany przez stronę składającą pierwotne oświadczenie. W tym miejscu, ze względu na precyzję, istotnym jest wskazanie, że pierwotne oświadczenie nie oznacza, że podany termin jest wcześniejszy.

Wyznaczenie terminu w powyższy sposób jest uprawnieniem kształtującym, wynikającym z ustawy. Stanowi ono oświadczenie woli kierowane do drugiej strony, a zatem do oceny jego skuteczności konieczne jest stosowanie przepisów dotyczących oświadczeń woli. W szczególności pomocnym jest art. 61 k.c., znajdujący zastosowanie przy ustalaniu, która strona złożyła pierwsze oświadczenie woli odnośnie wyznaczenia terminu umowy definitywnej.

Zgodnie z ustawą wyznaczony przez stronę termin musi być odpowiedni. Niewątpliwie o adekwatności terminu decydować będą okoliczności konkretnego przypadku. W szczególności w doktrynie wskazuje się, by brać pod uwagę okoliczności, które skłoniły strony do odroczenia w czasie umowy definitywnej[25].

Artykuł 389 § 2 zdanie trzecie k.c. określa konsekwencje braku działania stron, mianowicie w przypadku braku przedmiotowego terminu w umowie przedwstępnej, jak również w sytuacji niewyznaczenia go w ciągu roku od jej sporządzenia, nie można żądać zawarcia umowy przyrzeczonej. Przy czym, według poglądów doktryny, upływ wskazanego terminu nie powoduje tylko tej konsekwencji, ale również z uwagi na to, że ma charakter zawity, skutkuje wygaśnięciem zobowiązania z umowy przedwstępnej[26].

---

[24] Wyrok SA w Katowicach z dnia 14 października 2004 r., sygn. akt I ACa 714/04, LEX nr 151724.

[25] Zob. A. Rzetecka-Gil, *op. cit.*, komentarz do art. 389; A. Olejniczak, *op. cit.*, komentarz do art. 389.

[26] A. Olejniczak, *op. cit.*, komentarz do art. 389.

Wykonanie i skutki niewykonania umowy przedwstępnej

Artykuł 390 k.c. reguluje skutki prawne wynikające z niewykonania zobowiązania z umowy przedwstępnej. Za takie działanie ustawa uznaje zachowanie polegające na uchylaniu się od zawarcia umowy przyrzeczonej przez stronę zobowiązaną do tego działania na mocy umowy przedwstępnej. W stosunku do przesłanki uchylania się Sąd Najwyższy stwierdził, że „przez uchylanie się od zawarcia umowy, będące przesłanką dochodzenia m.in. roszczenia o jej zawarcie, należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę zawarcia umowy przyrzeczonej. Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem”[27].

W razie zaistnienia sytuacji niewykonywania zobowiązania przez dłużnika ustawa przewiduje powstanie po stronie uprawnionej roszczenia odszkodowawczego lub roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej. Roszczenie odszkodowawcze nazywane jest słabszym skutkiem umowy przedwstępnej, natomiast roszczenie o zawarcie umowy przyrzeczonej jest jej skutkiem silniejszym[28].

Zgodnie z art. 390 § 2 k.c. w sytuacji gdy umowa przedwstępna czyni zadość wymaganiom, od których zależy ważność umowy definitywnej, strona uprawniona może dochodzić zawarcia tej umowy. Ustawodawca wskazuje, że w szczególności istotne znaczenie ma forma umowy przyrzeczonej. Jako przykład można podać występujące często w obrocie umowy przedwstępne sprzedaży nieruchomości zawarte w formie aktu notarialnego. W takim przypadku, jeżeli nie ma wątpliwości co do istotnych postanowień umowy przyrzeczonej, stronie uprawnionej przysługuje roszczenie jej zawarcia. Podobnie orzekł Sąd Najwyższy, stwierdzając: „Skoro strony w umowie przedwstępnej ustaliły *essentialia negotii* przyszłej umowy przeniesienia własności nieruchomości i umowa ta zawarta była w formie notarialnej, to mogą skutecznie dochodzić sądowego zawarcia umowy przyrzeczonej”[29].

Należy jednak zauważyć, że w niektórych okolicznościach, mimo zachowania wymagań stawianych przez postanowienia art. 390 § 2 k.c., strona uprawniona może być pozbawiona możliwości dochodzenia przed-

[27] Wyrok SN z dnia 16 grudnia 2005 r., sygn. akt III CK 344/05, LEX nr 172178.

[28] P. Machnikowski [w:] B. Burian [*et al.*], *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2006, s. 611.

[29] Wyrok SN z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt III CKN 508/98, LEX nr 52730.

miotowego roszczenia z uwagi na jego niedopuszczalność. Jako przykład można wskazać sytuację wynikającą na gruncie prawa pracy, gdzie pracodawca może domagać się – od pracownika niewykonującego umowy przedwstępnej – tylko odszkodowania, ponieważ dopuszczalność żądania przez niego zawarcia umowy przyrzeczonej powodowałaby naruszenie zasady swobody nawiązania stosunku pracy[30].

Realizacja roszczenia z art. 390 § 2 k.c. następuje na podstawie postanowień art. 64 k.c. i art. 1047 Kodeksu postępowania cywilnego[31], na mocy których prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek danej osoby do złożenia oświadczenia woli zastępuje to oświadczenie. W orzecznictwie stwierdzono, że wydanie przedmiotowego orzeczenia powoduje potwierdzenie zawarcia umowy i zastępuje tę umowę[32]. Jednakże w doktrynie zauważa się, że stanowisko to nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach, ponieważ nie ma podstawy prawnej do zastępowania orzeczeniem sądu oświadczenia woli powoda[33]. Postuluje się, że w sytuacji gdy powództwo wytacza prokurator lub gdy umowa definitywna wymaga pod rygorem nieważności zachowania kwalifikowanej formy pisemnej – powód powinien złożyć odrębne oświadczenie woli[34].

Zgodnie z wcześniejszymi uwagami skutkiem niewykonania umowy przedwstępnej jest również powstanie roszczenia odszkodowawczego tzw. słabszego skutku umowy przedwstępnej, uregulowanego w art. 390 § 1 k.c. Należy tutaj wskazać, że w sytuacji gdy stronie uprawnionej przysługują oba rodzaje roszczeń (tj. strona może dochodzić zarówno skutku słabszego, jak i silniejszego, wynikających z umowy przedwstępnej), to nie może ona dochodzić ich jednocześnie[35]. W związku z powyższym roszczenie odszkodowawcze może mieć zastosowanie zarówno w sytuacji gdy występuje silniejszy skutek umowy przedwstępnej, a strona uprawniona z tego tytułu wybiera odszkodowanie, jak również gdy roszczenie o zawarcie umowy nie może być realizowane ze względu na brak spełnienia wymagań przewidzianych w art. 390 § 2 k.c. lub gdy strona wprawdzie podjęła się dochodzenia skutku silniejszego z umowy przedwstępnej, jednakże próba ta nie powiodła się[36]. Należy wskazać, że w doktrynie przyjmuje się, iż nawet w sytuacji gdy strona uprawniona będzie domagać się odszkodowania, dłużnik będzie mógł się zwolnić z tego świadczenia, po-

[30] M. Krajewski, *op. cit.*, s. 158.

[31] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.), dalej: k.p.c.

[32] Uchwała SN z dnia 7 stycznia 1967 r., sygn. akt III CZP 32/66, OSNC 1968, nr 12, poz. 199; wyrok SN z dnia 21 stycznia 2009 r., sygn. akt III CSK 268/08, LEX nr 488961.

[33] A. Olejniczak, *op. cit.*, komentarz do art. 390.

[34] A. Rzetecka-Gil, *op. cit.*, komentarz do art. 390.

[35] *Ibidem.*

[36] *Ibidem.*

przez zawarcie umowy przyrzeczonej[37]. W tym miejscu warto przytoczyć pogląd Sądu Najwyższego, że „zrzeczenie się roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej nie pozbawia możliwości dochodzenia przez stronę uprawnioną roszczenia odszkodowawczego (art. 390 § 3 k.c.)"[38].

Przesłanki powyższej odpowiedzialności osoby zobowiązanej wynikają z ogólnych reguł art. 471 k.c. z uwzględnieniem regulacji art. 390 § 1 k.c. Zalicza się do nich:

- niespełnienie świadczenia przez zobowiązanego pomimo upływu terminu (uchylanie się przez stronę zobowiązaną od zawarcia umowy przyrzeczonej) z powodu okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność;
- powstanie u osoby uprawnionej szkody;
- związek przyczynowy pomiędzy uchylaniem się od zawarcia umowy a powstałą szkodą[39].

Przesłanki te znalazły odzwierciedlenie w orzecznictwie. Sąd Najwyższy wskazał, że „skoro art. 390 § 1 k.c., określający jedną z sankcji niewykonania umowy przedwstępnej, statuuje szczególny rodzaj odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania, to znajdują do niego zastosowanie przepisy Działu II w Tytule VII księgi trzeciej Kodeksu, dotyczące skutków niewykonania zobowiązań. W szczególności należy wymienić art. 471 k.c., z którego, w związku z dyspozycją art. 390 § 1 k.c. wynika, że dłużnik z umowy przedwstępnej, który nie uczynił zadość obowiązkowi zawarcia umowy przedwstępnej, może zwolnić się od odpowiedzialności odszkodowawczej jedynie wówczas, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (*scil.* «uchylenie się» od zawarcia umowy przyrzeczonej) jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności"[40]. Podobnie Sąd Apelacyjny stwierdził, że „dla przyjęcia odpowiedzialności odszkodowawczej zaistnieć musi tzw. wina kontraktowa, bowiem sam przepis art. 390 § 1 k.c. określa tylko rozmiar odszkodowania należnego wierzycielowi, natomiast podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika stanowią art. 471 i n. k.c. Przesłanką odpowiedzialności na podstawie art. 390 k.c. jest również zaistnienie szkody. Dodatkowo pomiędzy działaniem lub zaniechaniem poszkodowanego (powodowanym w sferze motywacyjnej liczeniem na zawarcie umowy przyrzeczonej) a poniesioną przez niego szkodą musi występować adekwatny związek przyczynowy. Wymóg ten wyklucza odszkodowanie w sytuacjach, w któ-

[37] M. Krajewski, *op. cit.*, s. 147.
[38] Wyrok SN z dnia 9 maja 2001 r., sygn. akt II CKN 440/00, OSNC 2001, nr 12, poz. 185.
[39] P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 613.
[40] Wyrok SN z dnia 5 grudnia 2006 r., sygn. akt II CSK 274/06, LEX nr 238945; wyrok SA w Poznaniu z dnia 6 listopada 2012 r., sygn. akt I ACa 556/12, LEX nr 1237401.

rych szkoda nie jest normalnym następstwem działania lub zaniechania samego poszkodowanego"[41].

Odszkodowanie przewidziane w powyższym artykule ogranicza się do zakresu tzw. ujemnego interesu umownego. „Przyjmuje się, że pojęciem tym objęte są zarówno straty (*damnum emergens*), jak również utracone korzyści (*lucrum cessans*) – poniesione w związku z zawarciem umowy przedwstępnej"[42]. W związku z powyższym strona uprawniona może domagać się odszkodowania za straty, jakie poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy, natomiast nie jest objęty tą rekompensatą uszczerbek, jaki poniosła strona na skutek działań zmierzających do wykonania umowy przyrzeczonej, jak również korzyści nieosiągniętych z powodu jej niewykonania[43]. Zatem w praktyce do kosztów składających się na wysokość zobowiązania odszkodowawczego można przykładowo wskazać: koszty sporządzenia umowy przedwstępnej, zarobek utracony z powodu prowadzenia negocjacji czy wydatki na przejazdy lub opłaty fiskalne[44]. Zakres odszkodowawczy przedmiotowej regulacji potwierdza także orzecznictwo, wskazując, że „wyrównaniu w granicach tzw. ujemnego interesu umowy nie podlegają korzyści, które kontrahent by osiągnął, gdyby umowa nie doszła do skutku. Chodzi jedynie o odszkodowanie w ramach tzw. ujemnego interesu umownego. Odszkodowanie to obejmuje straty wynikłe z niedojścia do skutku umowy między stronami, na które składają się koszty zawarcia umowy, wydatki związane z własnym świadczeniem, zbędne nakłady podjęte w związku z własnym świadczeniem, wyłączone są natomiast nieuzyskane korzyści w postaci tych, które odpowiadały uzyskanym w razie dojścia do skutku umowy i jej wykonania"[45].

Artykuł 390 § 1 k.c. stanowi, że strony mogą w umowie przedwstępnej odmiennie określić zakres odszkodowania, a zatem przedmiotowe uregulowanie ma charakter dyspozytywny. Oznacza to, że strony mogą w umowie określić zakres odszkodowania wyższy lub niższy od wynikającego z regulacji podstawowej, mieszczącej się w granicach ujemnego interesu umownego[46]. Jak już była o tym mowa w części dotyczącej postanowień umowy przedwstępnej, w praktyce często w tego typu umowach występują postanowienia dotyczące zadatku lub kary umownej.

Zgodnie z art. 390 § 3 k.c. roszczenia z umowy przedwstępnej przedawniają się z upływem roku od dnia, w którym umowa miała być wykonana.

---

[41] Wyrok SA w Łodzi z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 1008/12, LEX nr 1286553.
[42] Wyrok SN z dnia 14 października 2005 r., sygn. akt III CK 103/05, LEX nr 187044.
[43] P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 613.
[44] A. Olejniczak, *op. cit.*, komentarz do art. 390.
[45] Wyrok SN z dnia 5 grudnia 2006 r., sygn. akt II CSK 274/06, LEX nr 238945; wyrok SN z dnia 5 czerwca 2007 r., sygn. akt I P 356/06, OSNP 2008, nr 13-14, poz. 193.
[46] A. Rzetecka-Gil, *op. cit.*, komentarz do art. 390.

Natomiast w sytuacji gdy strona uprawniona wystąpiła do sądu z żądaniem zawarcia umowy przyrzeczonej, po czym zostało one oddalone, termin roczny liczy się od dnia, w którym przedmiotowe orzeczenie stało się prawomocne. W orzecznictwie w stosunku do terminu przedawnienia roszczeń z umowy przedwstępnej wskazano, że „do określenia końca terminu przedawnienia roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej należy stosować art. 115 k.c., z którego wynika, że w sytuacji, gdy koniec terminu przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego”[47].

Obecnie w doktrynie podnosi się, że termin przewidziany w art. 390 § 3 k.c. dotyczy nie tylko roszczeń o zawarcie umowy przyrzeczonej i o naprawienie szkody, ale odnosi się do wszystkich roszczeń powstałych na skutek zawarcia umowy przedwstępnej, a więc także mających swoje źródło w dodatkowych postanowieniach umownych, w szczególności wynikających z zastrzeżenia zadatku lub kary umownej[48].

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 8 marca 2007 r.[49] potwierdził powyższy zakres zastosowania terminu przedawnienia przewidzianego w art. 390 § 3 k.c., stwierdzając, że „Przez «roszczenia z umowy przedwstępnej» należy rozumieć roszczenia objęte treścią stosunku wynikającego z umowy przedwstępnej, a zatem – wskazane już – roszczenie o zawarcie umowy przyrzeczonej i roszczenie o naprawienie szkody poniesionej przez stronę umowy przedwstępnej przez to, że liczyła ona na zawarcie umowy przyrzeczonej, jak też – ze względu na dodane do art. 390 § 1 k.c. zdanie drugie – roszczenia strony umowy przedwstępnej z tytułu zadatku lub kary umownej”. Następnie Sąd zauważył, że „roszczenie o zwrot, mającej charakter nienależnego świadczenia, kwoty zapłaconej na poczet świadczenia z niezawartej umowy przyrzeczonej nie wchodzi natomiast w zakres stosunku wynikającego z umowy przedwstępnej, lecz jest elementem stosunku zobowiązaniowego, u podstaw którego leży zdarzenie przewidziane w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 i nast. k.c.)”, co doprowadziło do konkluzji, że „(…) roszczenie o zwrot kwoty zapłaconej na poczet świadczenia z umowy przyrzeczonej, która nie została zawarta, nie przedawnia się z upływem terminu rocznego określonego w art. 390 § 3 k.c., lecz z upływem terminu ogólnego przewidzianego w art. 118 k.c.”.

---

[47] Wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2007 r., sygn. akt III CSK 409/06, LEX nr 315527.

[48] A. Rzetecka-Gil, *op. cit.*, komentarz do art. 390; por. A. Olejniczak, *op. cit.*, komentarz do art. 390; P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 614; wyrok SN z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt I PK 26/09, OSNP 2011, nr 5-6, poz. 73.

[49] Uchwała SN z dnia 8 marca 2007 r., sygn. akt III CZP 3/07, OSNC 2008, nr 2, poz. 15.

Wnioski końcowe

Umowa przedwstępna to skuteczny i mający częste zastosowanie w obrocie gospodarczym instrument prawny. W szczególności pomocna jest w sytuacjach gdy z powodu różnych przyczyn strony chcą odłożyć w czasie zawarcie umowy definitywnej. Jej podstawową funkcją jest wzmocnienie relacji pomiędzy przyszłymi kontrahentami, powodujące zabezpieczenie ich interesu, jak również (np. w przypadku wpisania roszczenia o przeniesienie własności nieruchomości do księgi wieczystej) pełnienie funkcji ostrzegawczo-informacyjnej[50].

Jak można zauważyć w orzecznictwie i doktrynie, ma ona zastosowanie do szerokiego grona stosunków prawnych, co świadczy o jej uniwersalności. Redagując umowę przedwstępną, należy zawsze mieć na uwadze istotne postanowienia kontraktu definitywnego, co do którego strony zamierzają przystąpić, zakreślenie adekwatnego terminu wykonania umowy, jak również zachowanie przewidzianej prawem formy, ponieważ – poprawne i dostosowane do danego stanu faktycznego – określenie tych elementów warunkuje powstanie i skuteczność ewentualnych roszczeń. Należy również pamiętać, że w „postępowaniu sądowym, którego przedmiotem jest realizacja roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej, sąd ustala treść tej umowy na podstawie odpowiednich postanowień zawartych w umowie przedwstępnej. W razie potrzeby uzupełnia ich treść postanowieniami wynikającymi z przepisów dyspozycyjnych, zasad współżycia społecznego lub ustalonych zwyczajów, dokonując wykładni umowy przedwstępnej zgodnie z zasadami przewidzianymi w art. 65 k.c. W wyniku tych zabiegów sądu orzeczenie zastępujące umowę przyrzeczoną może nie pokrywać się ściśle z treścią poszczególnych postanowień umowy przedwstępnej”[51].

Zabezpieczenie interesu stron umowy przedwstępnej przejawia się w możliwości dochodzenia zawarcia umowy przyrzeczonej albo uzyskania odszkodowania w ramach tzw. ujemnego interesu umownego. W ramach swobody umów wskazanym jest także uregulowanie w tym kontrakcie dodatkowych zabezpieczeń w postaci kary umownej czy zadatku. Jednakże wskazane roszczenia obwarowane są krótkim – rocznym terminem przedawnienia. Umowa przedwstępna zawierająca wymagane elementy stanowi skuteczne narzędzie dyscyplinujące zobowiązaną stronę do wykonania nałożonego obowiązku.

[50] Zob. wyrok SN z dnia 13 lipca 2005 r., sygn. akt I CK 28/05, LEX nr 356092.
[51] Wyrok SN z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt II CSK 414/07, LEX nr 445161.

Marcin Rozmus

Obliczanie wysokości świadczenia wyrównawczego po rozwiązaniu umowy agencyjnej

Niniejszy artykuł przedstawia problemy, jakie wiążą się z wyliczeniem wysokości świadczenia wyrównawczego przyznawanego agentowi na podstawie art. 764^3-764^5 Kodeksu cywilnego[1] oraz sugeruje możliwe rozwiązania, jakie wypracowano w orzecznictwie. Artykuł dotyczy stosowania tej instytucji na gruncie prawa polskiego, uregulowania zawarte w prawie unijnym i prawie obcym przedstawiono jedynie w zakresie, w jakim mają wpływ na stosowanie przepisów krajowych.

Źródła regulacji

Prawo krajowe – Kodeks cywilny

Przepisy art. 764^3-764^5 k.c. o świadczeniach wyrównawczych wprowadzono ustawą z dnia 26 lipca 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny[2]. Stosownie do treści tych przepisów po rozwiązaniu umowy agencyjnej agent może żądać od dającego zlecenie świadczenia wyrównawczego, jeżeli w czasie trwania umowy agencyjnej pozyskał nowych klientów lub doprowadził do istotnego wzrostu obrotów z dotychczasowymi klientami, a dający zlecenie nadal czerpie znaczne korzyści z umów z tymi klientami. Roszczenie to przysługuje agentowi, jeżeli – biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, a zwłaszcza utratę przez agenta prowizji od umów zawartych przez dającego zlecenie z tymi klientami – przemawiają za tym względy słuszności. Świadczenie wyrównawcze nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia agenta za jeden rok, obliczonego na podstawie średniego rocznego wynagrodzenia uzyskanego w okresie ostatnich pięciu lat. Jeżeli

[1] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej: k.c.

[2] Dz. U. Nr 74, poz. 857.

umowa agencyjna trwała krócej niż pięć lat, wynagrodzenie to oblicza się z uwzględnieniem średniej z całego okresu jej trwania. Uzyskanie świadczenia wyrównawczego nie pozbawia agenta możności dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych. W razie śmierci agenta, świadczenia wyrównawczego mogą żądać jego spadkobiercy. Możliwość dochodzenia roszczenia o świadczenie wyrównawcze zależy od zgłoszenia przez agenta lub jego spadkobierców odpowiedniego żądania wobec dającego zlecenie przed upływem roku od rozwiązania umowy. Świadczenie wyrównawcze nie przysługuje agentowi, jeżeli:

- dający zlecenie wypowiedział umowę na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi agent, usprawiedliwiających wypowiedzenie umowy bez zachowania terminów wypowiedzenia;
- agent wypowiedział umowę, chyba że wypowiedzenie jest uzasadnione okolicznościami, za które odpowiada dający zlecenie, albo jest usprawiedliwione wiekiem, ułomnością lub chorobą agenta, a względy słuszności nie pozwalają domagać się od niego dalszego wykonywania czynności agenta;
- agent za zgodą dającego zlecenie przeniósł na inną osobę swoje prawa i obowiązki wynikające z umowy.

Do czasu rozwiązania umowy strony nie mogą umówić się w sposób odbiegający na niekorzyść agenta od wyżej wymienionych postanowień.

Prawo unijne – dyrektywa 86/653/EWG

Celem nowelizacji we wskazanym wyżej zakresie była implementacja dyrektywy 86/653/EWG Rady z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek[3]. Przepisy tej dyrektywy wprowadzają następujące postanowienia odnoszące się do świadczeń wyrównawczych:

„Art. 17. 1. Państwa Członkowskie podejmą środki niezbędne w celu zapewnienia, że po rozwiązaniu umowy agencyjnej przedstawicielowi handlowemu przysługuje świadczenie wyrównawcze, zgodnie z ust. 2, lub odszkodowanie, zgodnie z ust. 3.

2. a) Przedstawiciel handlowy ma prawo do świadczenia wyrównawczego, gdy i o ile:

— pozyskał on dla zleceniodawcy nowych klientów lub znacznie zwiększył wielkość obrotów handlowych z istniejącymi klientami, a zleceniodawca z tytułu transakcji z tymi klientami czerpie nadal znaczne korzyści, oraz

[3] Dz. Urz. UE L 387/17 z 31.12.1986, dalej: dyrektywa 83/653/EWG. Por. uzasadnienie Rady Ministrów, Sejm RP, III kadencja, druk nr 1699 z dnia 10 lutego 2000 r., s. 27.

— zapłata takiego świadczenia wyrównawczego przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, w szczególności prowizji utraconych z tytułu transakcji z tymi klientami, jest zgodna z zasadami słuszności. Państwa Członkowskie mogą przewidzieć, iż do takich okoliczności zalicza się również stosowanie lub niestosowanie klauzuli zakazu konkurencji w rozumieniu art. 20;

b) świadczenie wyrównawcze nie może przekraczać kwoty odpowiadającej rocznemu świadczeniu wyrównawczemu obliczonemu na podstawie przeciętnej kwoty rocznej wynagrodzeń otrzymanych przez przedstawiciela handlowego w ciągu ostatnich pięciu lat; jeżeli umowa została zawarta przed okresem krótszym niż pięć lat, świadczenie wyrównawcze ustala się na podstawie przeciętnej kwoty danego okresu;

c) przyznanie takiego świadczenia wyrównawczego nie uniemożliwia przedstawicielowi handlowemu dochodzić odszkodowania.

3. Przedstawiciel handlowy ma prawo do odszkodowania za szkodę poniesioną w wyniku ustania jego stosunków ze zleceniodawcą.

Szkodę taką uznaje się w szczególności, gdy rozwiązanie umowy odbywa się w okolicznościach:

— utraty przez przedstawiciela handlowego prowizji przysługującej mu w przypadku właściwego wykonywania umowy agencyjnej, zapewniającej zleceniodawcy istotne korzyści z tytułu działalności przedstawiciela handlowego,
— oraz/lub braku amortyzacji kosztów i nakładów, poniesionych przez przedstawiciela handlowego przy wykonywaniu umowy agencyjnej za zgodą zleceniodawcy.(…)

6. Komisja w ciągu ośmiu lat od daty notyfikacji niniejszej dyrektywy przedłoży Radzie sprawozdanie dotyczące stosowania tego artykułu oraz w miarę potrzeb propozycje zmian.

Art. 19. Strony nie mogą odstępować od przepisów art. 17 (…) ze szkodą dla przedstawiciela handlowego przed wygaśnięciem umowy agencyjnej."

Przepisy bezpośrednio obowiązujące

Bezpośrednie zastosowanie w praktyce znajdą przepisy Kodeksu cywilnego. Jak wynika z art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[4] dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości przyjęto pogląd, według którego dyrektywy są bezpośrednio skuteczne jedynie w bardzo ograniczonym

[4] Wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 83/47 z 30.03.2010.

zakresie[5], który zazwyczaj nie będzie dotyczył zastosowania dyrektywy 86/653/EWG. Do takiej sytuacji mogłoby dojść jedynie wtedy, gdyby państwo członkowskie nie implementowało dyrektywy do swojego porządku prawnego i agent dochodziłby świadczenia wyrównawczego od państwa bądź instytucji będącej jego emanacją[6]. Tymczasem w Polsce dyrektywę implementowano, a podmioty zobowiązane do świadczeń wyrównawczych najczęściej mają charakter prywatny i nie są emanacją państwa.

Proponowane sposoby wyliczania świadczenia wyrównawczego

Cytowane przepisy – zarówno ustawy polskiej, jak i dyrektywy unijnej, której są implementacją, a także przepisy niemieckie będące pierwowzorem regulacji – nie zawierają wyraźnie wskazanego sposobu liczenia świadczenia. W orzecznictwie zaproponowano dwa zasadnicze sposoby wyliczenia świadczenia – analityczny i syntetyczny.

Metoda analityczna

Zgodnie z tą metodą wyliczenie świadczenia następuje w trzech etapach. W pierwszym określa się liczbę klientów pozyskanych przez przedstawiciela handlowego oraz zakres zwiększania obrotów z dotychczasowymi klientami oraz oblicza wysokość przypadającej z ich tytułu prowizji brutto za ostatnie dwanaście miesięcy obowiązywania umowy agencyjnej. Następnie należy oszacować przyszłe korzyści z nowo zawartych umów oraz wzrost obrotów z dotychczasowymi klientami. Należy też uwzględnić poziom utraconych klientów, który obliczany jest jako procent rocznej prowizji. Dokonuje się również korekty uwzględniającej aktualną wartość – w związku z przyspieszonym napływem dochodów. W drugim etapie ustalona kwota podlega ewentualnym zmianom ze względu na zasadę słuszności. Przy jej stosowaniu bierze się pod uwagę następujące kwestie: zawarcie przez przedstawiciela handlowego kolejnej umowy agencyjnej (z innym podmiotem niż zobowiązany do świadczenia), winę po stronie przedstawiciela handlowego, poziom wynagrodzenia przedstawiciela, spadek obrotów zleceniodawcy, zakres korzyści dla zleceniodawcy, opłacanie przez zlece-

[5] Tak m.in. wyroki ETS: z dnia 19 stycznia 1982 r. w sprawie C-8/81 *Ursula Becker przeciwko Finanzamt Münster-Innenstadt*, ECR 1982, s. 53, pkt. 17-26 i z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie C-152/84 *M. H. Marshall przeciwko Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECR 1986, s. 723, pkt. 46-48.

[6] Tak np. wyrok ETS z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie C-152/84 *M. H. Marshall przeciwko Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECR 1986, s. 723, pkt. 46-48.

niodawcę składek na ubezpieczenie społeczne przedstawiciela oraz postanowienia umowne ograniczające zakres działalności handlowej przedstawiciela. W trzecim etapie wysokość świadczenia jest limitowana przez próg obliczony jako średnie wynagrodzenie z ostatnich pięciu lat (lub z całego okresu umowy – jeśli trwała ona krócej)[7].

Metodę analityczną oparto na dorobku orzeczniczym sądów niemieckich, powstałym na gruncie stosowania § 89b niemieckiego Kodeksu handlowego[8], stąd też zwana jest w doktrynie i orzecznictwie „klauzulą niemiecką". W ocenie Rzecznika Generalnego M. Poiaresa Maduro w sprawie C-465/04 *Honyvem Informazioni Commerciali Srl przeciwko Mariella De Zotti*, analityczny sposób liczenia świadczenia wynika z samej dyrektywy 86/653/EWG, a w szczególności z jej art. 17 ust. 2 lit. a), który to przepis nie tylko ustanawia przesłanki dla uzyskania świadczenia, lecz także wskazuje na sposób jego wyliczenia i powinien on być taki, jak przedstawiono wyżej[9]. W samym wyroku w tej sprawie z dnia 23 marca 2006 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że Sprawozdanie Komisji dostarcza szczegółowych informacji dotyczących faktycznego obliczania świadczenia wyrównawczego i jego celem jest ułatwienie dokonywania bardziej jednolitej wykładni[10], przy czym wskazał, że w ramach ustalonych w art. 17 ust. 2 dyrektywy 86/653/EWG, państwom członkowskim przysługuje swoboda uznania, z której mogą korzystać w szczególności z uwzględnieniem kryterium słuszności[11]. Potwierdził tym samym wcześniejsze stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-381/98 *Ingmar GB Ltd przeciwko Eaton Leonard Technologies Inc.*[12] Analityczny sposób liczenia świadczenia został także przyjęty przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. akt I CK 207/05. Wskazano w nim, że świadczenie wyrównawcze należy obliczać, biorąc pod uwagę prowizję od umów zawartych z nowymi klientami uzyskaną w ciągu ostatnich

[7] Szczegółowy opis zob. *Sprawozdanie w sprawie stosowania art. 17 Dyrektywy Rady w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek (86/653/EWG), dokument COM(96) 364 końcowy z 27 lipca 1996, w wersji oryginalnej w ówczesnych językach urzędowych WE*, w nieurzędowym przekładzie na język polski: A. Hein/J. Banas, dostępne na stronie: <http://poszkodowaniing.com>, s. 4-5 (dalej: Sprawozdanie Komisji).

[8] Sprawozdanie Komisji, s. 4.

[9] Opinia Rzecznika Generalnego, ECR 2006, s. I-02879, pkt. 46-49.

[10] ECR 2006, s. I-02879, pkt 35.

[11] ECR 2006, s. I-02879, pkt 36.

[12] ECR 2000, s. I-09305, pkt 21: „However, Articles 17 and 18 prescribe a precise framework within which the Member States may exercise their discretion as to the choice of methods for calculating the indemnity or compensation to be granted" [„Jednakże art. 17 i 18 stanowią precyzyjne ramy, wewnątrz których państwa członkowskie mają swobodę uznania co do metod obliczania świadczenia lub odszkodowania, które ma zostać przyznane" – *tłum. własne*].

dwunastu miesięcy, przewidywany okres uzyskiwania korzyści przez dającego zlecenie, procentowy wskaźnik migracji klientów, sumę prowizji utraconych w każdym roku po rozwiązaniu umowy i porównując z górną granicą, stanowiącą wysokość średniego rocznego wynagrodzenia agenta w okresie trwania umowy. Wyliczenie należnego świadczenia może wymagać wiadomości specjalnych[13]. Na wyrok ten, a także na Sprawozdanie Komisji i wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-465/04 powołał się również Trybunał Konstytucyjny na marginesie rozważań w przedmiocie konstytucyjności ustawy nowelizującej[14].

Europejski Trybunał Sprawiedliwości jednoznacznie opowiedział się za metodą analityczną w wyroku z dnia 26 marca 2009 r. w sprawie C-348/07 *Turgay Semen przeciwko Deutsche Tamoil GmbH*, stwierdzając, że „system obliczania wymiaru świadczenia, ustanowiony przez art. 17 dyrektywy, składa się z trzech różnych etapów. I tak, pierwszy z tych etapów ma na początek na celu określenie wymiaru korzyści czerpanych przez zleceniodawcę z tytułu transakcji z klientami pozyskanymi przez przedstawiciela handlowego, zgodnie z postanowieniami art. 17 ust. 2 lit. a) tiret pierwsze tej dyrektywy. Drugi – ma następnie na celu zweryfikowanie, zgodnie z brzmieniem art. 17 ust. 2 lit. a) tiret drugie, czy kwota uzyskana na podstawie wyżej wymienionych kryteriów jest zgodna z zasadami słuszności, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności danego przypadku, w szczególności prowizji utraconych przez przedstawiciela handlowego. W końcu, w trzecim etapie, kwota świadczenia wyrównawczego jest poddawana korekcie stosownie do górnej granicy świadczenia przewidzianej w art. 17 ust. 2 lit. b) dyrektywy, która ma znaczenie jedynie wtedy, gdy kwota wynikająca z dwóch poprzednich etapów obliczenia jest od niej wyższa”[15]. Co ciekawe, w wyroku tym Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że sprzeczna z dyrektywą jest praktyka sądów niemieckich, choć jak wskazano wyżej sam analityczny sposób wyliczenia świadczenia został zaczerpnięty z praktyki tamtejszych sądów wypracowanych na gruncie § 89b niemieckiego Kodeksu handlowego. Sprzeczność miała polegać na tym, że sądy niemieckie wykluczały z założenia możliwość podwyższenia wysokości świadczenia wyrównawczego powyżej pułapu określonego przez art. 17 ust. 2 lit. a) dyrektywy 86/653/EWG, w ramach stosowania kryterium zgodności z zasadami słuszności, gdy korzyści, które zleceniodawca nadal czerpie mają wyższą wartość aniżeli oszacowana wartość prowizji utraconych przez przedstawiciela handlowego, co zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jest niedopuszczalne[16].

[13] OSNC 2006, nr 9, poz. 150.
[14] Wyrok TK z dnia 17 lipca 2007 r., sygn. akt P 16/06, OTK-A 2007, nr 7, poz. 79, pkt 1.3.
[15] ECR 2009, s. I-02341, pkt 19.
[16] ECR 2009, s. I-02341, pkt 21.

Metoda syntetyczna

Metoda syntetyczna polega na odrzuceniu ścisłej metody wyliczania przedstawionej w Sprawozdaniu Komisji i przyjęciu w jej miejsce metody, która w większym stopniu uwzględnia kryteria słuszności i uznanie sędziowskie. Wysokość świadczenia podlega sędziowskiemu uznania i uwzględnia szereg zindywidualizowanych w konkretnej sprawie kryteriów, w tym liczbę umów zawartych, kontynuowanych lub wznawianych w czasie trwania umowy agencyjnej oraz wkład pracy agenta mający na celu zapewnienie późniejszych, znaczniejszych korzyści, których na skutek rozwiązania umowy agent jest pozbawiony. Przy rozważaniu zasady słuszności należy brać pod uwagę wprowadzenie w umowie dalszych ograniczeń, np.: wyłączność i zakaz działalności konkurencyjnej, pozostawienie (oprócz portfela umów w toku) bazy danych o byłych lub potencjalnych klientach umożliwiającej kierowanie do nich nowych ofert i osiąganie korzyści przy zakazie korzystania z niej przez dotychczasowego agenta, a także szczególnie wysoki dotychczasowy wkład pracy agenta i jej poziom, aktywność, osiągnięcia zawodowe. Nie wyklucza się także w takiej sytuacji zastosowania art. 322 Kodeksu postępowania cywilnego[17]. Rozwiązanie to jest dominujące w aktualnym orzecznictwie polskich sądów powszechnych[18]. Jak się wydaje, stosowania metody syntetycznej nie wykluczył także Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 17 lipca 2007 r., sygn. akt P 16/06, porównując instytucję świadczenia wyrównawczego do instytucji, w których sądy dysponują znaczną swobodą ocenną, jak zadośćuczynienie i rozpoznawanie skargi na przewlekłość postępowania[19]. Motywy dla zastosowania takiej metody zostały najpełniej przedstawione w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2012 r., sygn. akt I CSK 211/11[20]. Według Sądu Najwyższego brak jest podstaw ustawowych do oparcia się na tzw. klauzuli niemieckiej, gdyż prawo niemieckie w odniesieniu do umów pośrednictwa ubezpieczeniowego przewiduje samodzielną, częściowo odmienną regulację, a orzecznictwo sądów niemieckich co do świadczeń wyrównawczych jest rozbieżne. Proponowany model jest skomplikowany i pracochłonny oraz nie ma oparcia ustawowego.

---

[17] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.), dalej: k.p.c.

[18] W szczególności: wyrok SA w Poznaniu z dnia 18 lipca 2007 r., sygn. akt I ACa 415/07, LEX nr 370769; wyrok SA w Warszawie z dnia 6 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 752/08, LEX nr 530980; wyrok SN z dnia 29 września 2011 r., sygn. akt IV CSK 650/10, OSNC 2012, nr 4, poz. 51; wyrok SN z dnia 27 stycznia 2012 r., sygn. akt I CSK 211/11, LEX nr 1147728; wyrok SA w Krakowie z dnia 28 maja 2013 r., sygn. akt I ACa 349/13, niepubl.

[19] OTK-A 2007, nr 7, poz. 79, pkt 1.3.

[20] LEX nr 1147728.

Ocena rozwiązań

Jak można zaobserwować na gruncie orzecznictwa sądów polskich i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zarysowały się dwie przeciwstawne tendencje. Trybunał początkowo przyznawał państwom członkowskim swobodę obliczania wysokości świadczenia wyrównawczego, zezwalając tym samym na stosowanie przez nie metody syntetycznej, jednak następnie za obowiązującą uznał metodę analityczną. Tymczasem Sąd Najwyższy, mimo że początkowo zaakceptował metodę analityczną, następnie stwierdził, iż nie ma ona podstaw w obowiązujących przepisach i za właściwą uznał metodę syntetyczną. Rozbieżność ta, jak się wydaje, wynikać może z różnego brzmienia tekstu dyrektywy i ustawy. Według dyrektywy 86/653/EWG przesłanki wymienione w art. 17 ust. 2 decydują „czy **i o ile**"[21] przysługuje świadczenie, według art. 764^3 § 1 k.p.c. świadczenie wyrównawcze przysługuje „jeżeli" spełnione są wymienione przesłanki. O ile zatem tekst ww. dyrektywy przemawia za tym, że przesłanki te mogą mieć także znaczenie dla obliczania wysokości świadczenia[22], o tyle w tekście polskiej ustawy trudno się tego doszukiwać.

Za oboma stanowiskami przemawiają ważkie argumenty. I tak, za metodą analityczną – wzgląd na jednolitość stosowania dyrektywy 86/653/EWG na obszarze całej Unii Europejskiej i matematyczną weryfikowalność wyniku, która ogranicza elementy ocenne; za metodą syntetyczną – możliwość obliczania świadczenia bez uciekania się do pomocy biegłych, co istotnie przyspiesza dochodzenie świadczeń oraz – na gruncie prawa polskiego – pełna zgodność metody z ustawą. W mojej ocenie argumenty za metodą syntetyczną przeważają[23]. Nie można stosować przepisów polskiej ustawy w ten sposób, by wykładać ją *contra* lub *praeter legem*, rozważyć można co najwyżej nowelizację ustawy. Nie można też nie zważać na to, że metoda ta jest znacznie szybsza i prostsza. Odnośnie kwestii jednolitości wykładni prawa unijnego należy wskazać, że we wcześniejszych orzeczeniach Europejski Trybunał Sprawiedliwości pozostawiał państwom człon-

[21] Podobnie w innych wersjach językowych: w niemieckiej „wenn und soweit", w angielskiej „if and to the extent that", we francuskiej „si et dans la mesure où", zaś we włoskiej „se e nella misura in cui".

[22] Tak opinie Rzecznika Generalnego M. Poiaresa Maduro w sprawach: C-465/04 *Honyvem Informazioni Commerciali Srl przeciwko Mariella De Zotti*, ECR 2006, s. I-02879, pkt 41 oraz C-348/07 *Turgay Semen przeciwko Deutsche Tamoil GmbH*, ECR 2009, s. I-02341, pkt 18.

[23] W tym zakresie odstępuję od poglądu wyrażonego w opinii przyjaciela sądu (*amicus curiae*) w sprawie toczącej się przed Trybunałem Konstytucyjnym, sygn. akt P 16/06, opinia dostępna na stronie: <http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/images/stories/DOC/Opinia_TK_swiad_wyrow_final.doc> [dostęp: 12.03.2014].

kowskim swobodę co do sposobu obliczania świadczenia[24]. Ponadto jednolitość ta nigdy nie będzie pełna, gdyż dyrektywa 86/653/EWG pozwala na wybór przez państwo członkowskie także systemu odszkodowania zamiast świadczenia wyrównawczego, zgodnie z art. 19 ust. 2.

Aspekty praktyczne

Przedstawiona wyżej analiza ma znaczenie nie tylko teoretyczne, ale w istotnym stopniu rzutuje również na problemy, z jakimi spotyka się prawnik-praktyk, zarówno pełnomocnik procesowy (radca prawny, adwokat), jak i sędzia.

Wybór metody

Właściwe stosowanie prawa jest zadaniem sądu rozpoznającego sprawę. Dlatego wybór metody jest przede wszystkim zadaniem sędziego. Z racji niezawisłości sędziowskiej sędzia powinien dokonać wyboru, kierując się własnym przekonaniem, oczywiście z uwzględnieniem praktyki i orzecznictwa.

Inna jest sytuacja pełnomocnika procesowego, którego zadaniem jest przede wszystkim działanie w interesie mocodawcy. Zarówno pełnomocnik agenta, jak i pełnomocnik dającego zlecenie powinni zatem rozważyć, która metoda w konkretnej sprawie będzie korzystniejsza z ich punktu widzenia. Wybór ten jest o tyle trudny, że nie można z góry przewidzieć, zastosowanie której z dwóch metod da wyższy wynik. W szczególności metoda syntetyczna obarczona jest, z uwagi na duży zakres swobody sądu, znacznym stopniem niepewności. Z kolei metoda analityczna wymaga wiadomości specjalnych, dlatego już sama próba obliczenia świadczenia przy jej zastosowaniu może być kosztowna.

Wysokość żądania

W praktyce pełnomocnicy procesowi lub sami agenci często zgłaszają roszczenie w wysokości przewidzianej w art. 764^3 § 2 k.c., tj. maksymalnej, jaka może zostać zasądzona. Działanie takie może wynikać przede wszystkim z brzmienia art. 321 § 1 k.p.c., który w obecnie obowiązującym brzmieniu bezwzględnie zakazuje orzekania ponad żądanie. Aby zatem w największym możliwym zakresie zabezpieczyć interesy klienta lub swoje własne, należy wskazać maksymalną kwotę. Wyższe są także koszty zastępstwa procesowego. Wiążą się z tym jednak również pewne niedogodności. Po pierwsze, opłata jest wyższa, a po drugie, prawie zawsze zasądzona kwo-

[24] Wyroki ETS w sprawach: C-381/98 *Ingmar GB Ltd przeciwko Eaton Leonard Technologies Inc.*, ECR 2000, s. I-09305, pkt 21 oraz C-465/04 *Honyvem Informazioni Commerciali Srl przeciwko Mariella De Zotti*, ECR 2006, s. I-02879, pkt 36.

ta jest niższa niż maksymalna, a zatem powód w części przegrywa sprawę. Prowadzi to do stosunkowego rozliczania kosztów procesu, zgodnie z art. 100 k.p.c. W przypadku metody syntetycznej, która dopuszcza stosowanie kryteriów ocennych, możliwe jest jednak w takim wypadku zasądzenie całości kosztów na rzecz powoda, zgodnie z art. 100 *in fine* k.p.c. Nie jest to możliwe, jeśli sąd zdecyduje się na wybór metody analitycznej. Dlatego jeśli powód lub jego pełnomocnik zakłada, że sąd wybierze taką właśnie metodę, lepiej początkowo zgłosić żądanie w mniejszej wysokości, a następnie – po sporządzeniu opinii przez biegłego – ewentualnie rozszerzyć żądanie pozwu do wskazanej w opinii kwoty. Zminimalizowane zostaje w takim wypadku ryzyko częściowego przegrania sprawy przez powoda, nie ma też potrzeby wykładania już na samym początku procesu wyższej opłaty[25].

Środki dowodowe

Wybór środków dowodowych ściśle zależy od wyboru metody obliczenia wysokości świadczenia. W przypadku metody syntetycznej, oprócz środków mających na celu wykazanie przesłanek świadczenia wyrównawczego z art. 764^3 § 1 k.p.c., istotne jest także dowodzenie tych elementów stanu faktycznego, które mają znaczenie dla oceny wysokości świadczenia. W orzecznictwa wskazuje się w szczególności: wkład pracy agenta i jej poziom, aktywność, osiągnięcia zawodowe[26]. O tym, jakie środki dowodowe będą właściwe, decydować będą okoliczności indywidualnej sprawy, najczęściej przydatne mogą okazać się zeznania świadków (innych agentów, pracowników dającego zlecenie) czy dowód z przesłuchania stron. Zbędny natomiast będzie najczęściej dowód z opinii biegłego. Inne dowody będą istotne w przypadku metody analitycznej, w której kluczowe znaczenie ma ekonomiczna analiza, zwłaszcza w etapie pierwszym. Jak wskazuje się w orzecznictwie, może ona wymagać wiadomości specjalnych[27], a w konsekwencji – zgodnie z art. 278 § 1 k.p.c. – przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Jednakże równie przydatne będą dowody potrzebne przy metodzie syntetycznej, z uwagi na stosowanie w drugim etapie zasad słuszności.

W przypadku sędziego wybór metody sprowadza się do podjęcia następujących czynności – jeśli wybierze metodę syntetyczną, może oddalić wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego i orzec, oceniając wszystkie istotne okoliczności; natomiast jeśli wybierze metodę analityczną, powinien dopuścić dowód z opinii biegłego i dopiero na tej podstawie

[25] Zob. art. 130^3 § 2 k.p.c.

[26] Wyrok SA w Warszawie z dnia 6 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 752/08, LEX nr 530980; wyrok SN z dnia 27 stycznia 2012 r., sygn. akt I CSK 211/11, LEX nr 1147728; wyrok SA w Krakowie z dnia 28 maja 2013 r., sygn. akt I ACa 349/13, niepubl.

[27] Wyrok SN z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. akt I CK 207/05, OSNC 2006, nr 9, poz. 150.

wydać wyrok. Sytuacja sędziego jest o tyle jasna, że to on wydaje wyrok i decyduje w jaki sposób zastosować przepisy. Trudniejsza jest pod tym względem sytuacja pełnomocnika procesowego, gdyż ten kierując wnioski dowodowe, nie wie, jaką metodę obliczenia przyjmie sąd rozpoznający sprawę. Problematyczna może być zwłaszcza sytuacja, w której strona nie wniesie o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, a sąd uzna za zasadne liczenie świadczenia według metody analitycznej. Jak się wydaje, w takiej sytuacji wniosek dowodowy można zgłosić także na późniejszym etapie, uznając, że ich niezgłoszenie w pozwie nastąpiło bez winy strony w rozumieniu art. 207 § 6 k.p.c. Jednakże z ostrożności procesowej należałoby zalecać każdorazowe zgłaszanie wniosku z opinii biegłego, ze szczegółowym przedstawieniem sądowi powodu zgłoszenia wniosku oraz informacji, że w przypadku wyboru metody syntetycznej może zostać pominięty.

Podsumowanie – postulaty *de lege ferenda*

Przedstawione wyżej różne możliwości obliczania świadczenia wyrównawczego stwarzają liczne problemy dla praktyki. Z uwagi na znaczne rozbieżności w orzecznictwie – zarówno polskim, jak i europejskim – wydaje się, że ich rozwiązanie może nastąpić jedynie poprzez stosowne zmiany przepisów. Rozważyć można w szczególności następujące kroki:

- nowelizację przepisów dyrektywy 86/653/EWG poprzez wyraźne i jednoznaczne wskazanie sposobu obliczania świadczenia;
- nowelizację art. 764^3 § 2 k.c. poprzez nadanie mu takiego brzmienia, jakie w polskiej wersji językowej ma art. 17 ust. 2 dyrektywy 86/653/EWG;
- nowelizację art. 764^3-764^5 k.c. poprzez rezygnację z systemu świadczeń wyrównawczych na rzecz odszkodowania, zgodnie z art. 19 ust. 2 dyrektywy 86/653/EWG.

Monika Kapijas

Jak formułować skrót firmy spółki osobowej, gdy wspólnikiem jest inna spółka? Dopuszczalność umieszczenia w firmie spółki firmy wspólnika w formie skróconej

Wprowadzenie

Niniejszy artykuł podejmuje stosunkowo rzadko występującą w piśmiennictwie (a jeszcze rzadziej w dostępnym szerzej orzecznictwie) tematykę dopuszczalności stosowania w firmie spółki osobowej firmy wspólnika – osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej takiej osobowości nieposiadającej – w formie skróconej, a jeśli tak, to w jakich sytuacjach ma to miejsce. Co do zasady przedsiębiorca nie ma pełnej dowolności w wyborze formy, w jakiej – występując w obrocie – ujawni swoją nazwę. Na tym tle dochodzi często do sporów pomiędzy podmiotami chcącymi podjąć działalność gospodarczą a organami rejestracyjnymi, w sytuacji gdy organ ocenia zaproponowane przez przedsiębiorcę rozwiązania jako zbyt liberalne w stosunku do ram zakreślonych w obowiązujących przepisach prawa lub jako wprost naruszające te przepisy, ze szczególnym naciskiem na ryzyko wprowadzenia w błąd innych podmiotów funkcjonujących w profesjonalnym obrocie. Zjawisko to szczególnie często spotykane jest w orzecznictwie sądów rejestrowych zajmujących się rejestracją podmiotów w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

Punktem wyjścia do rozważań podjętych w niniejszym artykule są uregulowania prawne spółki komandytowej i spółki komandytowo-akcyjnej[1], które – pomimo funkcjonowania od ponad dziesięciu lat w polskim po-

[1] Łączne omówienie obu regulacji umożliwia niemal identyczna redakcja przepisów dotyczących spółki komandytowej w odniesieniu do spółki komandytowo-akcyjnej.

rządku prawnym Kodeksu spółek handlowych[2] – nie posiadają w pełni jednolitej linii interpretacyjnej, przez co sprawiają trudność przedsiębiorcom chcącym prowadzić działalność gospodarczą w tej formie prawnej.

Klasycznym przykładem takiej sytuacji jest zgłoszenie przez wspólników spółki komandytowej sądowi rejestrowemu faktu zawarcia umowy spółki przewidującej, że spółka komandytowa może się posługiwać w obrocie[3] firmą w formie skróconej dwojakiego rodzaju: np. „ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k." i „ABC Sp. z o.o. Sp.k.". Przyczyn przyjęcia takiego rozwiązania może być wiele. Z reguły decydują jednak względy praktyczne – jeśli komplementariuszy jest kilku, a każdy z nich jest spółką prawa handlowego[4], to rejestrowa, pełna firma spółki jest na tyle obszerna, że posługiwanie się nią w codziennych czynnościach jest co najmniej mocno utrudnione. Podobnie może być w sytuacji gdy w spółce występuje co prawda tylko jeden komplementariusz, ale działający na przykład w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której firma składa się z kilku członów, a firma spółki komandytowej została skonstruowana w ten sposób, że poza pełną firmą komplementariusza i obligatoryjnym dodatkiem „spółka komandytowa" nie występują w niej żadne dodatkowe, „dekoracyjne" elementy. Co więcej, może to być sytuacja dalece groźniejsza od wskazanej wcześniej – za przykład wystarczy wskazać utrudnienia w korzystaniu przez spółkę w bieżącej działalności z usług bankowości elektronicznej. Systemy księgowe i finansowe, powszechnie stosowane przez podmioty podlegające obowiązkowi prowadzenia ksiąg rachunkowych, z reguły nie pozwalają na wprowadzenie nieograniczonej liczby znaków. Oznacza to, że nawet przy zastosowaniu skrótu firmy skonstruowanego literalnie zgodnie z regułami zawartymi w art. 104 § 1 i 2 k.s.h. właściwe oznaczenie spółki może okazać się niemożliwe. Rodzi to ryzyko błędnej identyfikacji spółki jako innego podmiotu funkcjonującego w obrocie prawnym i gospodarczym, szczególnie w sytuacji gdy rdzeń firmy spółki komandytowej i spółki będącej jej komplementariuszem (jak

[2] Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030), dalej: k.s.h.

[3] Należy mieć tu na uwadze, że chodzi tutaj o obrót *sensu largo*, obejmujący nie tylko czynności dokonywane przez przedsiębiorcę w toku bieżącej działalności gospodarczej i handlowej, lecz wszelkie przejawy uczestnictwa spółki w krajowej i międzynarodowej rzeczywistości gospodarczej i prawnej.

[4] Bez znaczenia jest, czy jest to spółka osobowa, czy spółka kapitałowa – choć art. 104 § 3 i art. 127 § 3 k.s.h. wprost wymieniają jedynie komplementariuszy będących osobami prawnymi, nie budzi istotnych wątpliwości przyjęcie, że poprzez art. 33^1 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej: k.c., przepis ten należy stosować również w odniesieniu do spółek osobowych, które pełnią w spółce komandytowej bądź komandytowo-akcyjnej funkcję komplementariusza.

w przykładzie powyżej) są identyczne. Względy techniczne wymuszają zatem na wspólnikach takich spółek wprowadzenie do umowy spółki skrótów w takiej postaci, która wyeliminuje powyższe ryzyko, a nadto zapewni spółce możliwość poprawnego korzystania z dostępnych rozwiązań technicznych, a przez to – sprawnego funkcjonowania w obrocie.

W przeważającej liczbie przypadków w takiej sytuacji sąd rejestrowy zwróci wnioskodawcy uwagę, że w oparciu o literalne brzmienie art. 104 § 3 k.s.h. skrót firmy spółki komandytowej (lub „firma skrócona") w brzmieniu „ABC Sp. z o.o. Sp.k." jest niedopuszczalny i w drodze postanowienia zobowiąże spółkę do zmiany umowy spółki poprzez usunięcie zapisu niezgodnego z powyższą regulacją[5].

W znacznie węższym zakresie problem ten dotyczy spółek jawnych[6]. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest większy stopień ogólności przepisu art. 24 k.s.h. dotyczącego sposobu formułowania firmy spółki jawnej[7], który umożliwia wspólnikom przyjęcie bardziej elastycznych rozwiązań. Nie można jednak pominąć innych czynników, takich jak: zwyczajowo odmienna struktura własności spółek jawnych, która nastręcza mniej problemów związanych z prawidłowym formułowaniem firmy spółki[8], a także potencjalnie bardziej liberalna praktyka orzecznicza, w znacznym stopniu kształtująca przyszły, korzystny dla uczestników profesjonalnego obrotu, kierunek interpretacji niejasnych przepisów.

Dualizm regulacji prawa firmowego w odniesieniu do spółek prawa handlowego

Kodeks cywilny

Podstawową regulację prawa firmowego w odniesieniu do wszystkich podmiotów uczestniczących w profesjonalnym obrocie gospodarczym stano-

---

[5] Celem niniejszego artykułu jest wskazanie zasadniczych wątpliwości dotyczących takiego postępowania sądu rejestrowego.

[6] Problem ujęcia w firmie spółki osobowej firmy osoby prawnej jest bezprzedmiotowy w odniesieniu do spółki partnerskiej – wspólnikami której mogą być (z mocy art. 87 § 1 i art. 90 § 1 k.s.h.) wyłącznie osoby fizyczne.

[7] W tym zakresie wystarczy porównanie zasad redakcji przepisów: art. 24, 104 i 127 k.s.h. Podczas gdy art. 127 k.s.h. stanowi w zasadzie dosłowne powtórzenie regulacji zawartej w art. 104 k.s.h., to art. 24 k.s.h. znacznie bardziej ogólnie i bez uszczegółowiania stanowi, że firma spółki jawnej powinna zawierać firmę jednego bądź większej liczby wspólników z dodatkowym oznaczeniem „spółka jawna".

[8] Z reguły wspólnikami takich spółek są osoby fizyczne, choć coraz częściej można spotkać się ze spółkami o strukturze dwustopniowej, gdzie faktycznymi beneficjentami zysków spółki jawnej są wspólnicy innej spółki, uczestniczącej w spółce jawnej.

wią art. 43^1-43^{10} k.c. (Dział III – *Przedsiębiorcy i ich oznaczenia*). Na przestrzeni lat z powyższych przepisów wyinterpretowano szereg zasad, z których najważniejsze to:

- zasada jedności firmy,
- zasada wyłączności firmy,
- zasada jawności firmy.

Grunt dla regulacji szczególnych prawa firmowego w odniesieniu do osobowych spółek prawa handlowego stanowi art. 43^5 k.c., zgodnie z którym firmą osoby prawnej[9] jest jej nazwa (§ 1), zawierająca określenie formy prawnej, które może być podane w skrócie, a ponadto mogąca wskazywać na przedmiot działalności, siedzibę tej osoby oraz inne określenia dowolnie obrane (§ 2). Wreszcie, zgodnie z przepisem § 4 powołanego artykułu, **przedsiębiorca może posługiwać się skrótem firmy**. Przepis ten wprost mówi jedynie o osobach prawnych, stąd w późniejszych dyskusjach często pojawiało się nie tylko pytanie, czy wobec takiego kształtu regulacji dopuszczalne jest stosowanie skróconego brzmienia firmy w przypadku spółek osobowych, które osobowości prawnej nie posiadają, lecz także pytanie o to, czy spółki osobowe mogą w ogóle uczestniczyć jako wspólnicy w innej spółce osobowej. Pomimo pojedynczych, odosobnionych głosów negatywnych, obecny kierunek rozwoju praktyki i piśmiennictwa dość jednoznacznie wskazuje, że na oba powyższe pytania należy odpowiedzieć twierdząco[10].

W. Popiołek[11] powołuje zarazem klasyczny podział elementów firmy osoby prawnej na trzy kategorie:

1) oznaczenie indywidualizujące podmiot – tzw. rdzeń firmy,
2) obligatoryjne oznaczenie formy prawnej, w jakiej działa podmiot,
3) dodatki fakultatywne, takie jak: oznaczenie siedziby podmiotu czy przedmiotu jego działalności.

Oznaczenie formy prawnej stanowi jedyny obowiązkowy – poza nazwą osoby prawnej – przewidziany w przepisach prawa element firmy. W. Popiołek podkreśla, że określenie to może występować w brzmieniu firmy „w skrócie", chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Za przykład podaje przepisy Kodeksu spółek handlowych, które wymagają podania formy prawnej w pełnym brzmieniu, a używanie jego skrótu jest dopuszczalne jedynie w obrocie. Z tym stanowiskiem polemizuje J. Szwaja[12], pod-

---

[9] W tym przypadku – jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której jednak odrębne przepisy przyznają zdolność prawną.

[10] Zob. m.in. J. Naworski [w:] *System prawa prywatnego. Tom 16: Prawo spółek osobowych*, pod red. A. Szajkowskiego, Warszawa 2008, s. 253-255.

[11] W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 1: Komentarz do art. 1-449^{10}*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2013, komentarz do art. 43^5 k.c.

[12] J. Szwaja [w:] S. Sołtysiński [*et al.*], *Kodeks spółek handlowych. Tom 5: Komentarz do art. 585-595 KSH oraz do przepisów okołokodeksowych*, Warszawa 2004, s. 366.

nosząc, że przepisy Kodeksu spółek handlowych regulujące dopuszczalność używania w obrocie skrótu formy prawnej danego typu spółki prawa handlowego, stanowią potwierdzenie zasady wyrażonej w art. 43^5 § 2 k.c. i obydwie regulacje należy uznać za tożsame.

Podkreśla się przy tym, że – zgodnie z zasadą jedności firmy – tak jak osoba prawna może mieć jedną nazwę, może mieć ona również wyłącznie jedną firmę, gdyż pojęcia te są na gruncie regulacji dotyczącej osób prawnych tożsame. Przedsiębiorca będący osobą prawną nie ma możliwości posługiwania się jakąkolwiek inną firmą poza firmą rejestrową, odpowiadającą nazwie przyjętej w stosownym akcie założycielskim[13]. Zasada ta realizuje bezpieczeństwo i pewność obrotu gospodarczego, ponieważ przedsiębiorca występujący pod kilkoma nazwami mógłby doprowadzić do naruszenia praw osób trzecich, a przede wszystkim do naruszenia innej zasady prawa firmowego, która została wyrażona w art. 43^3 k.c. Przepis ten stanowi, że firma przedsiębiorcy powinna dostatecznie odróżniać się od firm innych przedsiębiorców prowadzących działalność na tym samym rynku (§ 1), a nadto nie może ona wprowadzać w błąd, w szczególności co do osoby przedsiębiorcy, przedmiotu działalności przedsiębiorcy, miejsca działalności czy źródeł zaopatrzenia (§ 2). Dopuszczenie możliwości stosowania różnych firm prowadziłoby do znacznego zwiększenia ryzyka takich sytuacji.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że art. 43^5 k.c. ma zastosowanie do tych osób prawnych, które występują w obrocie jako przedsiębiorcy – w tym aspekcie nie traktuje się jako firmy nazwy osoby prawnej nieprowadzącej działalności gospodarczej, takiej jak stowarzyszenie podlegające wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego, fundacja czy też organizacja społeczno-zawodowa innego rodzaju. Jednakże z chwilą rozpoczęcia przez taki podmiot prowadzenia działalności gospodarczej podlega on, równolegle, ujawnieniu w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego na podstawie art. 50 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym[14]; wówczas nazwa takiego podmiotu staje się firmą w rozumieniu kodeksowych przepisów prawa firmowego.

---

[13] Por. *ibidem*, s. 330. Zasada ta jest w pełni realizowana w stosunku do oddziałów osoby prawnej – zgodnie z art. 43^6 k.c. firma oddziału osoby prawnej powinna zawierać pełną nazwę osoby prawnej oraz obligatoryjny dodatek „oddział" ze wskazaniem miejscowości, w której ma on siedzibę. Przepis ten zatem wprost wyłącza możliwość stosowania jakichkolwiek skrótów firmy „macierzystej" osoby prawnej, z wyjątkiem sytuacji, o których mowa w dalszej części niniejszego artykułu.

[14] Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1203 z późn. zm.

Kodeks spółek handlowych

Regulacja prawa firmowego zawarta w art. 43^1-43^{10} k.c. jest uzupełniana przez odpowiednie przepisy Kodeksu spółek handlowych. Przede wszystkim należy mieć na względzie art. 24 (dla spółki jawnej), art. 104 (dla spółki komandytowej) oraz art. 127 k.s.h. Nie można jednak zapominać o uzupełniających ich treść przepisach art. 160 i 305 k.s.h., które będą mieć decydujący wpływ na kształt skróconego brzmienia firmy spółki osobowej w przypadku gdy wspólnikiem będzie – odpowiednio – spółka z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółka akcyjna.

Zgodnie z art. 104 k.s.h. firma spółki komandytowej powinna zawierać nazwisko jednego lub kilku komplementariuszy oraz dodatkowe oznaczenie „spółka komandytowa", przy czym w obrocie dopuszczalne jest używanie skrótu oznaczenia formy prawnej spółki w brzmieniu „sp.k.". Dopełnieniem powyższej regulacji jest § 3 tego artykułu, który stanowi, że jeżeli komplementariuszem jest osoba prawna, firma spółki komandytowej powinna zawierać **pełne brzmienie firmy (nazwy) tej osoby prawnej** z dodatkowym oznaczeniem „spółka komandytowa", co nie wyklucza zamieszczenia nazwiska komplementariusza będącego osobą fizyczną. Analogiczną redakcję posiada art. 127 k.s.h. dotyczący spółki komandytowo-akcyjnej[15]. Z kolei sposobu kształtowania firmy spółki jawnej dotyczy art. 24 k.s.h., który stanowi jedynie, że firma spółki jawnej powinna zawierać nazwiska lub **firmy (nazwy) wszystkich wspólników** albo nazwisko, albo też **firmę (nazwę) jednego lub kilku wspólników** oraz dodatkowe oznaczenie „spółka jawna", a na potrzeby funkcjonowania w obrocie dopuszczalne jest stosowanie przez spółkę jawną skrótu „sp. j."[16].

Regulacje dotyczące formułowania firmy spółek kapitałowych są skonstruowane w prostszy sposób, co wynika z innego charakteru ich struktury właścicielskiej i udziału wspólników co do zasady ograniczonego do ich zaangażowania kapitałowego w spółkę z wyłączeniem ich osobistej odpowie-

[15] Artykuł 127 k.s.h. brzmi: „§ 1. Firma spółki komandytowo-akcyjnej powinna zawierać nazwiska jednego lub kilku komplementariuszy oraz dodatkowe oznaczenie «spółka komandytowo-akcyjna». § 2. Dopuszczalne jest używanie w obrocie skrótu «S.K.A». § 3. Jeżeli komplementariuszem jest osoba prawna, firma spółki komandytowo-akcyjnej powinna zawierać **pełne brzmienie firmy (nazwy) tej osoby prawnej** z dodatkowym oznaczeniem «spółka komandytowo-akcyjna». Nie wyklucza to zamieszczenia nazwiska komplementariusza, który jest osobą fizyczną. […]".

[16] Jako ciekawostkę można wskazać, że ustawodawca różnicuje formalne zasady zamieszczania skrótów formy prawnej spółek komandytowych i spółek jawnych, mimo że z gramatycznego punktu widzenia zasady ich konstrukcji są identyczne – w oryginalnym, ogłoszonym, a następnie wielokrotnie zmienianym tekście ustawy utrwaliła się – jak wydawać się może – redakcyjna omyłka ustawodawcy polegająca na tym, że w skrócie „sp. j." występuje odstęp pomiędzy skrótami poszczególnych członów formy prawnej, a w skrócie „sp.k." odstępu tego brak.

dzialności za jej zobowiązania. Zgodnie z art. 160 k.s.h. firma spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może zostać obrana dowolnie, przy czym **powinna ona zawierać dodatkowe oznaczenie „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością"**. Jednocześnie dopuszczalne jest używanie przez spółkę w obrocie skrótu „spółka z o.o." lub „sp. z o.o.". Podobnie jak powyżej, analogiczną regulację na gruncie spółki akcyjnej zawiera art. 305 k.s.h.[17]

Praktyczne konsekwencje podwójnej regulacji prawa firmowego w odniesieniu do osobowych spółek prawa handlowego

Czy istnieje „firma pełna" i „firma skrócona"?

Na gruncie obowiązujących przepisów prawa firmowego na powyższe pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Biorąc za punkt wyjścia przywołane powyżej rozważania i wniosek, że nazwa przedsiębiorcy będącego osobą prawną (lub – odpowiednio – jednostką organizacyjną, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną) jest pojęciem tożsamym z jego firmą, należy uznać, że ten sam przedsiębiorca może posługiwać się wyłącznie jedną firmą i nie jest możliwe funkcjonowanie w obrocie w tym samym momencie pod kilkoma firmami. Powoduje to, że – pomimo częstego posługiwania się w praktyce pojęciami firmy pełnej i firmy skróconej – ich stosowanie nie jest prawidłowe, a dla wskazania, że mamy na myśli skrót firmy przyjęty przez przedsiębiorcę zgodnie z art. 43^2 § 2 k.c., należy raczej posłużyć się określeniami „firma w brzmieniu pełnym" i „firma w brzmieniu skróconym". Użycie tych pierwszych może bowiem wskazywać na nieuprawnione użycie dwóch różnych, choć w założeniu dość ściśle powiązanych ze sobą, firm jednego przedsiębiorcy.

Osoba prawna i jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej jako komplementariusz spółki komandytowej i spółki komandytowo-akcyjnej

Aby uzyskać odpowiedź na postawione w tytule pytanie, należy poddać łącznej analizie właściwe przepisy prawa firmowego oraz art. 104 i 127 k.s.h., a także – uzupełniająco – art. 160 i 305 k.s.h.

Przede wszystkim należy mieć na uwadze zasadę jedności firmy, uregulowaną w przepisach art. 43^1 i nast. k.c., zgodnie z którymi firma przed-

[17] Artykuł 305 k.s.h. brzmi: „§ 1. Firma spółki może być obrana dowolnie; **powinna zawierać dodatkowe oznaczenie «spółka akcyjna»**. § 2. Dopuszczalne jest używanie w obrocie skrótu «S.A.»".

siębiorcy jest jedna, nie ma zatem „firmy pełnej" i „firmy skróconej". Każdy podmiot funkcjonujący w obrocie jako przedsiębiorca posiada wyłącznie **jedną** firmę, której brzmienie może ulegać modyfikacjom jedynie w takim zakresie, jaki dopuszczają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Przykładem takiej regulacji jest powołany wyżej art. 43^5 § 4 k.c. Nie ma przy tym zgody co do tego, czy przedsiębiorca będący osobową spółką prawa handlowego może objąć skrótem wyłącznie oznaczenie formy prawnej, w jakiej działa, czy również oznaczenie ją indywidualizujące (tzw. rdzeń), i jaką rolę w tym zakresie odgrywa szczególna regulacja Kodeksu spółek handlowych. Dyskusja na ten temat była podejmowana wielokrotnie, jednak temat ten w dalszym ciągu budzi wiele kontrowersji[18]. Co do zasady przyjmuje się, że *a contrario* z treści art. 104 § 2 i art. 127 § 2 k.s.h. należy wnosić, iż nie jest dopuszczalne używanie skrótu w odniesieniu do pozostałego – tj. poza oznaczeniem formy prawnej – członu brzmienia firmy[19]. Pod tym względem przepisy Kodeksu spółek handlowych stanowić mają *leges speciales* w stosunku do art. 43^5 § 4 k.c. Równie wielu komentatorów broni jednak tezy przeciwnej. Ich zdaniem pominięcie w treści odpowiednich przepisów Kodeksu spółek handlowych kwestii dopuszczalności skracania innych elementów firmy niż oznaczenie formy prawnej przesądza o konieczności uzupełniającego stosowania art. 43^5 § 4 k.c.[20]; z tym jednak zastrzeżeniem, że przedsiębiorcy nie mają całkowitej dowolności w kształtowaniu takich skrótów, a niezbędne ramy i ograniczenia w tym zakresie wynikają z zastosowania ogólnych zasad prawa firmowego, a w szczególności zasad prawdziwości, wyłączności i dobrej wiary[21].

Treść art. 104 i 127 k.s.h. nie budzi wątpliwości. Przepisy § 1 – odpowiednio – art. 104 i 127 k.s.h. wymagają, aby firma spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej została skonstruowana w taki sposób, że jej rdzeń będzie zawierał firmy jednego lub kilku komplementariuszy z dodatkowym oznaczeniem „spółka komandytowa" („spółka komandytowo-akcyjna"). Osobom prawnym – komplementariuszom spółki komandytowej lub spółki

[18] Por. np. J. Szwaja, *op. cit.*, s. 372; R. Adamus, *W sprawie dopuszczalności skracania korpusu firmy spółki kapitałowej*, „Rejent" 2012, nr 6; idem, *Dopuszczalność skracania korpusu firmy spółki kapitałowej*, „Prawo Spółek" 2012, nr 9.

[19] Por. np. J. Szwaja, *op. cit.*, s. 171; A. Kidyba [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 1: Część ogólna*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2008, s. 424; A. Szumański [w:] *System prawa…*, s. 914-915.

[20] Por. np. W. Popiołek, *op. cit.*; J. P. Naworski, *op. cit.*, s. 263; M. Litwińska-Werner [w:] *System prawa handlowego. Tom 2A: Prawo spółek handlowych*, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2007, s. 465 oraz cytujący ww. pozycje M. Spyra [w:] J. Bieniak [*et al.*], *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 368.

[21] M. Spyra, *op. cit.*

komandytowo-akcyjnej[22] – przepisy art. 104 i 127 k.s.h. poświęcają odrębną regulację, stanowiąc, że obligatoryjną częścią firmy takiej spółki jest **pełne brzmienie firmy** (nazwy) osoby prawnej z dodatkowym oznaczeniem „spółka komandytowa". Nie wyklucza to oczywiście przyjęcia w firmie spółki dodatkowych, całkowicie fakultatywnych elementów. Powyższa regulacja pozornie nie wywołuje większych trudności interpretacyjnych. Jednakże dla precyzyjnego ustalenia, co oznacza „pełne brzmienie firmy osoby prawnej", należy odwołać się do treści – odpowiednio – art. 160 lub art. 305 k.s.h., które stanowią, że **„firma spółki [z ograniczoną odpowiedzialnością lub akcyjnej – *przyp. M.K.*] może być obrana dowolnie; powinna jednak zawierać dodatkowe oznaczenie «spółka z ograniczoną odpowiedzialnością [spółka akcyjna – *przyp. M.K.*]»"**. Przepis ten nadaje zatem oznaczeniu formy prawnej spółki dość szczególny charakter. Jednocześnie stanowi on, że oznaczenie formy prawnej nie jest elementem firmy *per se*, lecz jedynie dodatkiem do niej, ale zarazem – poprzez stwierdzenie, że dodatkowe oznaczenie formy prawnej zawiera się w firmie („powinna zawierać dodatkowe oznaczenie") – wskazuje, iż mimo wszystko oznaczenie formy prawnej stanowi element firmy. Podwójny, jakby pośredniczący (pomiędzy rdzeniem firmy a fakultatywnymi dodatkami do niej) charakter oznaczenia formy prawnej w firmie przedsiębiorcy daje pole do stosunkowo elastycznych interpretacji przepisów art. 104 i 127 k.s.h.

Z kolei wykładnia przepisów art. 160 § 2 i art. 305 § 2 k.s.h. wskazuje, że powyższe przepisy zrównują w ramach szeroko pojętego obrotu (nie tylko obrotu gospodarczego *sensu stricto*, lecz również wszelkich czynności sądowych i administracyjnych) skróty „sp. z o.o.", „spółka z o.o." i „S.A." ze sformułowaniami „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością" i „spółka akcyjna". Jest to zarazem potwierdzenie zasady jedności firmy. Oznaczenie formy prawnej spółki może bowiem wprost z mocy przepisu prawa podlegać modyfikacjom dla celów obrotu, nie naruszając przy tym brzmienia firmy spółki w tym sensie, że zastosowanie skrótu nie ma wpływu na rozpoznawalność, prawdziwość i oryginalność indywidualizującej spółkę nazwy. Podkreślenia wymaga, że z uwagi na bezwzględnie obowiązujący charakter przywołanych przepisów przedsiębiorca jest uprawniony do używania firmy zawierającej skrócone oznaczenie firmy również wówczas, gdy umowa (statut) spółki nie przewiduje wprost takiego postanowienia. Wynika z tego również, że jeżeli spółka decyduje się

[22] Należy bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 104 § 4 k.s.h. (zaś w przypadku spółki komandytowo-akcyjnej – z art. 127 § 4 k.s.h.) nazwisko odpowiednio komandytariusza lub akcjonariusza nie może zostać umieszczone w firmie spółki pod rygorem odpowiedzialności takiej osoby względem osób trzecich takiej jak komplementariusz.

tylko na używanie w obrocie skrótu określenia formy prawnej, to nie musi ujawniać tego w rejestrze przedsiębiorców, co jest regulacją szczególną w stosunku do art. 43^2 § 2 w związku z art. 43^5 § 4 k.c.

Jak już wskazano, obowiązujące przepisy prawa w żadnej mierze nie ograniczają spółki kapitałowej w posługiwaniu się powyższymi skrótami. Tym samym na tle powyższego przepisu nie ma prawnych podstaw do interpretacji, że pełna firma spółki to firma obejmująca pełną nazwę formy prawnej, a firma obejmująca skrót „sp. z o.o." czy „S.A." to firma – w potocznym sensie – ułomna, niepełna. Dla brzmienia firmy nie ma natomiast znaczenia, czy jest ona stosowana z użyciem formy prawnej w formie pełnej, czy w formie skróconej.

Przepisy art. 104 § 3 i art. 127 § 3 k.s.h. nie pozostawiają szerokiego pola do liberalnej wykładni pojęcia „pełne brzmienie firmy" w odniesieniu do komplementariusza będącego osobą prawną (lub odpowiednio – tzw. ułomną osobą prawną). W akcie założycielskim spółki komandytowej i spółki komandytowo-akcyjnej firma powinna zostać sformułowana w taki sposób, aby uwzględnić pełną firmę wspólnika, włącznie z oznaczeniem formy prawnej, w jakiej działa. Ta kwestia nie podlega szerszej dyskusji. Należy jednak zwrócić uwagę, że **przepis ten dotyczy jedynie pełnego, rejestrowego brzmienia firmy, a nie zasad kształtowania jej skrótu na potrzeby występowania w obrocie**[23]**.** W tym zakresie problematyka firmy spółki komandytowej i spółki komandytowo-akcyjnej budzi znacznie więcej kontrowersji. W świetle dokładniejszej analizy można bowiem zauważyć, że poprzez przyjęcie, iż firma spółki (w zakresie indywidualizującego ją oznaczenia) wymaga ujęcia formy prawnej jej komplementariusza, oznaczenie formy prawnej przestaje być obligatoryjnym dodatkiem do firmy i staje się składnikiem jej rdzenia. Ten z kolei, zdaniem części komentatorów, jako taki nie powinien podlegać modyfikacjom nawet dla potrzeb obrotu, a przynajmniej nie w świetle regulacji Kodeksu spółek handlowych, która dopuszcza wyłącznie używanie skrótu „sp.k." z zachowaniem reszty firmy w kształcie niezmienionym. W tym miejscu rozpoczyna się rola regulacji zawartej w art. 43^5 § 4 k.c.

Ujawnienie uczestnictwa osoby prawnej – spółki kapitałowej w spółce osobowej jest jednym z przejawów jej działania w obrocie gospodarczym. Tę zasadę należy w szczególności odnieść do spółki komandytowej. Zasada określona w art. 104 § 3 k.s.h., zgodnie z którym firma spółki komandytowej powinna zawierać pełne brzmienie firmy (nazwy) osoby prawnej będącej komplementariuszem spółki komandytowej z dodatkowym oznaczeniem „spółka komandytowa", **nie wyłącza przyjęcia w umowie spółki, że w obrocie gospodarczym możliwe będzie używanie firmy spółki**

[23] Tak też powinno się rozumieć pogląd wyrażony przez M. Spyrę, *op. cit.*, s. 371.

w brzmieniu skróconym. Ustawa nie formułuje żadnych kryteriów, w jaki sposób skróty takie należy tworzyć, nie odsyła również do innych regulacji prawnych, a zatem zgodnie z powyższymi rozważaniami należy odnieść się wprost do przepisów regulujących nie tylko byt prawny danej spółki osobowej, lecz również tych, które regulują zasady funkcjonowania podmiotu będącego jej wspólnikiem. **Dopuszczalność używania skrótów elementów, jakie powinny znaleźć się w firmie spółki komandytowej w obrocie gospodarczym (a zatem również oznaczenia formy prawnej, w jakiej działa komplementariusz spółki) przyjmuje natomiast Sąd Najwyższy, pod warunkiem że skrót taki nie prowadzi do naruszenia zasady prawdziwości firmy lub zasady wyłączności (odróżnialności) firmy**[24]. W przypadku ujęcia w firmie spółki firmy wspólnika w ten sposób, że jego firma *sensu stricto* (tzn. jej rdzeń), pozostaje bez zmian, a skróceniu ulega wyłącznie oznaczenie jego formy prawnej i oznaczenie formy prawnej samej spółki osobowej, ryzyko takie jest praktycznie wyeliminowane. Skrót taki nie wprowadza zatem w błąd, w przeciwieństwie do przyjęcia w umowie spółki osobowej takiego skróconego brzmienia jej firmy, które w całkowity sposób pomija formę prawną, w jakiej działa wspólnik.

Rozwinięciem powyższego poglądu jest stanowisko wyrażone przez A. Szumańskiego[25], zgodnie z którym fakt uczestnictwa spółki kapitałowej w spółce osobowej, szczególnie gdy jest ona komplementariuszem w spółce komandytowej bądź komandytowo-akcyjnej, należy traktować dość szczególnie. Wyłącza on bowiem oznaczenie formy prawnej spółki kapitałowej będącej komplementariuszem spółki komandytowej[26] spod ogólnych zasad skracania firmy, **przyjmując w pełni dopuszczalność uwzględniania w skróconym brzmieniu firmy spółki komandytowej skróconej formy oznaczenia formy prawnej spółki kapitałowej będącej komplementariuszem w spółce komandytowej**. Wobec powyższego skrócone brzmienie firmy takiej spółki na potrzeby obrotu może wyglądać następująco: „X" (gdzie „X" oznacza rdzeń firmy spółki komplementariusza) Sp. z o.o. Sp.k. bądź „X" S.A. Sp.k. Jest to konsekwencją przyjęcia, że skróty typów spółek są określone przez samego ustawodawcę (m.in. w art. 160 § 2 k.s.h.), stąd **„pełne" brzmienie firmy spółki kapitałowej będącej komplementariu-**

[24] J. Szwaja, I. B. Mika [w:] S. Sołtysiński [*et al.*], *Kodeks spółek handlowych. Tom 1: Przepisy ogólne, spółki osobowe. Komentarz do art. 1-150*, Warszawa 2012, komentarz do art. 104 k.s.h., Nb. 20, i art. 24 k.s.h., Nb. 44, a także cytowana tam uchwała SN z dnia 2 sierpnia 1994 r., sygn. akt III CZP 95/94, OSNC 1995, nr 1, poz. 10, wraz z literaturą.

[25] A. Szumański [w:] *System prawa*…, s. 914-915.

[26] I tylko kapitałowe – pomija on w swoich rozważaniach możliwą obecność w takich spółkach innej spółki osobowej; nie ma jednak powodu, by różnicować w tym zakresie pozycję spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki komandytowej, której żaden przepis nie zakazuje przyjęcia np. statusu komplementariusza w innej spółce komandytowej.

szem spółki komandytowej odnosi się tylko do tzw. rdzenia (korpusu) brzmienia firmy, a nie do oznaczenia typu spółki wspólnika. Oczywiście w dalszym ciągu obowiązuje w tym zakresie zakaz skracania, upraszczania czy wręcz usuwania tych elementów firmy, które stanowią o osobowym czy nawet ozdobnym charakterze firmy.

Zgadzając się z powyższym stanowiskiem, należy podkreślić, że jeżeli spółka zdecyduje się na używanie w obrocie firmy obejmującej skrócenie oznaczenia formy prawnej, w jakiej działa jej komplementariusz, wymagane jest wprowadzenie do umowy stosownego postanowienia. W przeciwieństwie do uprawnienia wynikającego wprost z przepisów art. 104 § 2 i art. 127 § 2 k.s.h., które nie musi być wyrażone wprost w umowie spółki, zastrzeżenie do używania skrótu w brzmieniu innym niż przewidziane w powyższych przepisach musi posiadać dedykowane postanowienie umowne. Jeżeli zatem spółka w trakcie swojej działalności zamierza korzystać ze skrótu zbudowanego według modelu „X" Sp. z o.o. Sp.k., w każdym wypadku należy dokonać zmiany umowy spółki. Można to potraktować jako swoistą namiastkę realizacji – martwego w obecnym stanie prawnym – art. 43^2 § 2 w związku z art. 43^5 § 4 k.c., zobowiązującego przedsiębiorców do ujawnienia używanego skrótu firmy we właściwym rejestrze[27].

Podsumowując, należy uznać, że sformułowania: „X" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. oraz „X" Sp. z o.o. Sp.k. należy uznać za sformułowania równorzędne, stanowiące różne postaci przyjętej przez przedsiębiorcę firmy w brzmieniu dopuszczonym do użytku w obrocie gospodarczym. Z uwagi na brak regulacji szczególnych w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjnej, wyłączających możliwość posługiwania się firmą z użyciem wyrażenia odpowiednio „Sp. z o.o." (bądź „Spółka z o.o.") i „S.A." w określonych kategoriach sytuacji i stosunków prawnych, należy przyjąć równorzędność powyższych sformułowań. Tak też wnioskuje J. Bieniak[28], wskazując na spójność systemu prawa – jeśli ustawodawca w pewnym zakresie dopuszcza używanie skrótów firm osób prawnych, nie ma przesłanek, aby wykluczał to w odniesieniu do spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej. Przedsiębiorca, posługując się obraną przez siebie firmą, ma zatem możliwość przyjęcia – obok brzmienia pełnego, określonego w umowie spółki i dokumentach rejestrowych – firmy w brzmieniu (bądź brzmieniach) skróconym, które będzie stosowane w czynnościach wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej, również w sytuacji uczestnictwa w spółce komandytowej bądź spółce komandytowo-akcyjnej. Uznanie, że oznaczenie „sp. z o.o." ma

[27] Pomimo przewidzianego w tym przepisie obowiązku obecne przepisy prawa nie przewidują możliwości rejestracji skróconego brzmienia firmy, jakim posługuje się przedsiębiorca.

[28] J. Bieniak [*et al.*], *op. cit.*, s. 534.

charakter niższego rzędu niż „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością", a tym samym uznanie, że skrócone oznaczenie formy prawnej jako obligatoryjnego dodatku do firmy posiada w systemie prawnym mniejszy walor niż sformułowanie „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością", gdy tymczasem art. 160 § 2 k.s.h. (a w odniesieniu do spółki akcyjnej – art. 305 § 2 k.s.h.) ustanawiają równorzędność obu powyższych sformułowań i w żadnym zakresie nie ograniczają przedsiębiorcy w posługiwaniu się w obrocie gospodarczym i prawnym skrótem „sp. z o.o." („S.A."). Brak zatem podstaw prawnych do interpretacji, że pełna firma spółki to firma obejmująca pełną nazwę formy prawnej, a firma obejmująca skrót „sp. z o.o." („S.A.") to firma niepełna. Oba warianty powinny zatem posiadać taką samą wartość w obrocie gospodarczym, w szczególności gdy nie naruszają zasad prawa firmowego i szczególnych regulacji prawa spółek.

Wielość komplementariuszy będących osobami prawnymi lub jednostkami organizacyjnymi bez osobowości prawnej

Należy zarysować również sytuację gdy w spółce komandytowej lub spółce komandytowo-akcyjnej występuje kilku komplementariuszy będących osobami prawnymi. Na temat obowiązku ujawnienia w firmie spółki nazw wszystkich komplementariuszy w takim przypadku również toczyła się długa dyskusja[29]. Autorka artykułu przychyla się do stanowiska J. Naworskiego, który zauważył, że zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w przepisach art. 104 i 127 k.s.h. wystarczy wskazanie w firmie firmy tylko jednego komplementariusza – osoby prawnej. Sprowadzając ten problem do językowej analizy przepisu, J. Naworski zwraca uwagę na celowe użycie przez ustawodawcę w art. 104 § 3 i art. 127 k.s.h. liczby pojedynczej, a nie mnogiej, co – jego zdaniem – przesądza o braku konieczności zamieszczenia w firmie spółki nazw lub firm wszystkich komplementariuszy będących osobami prawnymi.

W przypadku jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej (np. spółek osobowych) problem ten sięga dalej. Pojawiały się bowiem głosy kwestionujące w ogóle możliwość przystąpienia spółki osobowej do innej takiej spółki[30]. Obecnie jednak nie budzi wątpliwości, że spółki osobowe mogą uczestniczyć w charakterze komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej[31]. Zdaniem J. Naworskiego **nie mają do nich jednak odpowiedniego zastosowania przepisy art. 104 § 3 i art. 127 k.s.h. –** nie muszą być one ujawniane w firmie spółki (chyba że są

[29] Zob. J. Naworski, *op. cit.*, s. 250.

[30] A. Szumański [w:] S. Sołtysiński [*et al.*], *Kodeks spółek handlowych. Tom 1: Komentarz do art. 1-150*, Warszawa 2006, s. 838.

[31] Zob. J. Naworski, *op. cit.*, s. 253.

jedynym komplementariuszem spółki), a zastosowanie do nich ma ogólna reguła wynikająca z § 1 każdej z powyższych regulacji.

Osoba prawna i jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej jako wspólnik spółki jawnej

W przeciwieństwie do szczegółowej i – w zamierzeniu ustawodawcy[32] – precyzyjnej regulacji firmy spółki komandytowej i spółki komandytowo-akcyjnej, art. 24 k.s.h. stanowi, że firma spółki jawnej powinna zawierać nazwisko lub firmę (nazwę) jednego, kilku bądź wszystkich wspólników (w całkowicie dowolnej konfiguracji), niezależnie od tego, czy są to osoby fizyczne, osoby prawne lub podmioty innego typu – bez wskazania dokładniejszych reguł odnośnie tego, w jakim brzmieniu firma wspólnika ma zostać ujęta. Upraszcza to problematykę skracania firmy spółki, a zarazem ją komplikuje.

Podwaliny pod dyskusję na ten temat położyła wspomniana uchwała pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 1994 r., sygn. akt III CZP 95/94[33]. Sąd Najwyższy dość nieoczekiwanie zajął się tematyką dopuszczalności skracania firmy spółki jawnej na gruncie obowiązującego wtedy przepisu art. 28 § 1 i 2 Kodeksu handlowego[34]. Efektem była uchwała stanowiąca, że „jeżeli wspólnikiem spółki jawnej jest inna spółka i jej firma ma być zamieszczona w firmie spółki jawnej, może być ona skrócona, ale w sposób nie naruszający zasad ustalania i rejestracji firmy". Sąd Najwyższy oddał tym samym głos fundamentalnym zasadom prawa firmowego – prawdziwości (jasności), jedności oraz jawności. Wspólnicy mają zatem dość szerokie możliwości formułowania skrótów mieszczących się w ramach powyższych zasad. Na tym gruncie została wypracowana reguła, że uproszczona firma powinna nawiązywać wprost do jej pełnego brzmienia, pomiędzy obiema formami powinien istnieć bezpośredni związek, co oznacza równocześnie „zakaz tworzenia uproszczonej odmiany firmy poprzez usuwanie lub skracanie tych jej elementów, które stanowią korpus o charakterze osobowym lub fantazyjnym". Z powyższej uchwały wynika, że oznaczenie formy prawnej wspólnika spółki jawnej nie wchodzi w skład tego bezwzględnie trwałego i niezmiennego rdzenia firmy. Sąd Najwyższy wyszedł od rozważań dotyczących możliwości odpowiedniego stosowania art. 28 k.h. w stosunku do osób prawnych, ściślej – spółek prawa handlowego. W poprzednim stanie prawnym

[32] Czas pokazał, że jest inaczej i przyjęta przez ustawodawcę w obowiązującym brzmieniu regulacja czasem nazywana jest niespójną lub niejasną, a innym razem wręcz „usterką legislacyjną".

[33] OSNC 1995, nr 1, poz. 10.

[34] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz. U. Nr 57, poz. 502 z późn. zm.), dalej: k.h.

regulacja firmy spółki jawnej obejmowała bowiem jedynie sytuacje, w których jedynymi wspólnikami spółki jawnej były osoby fizyczne, dopuszczając użycie nazwiska i pierwszej litery imienia wspólnika w firmie (nie tylko w jej skróconej formie na potrzeby obrotu, ale w formie rejestrowej!). Na zasadzie analogii Sąd Najwyższy dopuścił stosowanie przepisu art. 28 § 1 k.h., wskazując, że rdzeń firmy identyfikuje samą spółkę, pełni więc funkcję jak gdyby jej „nazwiska". Jednocześnie Sąd zaznaczył, że zgodnie z art. 29 k.h. firma spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (bo na tym tle została wydana uchwała) może zostać obrana dowolnie, w związku z czym nie można określić sposobu, który miałby zastosowanie do wszystkich przypadków, jaki człon firmy spółki prawa handlowego stanowi „odpowiednik" nazwiska służącego do oznaczenia osoby fizycznej, a jaki mógłby być traktowany jako imię, które art. 28 k.h. pozwala w pewnych wypadkach pominąć, a w innych skrócić do pierwszej litery. Ostatecznie zatem Sąd Najwyższy generalnie dopuścił odpowiednie stosowanie art. 28 § 1 k.h. do spółek prawa handlowego, ale podkreślił zarazem, że konieczne jest rozważenie w każdym konkretnym przypadku, czy skrócona firma wspólnika w pełnej, rejestrowej firmie spółki jawnej jest zgodna z zasadami prawa firmowego. W szczególności chodzi tu o zasadę prawdziwości firmy – skrócenie firmy nie może bowiem obejmować tych jej składników, które są określone w przepisach Kodeksu handlowego jako obligatoryjne, jak oznaczenie rodzaju spółki. Pominięcie tego składnika sprawiłoby, że struktura własności spółki byłaby niejasna, a przez to łatwo mogłaby wprowadzać w błąd osoby trzecie.

Powyższa uchwała została przyjęta pozytywnie również na gruncie obowiązującego obecnie Kodeksu spółek handlowych. Jeżeli zatem wspólnik spółki jawnej będący osobą prawną lub jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej (zgodnie z argumentacją ujętą powyżej), to w świetle art. 24 § 1 k.s.h. nie ma przeszkód do zamieszczenia skróconego oznaczenia jej formy prawnej w firmie spółki jawnej.

Podsumowując, najprościej rzecz ujmując, spółki jawne mają sytuację prostszą – a to z dwóch powodów:

- wspólnicy, inni niż osoby prawne, nie muszą być obowiązkowo ujęci w firmie spółki jawnej, a ostateczny kształt firmy spółki jawnej zależy niemal wyłącznie od jej wspólników;
- nie tylko skrócone brzmienie firmy na potrzeby obrotu, ale również rejestrowa, pełna firma spółki jawnej może obejmować firmy wspólników w formie skróconej, jaką wspólnicy ci samodzielnie posługują się w obrocie – w przeciwieństwie do spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej, w których wykluczone jest formułowanie firmy rejestrowej zawierającej firmę komplementariusza ze

skróconym oznaczeniem jego formy prawnej – jest ono dopuszczalne jedynie w przypadku skrótu firmy spółki na potrzeby obrotu.

Podobnie jak w przypadku spółki komandytowej i spółki komandytowo-akcyjnej, należy pamiętać, że jakkolwiek dopuszczalność i sposób posługiwania się przez spółkę jawną skrótem dodatku obligatoryjnego wynika wprost z treści art. 24 § 2 k.s.h. i nie wymaga uregulowania w umowie spółki, umożliwienie spółce korzystania z innego skrótu wymaga zawarcia w umowie stosownego postanowienia.

Firma osobowej spółki prawa handlowego w świetle prawa podatkowego

Na marginesie należy zwrócić uwagę – z uwzględnieniem odrębności prawa podatkowego jako dziedziny prawa – na przyjmowane w orzecznictwie podatkowym stanowisko. Według niego stosowanie przez spółkę komandytową i spółkę komandytowo-akcyjną w dokumentach księgowych, w tym w szczególności w treści faktur VAT, skróconego brzmienia firmy, obejmującego skrót zarówno formy prawnej spółki, jak i formy prawnej jej komplementariusza, nie stanowi podstawy do wystawiania stosownych not korygujących. Organy podatkowe dopuszczają możliwość przyjęcia w obrocie skrótu firmy spółki stworzonego według wzoru: „X" Sp. z o.o. Sp.k. (ewentualnie „X" S.A. Sp.k.), **pod warunkiem że skrót taki został wskazany przez spółkę w zgłoszeniu rejestracyjnym VAT-R i jest znany organom podatkowym**. Należy zatem uznać, że używanie takiego skrótu przez spółkę w ramach jej funkcjonowania w systemie podatkowym (a tym samym w obrocie gospodarczym) – z zachowaniem wskazanych powyżej warunków – jest dopuszczalne, gdyż nie powoduje błędu lub pomyłki, która skutkowałaby błędną identyfikacją spółki, tym bardziej że w ramach obrotu spółka posługuje się dodatkowymi oznaczeniami identyfikacyjnymi, w szczególności nadanym jej Numerem Identyfikacji Podatkowej (NIP), stosownie do przepisu art. 16 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[35].[36]

[35] Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 672 z późn. zm.

[36] Odnośnie kierunku wykładni przepisów dotyczących formułowania skróconego brzmienia firmy zob. ustawę z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.), ustawę z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1314 z późn. zm.), rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 5 kwietnia 2004 r. w sprawie wzorów dokumentów związanych z rejestracją podatników w zakresie podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 55, poz. 539 z późn. zm.)

Jeszcze dalej idzie praktyka organów zabezpieczenia społecznego, które dopuszczają w odniesieniu do płatników składek ubezpieczenia społecznego posługiwanie się nazwą skróconą, która całkowicie pomija skrócone i pełne oznaczenie formy prawnej, w jakiej działają, gdyż w tym zakresie za dane identyfikacyjne służą nadane spółce numer identyfikacji podatkowej (NIP) i numer w rejestrze podmiotów gospodarki narodowej (REGON), a pomocniczo – numer nadany spółce przez właściwy organ rejestrowy.

Podsumowanie

Tematyka konstruowania firmy spółek osobowych, pomimo swej pozornej prostoty, do dziś wywołuje spore kontrowersje. Jednakże należy spodziewać się, że w świetle najnowszego orzecznictwa i poglądów piśmiennictwa w najbliższych latach praktyka prawa korporacyjnego i linia orzecznicza sądów rejestrowych będą podlegały stopniowemu ujednolicaniu w kierunku pożądanym przez uczestników profesjonalnego obrotu. Dotychczasowa praktyka orzecznicza w kwestii skracania firm spółek osobowych – w zakresie wykraczającym poza literalnie wynikający z właściwych przepisów Kodeksu spółek handlowych – zajmuje w dużej mierze stanowisko negatywne. Motywowani tym przedsiębiorcy co do zasady unikają zawierania umów spółek przewidujących takie postanowienia, co – jak należy podejrzewać – potencjalnie może przekładać się na doświadczane przez nich trudności w codziennej działalności. Wydaje się, że ewolucja stanowiska sędziów orzekających w kierunku bardziej liberalnym na gruncie obecnie obowiązujących przepisów może przyczynić się do poprawy technicznej płynności działalności przedsiębiorców w wybranej przez nich formie bez istotnego zwiększenia ryzyka wprowadzenia w błąd ich obecnych i przyszłych kontrahentów oraz osób trzecich. Drogę do zmian otworzyła już – przywołana w tekście – uchwała pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 1994 r., nieoczekiwanie adresując wprost problem skracania firmy wspólnika spółki jawnej na gruncie art. 28 k.h. Mimo że wydaje się, iż nie odbiła się ona szerokim echem wśród ówczesnych praktyków prawa korporacyjnego, to uzyskała poparcie piśmiennictwa. Jest ona warta uwagi i szczegółowej analizy, gdyż stanowi ważny – a przede wszystkim aktualny – głos w dyskusji nad zagadnieniem podjętym w niniejszym opracowaniu. Należy wierzyć, że większa odwaga i pewność przedsiębiorców w formułowaniu skrótów przyjętych przez nich

oraz indywidualne interpretacje podatkowe w tym zakresie, m.in. interpretacja wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie w dniu 23 stycznia 2013 r., nr IPPP1/443-1257/12-2/MP.

firm w ramach dozwolonych obowiązującymi przepisami prawa przełoży się na bardziej sprawne i zgodne z aktualną rzeczywistością gospodarczą orzecznictwo sądów rejestrowych.

Agnieszka Oleszczuk-Sowa

Szczególne uregulowania prawa upadłościowego odnoszące się do instytucji przelewu i potrącenia w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego

Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze[1] za cel nadrzędny stawia sobie takie ukształtowanie materialnych i proceduralnych instytucji prawa upadłościowego, aby możliwe było zapewnienie zaspokojenia roszczeń wierzycieli upadłego w możliwie jak najwyższym stopniu. Postępowanie upadłościowe zmierza więc do zaspokojenia interesów wszystkich wierzycieli, w związku z czym zasadą będzie zaspokojenie wierzycieli z podziału funduszy masy upadłości, a nie w drodze indywidualnych działań o charakterze egzekucyjnym. Temu zamierzeniu mają służyć również instytucje ograniczające możliwość uprzywilejowania poszczególnych wierzycieli bądź też redukowania odpowiedzialności poszczególnych dłużników upadłego, a w konsekwencji zapobiegające uszczupleniu masy upadłości. Sytuacja zagrożenia niewypłacalnością skłania bowiem nierzadko w praktyce – zarówno samego przedsiębiorcę, którego zagrożenie to dotyczy, jak i jego kontrahentów – do dokonywania transakcji gospodarczych, których partykularne cele stoją nierzadko w opozycji do celu postępowania upadłościowego. W tym kontekście szczególnie istotny charakter mają uregulowania ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze odnoszące się do ograniczeń dopuszczalności potrąceń wierzytelności wzajemnych w stosunku do upadłego, a w szczególności przedstawiania do potrącenia wierzytelności nabytych w drodze przelewu przez dłużników upadłego.

Warto bowiem podkreślić, że potrącenie wzajemnych wierzytelności przez dłużnika i wzajemnego wierzyciela upadłego (w oparciu o art. 498 Kodeksu cywilnego[2]) umożliwia zaspokojenie własnej wierzytelności oraz równoczesną spłatę długu w sposób uprzywilejowany. Porównywane jest

[1] Tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1112 z późn. zm., dalej: p.u.n.

[2] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej: k.c.

ono z egzekucją z wierzytelności[3], gdyż umożliwia uzyskanie skutku zapłaty bez konieczności uwzględniania interesów innych wierzycieli. Jeśli więc potrącenie będzie w danej sytuacji dopuszczalne, wierzyciel wzajemny będzie mógł doprowadzić do uszczuplenia majątku upadłego (swojego dłużnika) w oparciu o samo jednostronne oświadczenie woli, a więc bez konieczności uczestniczenia w podziale funduszy masy upadłości.

Szczególne uregulowania odnoszą się do wierzycieli, wobec których dłużnik (upadły) nie zaciągał bezpośrednio zobowiązań, lecz stał się ich dłużnikiem na skutek nabycia wierzytelności w stosunku do niego w drodze przelewu wierzytelności lub indosu. W praktyce liczba tego rodzaju wierzycieli – cesjonariuszy dłużnika, który utracił płynność finansową bądź zaciągnął zobowiązania przenoszące wartość posiadanego majątku, może wzrastać w miarę pogarszania się sytuacji finansowej przedsiębiorcy zagrożonego niewypłacalnością. Szansa na uzyskanie pełnego zaspokojenia w takiej sytuacji maleje, a to z kolei skłania w praktyce do rozwoju rynku „handlu wierzytelnościami" w stosunku do upadłego, po znacznie zaniżonych cenach. Nierzadko nawet banki, w stosunku do wierzytelności zakwalifikowanych jako „stracone", biorą udział w tego rodzaju transakcjach, wyzbywając się swoich wierzytelności wobec upadłego z tytułu udzielonych mu kredytów czy pożyczek. Ustawa – Prawo upadłościowe i naprawcze niewątpliwie osłabia jednak pozycję takich wierzycieli (cesjonariuszy), zakładając niejako, że nabycie wierzytelności, zwłaszcza na przedpolu upadłości, mogło służyć faktycznie celom sprzecznym z nadrzędnym celem postępowania upadłościowego, tj. zaspokojeniem wszystkich wierzycieli w jak najwyższym stopniu.

Wskazane wyżej szczególne znaczenie instytucji potrącenia, a także transakcji przenoszenia wierzytelności (zwłaszcza na tzw. przedpolu upadłości), w praktyce obrotu, sprawia, że są one przedmiotem szczególnych, rygorystycznych uregulowań ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze. Widoczna jest przy tym w praktyce tendencja do zaostrzania rygorów przewidzianych w przepisach w drodze ich celowościowej wykładni kształtowanej w orzecznictwie sądowym. Poniżej zaprezentowano wybrane aspekty prawne tych instytucji, które – na gruncie prawa upadłościowego – nadal budzą kontrowersje i spory w orzecznictwie sądowym.

[3] Por. m.in. P. Bieżuński, *Potrącenie w prawie upadłościowym i naprawczym. Komentarz praktyczny*, LEX nr 135602.

Modyfikacja dopuszczalnego zakresu potrącenia wierzytelności nabytych w drodze przelewu na gruncie prawa upadłościowego

Jednym z bezpośrednich skutków ogłoszenia upadłości jest modyfikacja zasad potrącania wzajemnych wierzytelności przysługujących dłużnikom w stosunku do upadłego. Ustawa – Prawo upadłościowe i naprawcze zawiera więc uregulowania modyfikujące ogólne przesłanki potrącenia zawarte w Kodeksie cywilnym. Na gruncie art. 498 i nast. k.c. przyjmuje się, że – z zastrzeżeniem ograniczeń i wyjątków przewidzianych w przepisach Kodeksu cywilnego i przepisach szczególnych – do potrącenia mogą być przedstawiane wzajemne, wymagalne i jednorodzajowe wierzytelności, które mogą być dochodzone na drodze sądowej. Przepisy ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze uzupełniają i modyfikują te wymogi, dążąc do równoważenia interesu wierzyciela uprawnionego do korzystania z egzekucyjnej (windykacyjnej) funkcji potrącenia, jak również charakteru oraz celu postępowania upadłościowego, służącego ochronie zasady równości wierzycieli. Jak słusznie podkreśla P. Zimmerman[4], w sytuacji gdy możliwe jest przenoszenie wierzytelności wobec upadłego, dopuszczenie możliwości przedstawiania takich wierzytelności do potrącenia bez jakichkolwiek ograniczeń, mogłoby skutkować masowym obrotem wierzytelnościami celem uniknięcia spłaty zadłużenia w stosunku do upadłego i uzyskania zaspokojenia z pominięciem pozostałych wierzycieli.

W razie ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu ograniczenia dotyczące potrącenia związane są zasadniczo z zaciągnięciem długu albo nabyciem wierzytelności w stosunku do upadłego w okresie po ogłoszeniu upadłości. Ustawa – Prawo upadłościowe i naprawcze nie ogranicza natomiast dokonywania przez dłużnika upadłego potrącenia wierzytelności wzajemnych, jeśli zarówno zaciągnięcie zobowiązania, jak i nabycie wierzytelności nastąpiło przed dniem ogłoszenia upadłości. Ograniczenia nie dotyczą też skuteczności oświadczenia w przedmiocie potrącenia składanego przed otwarciem postępowania upadłościowego. Zasada ta dotyczy w równym stopniu wierzytelności objętych z mocy prawa układem, jak i wierzytelności wyłączonych z układu. W tym zakresie ustawa – Prawo upadłościowe i naprawcze nie różnicuje też pozycji wierzycieli wzajemnych, którzy byli stroną bezpośrednich stosunków prawnych z upadłym, a także podmiotów, które nabyły wierzytelności w drodze czynności prawnych, takich jak przelew lub indos, dokonanych na przedpolu upadłości. Cesja lub indos, na skutek których dłużnik upadłego nabędzie wierzytel-

[4] Tak P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, 2012, Legalis, komentarz do art. 94 p.u.n.

ność wzajemną (art. 89 ust. 1 p.u.n.), wykluczać będzie jednak możliwość przedstawienia jej do potrącenia w toku postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu[5], w przypadku gdy czynności te miały miejsce po ogłoszeniu upadłości.

Odmienne regulacje dotyczą upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego. W tym przypadku ustawa – Prawo upadłościowe i naprawcze wprowadza ogólną zasadę, zgodnie z którą potrącenie wzajemnych wierzytelności będzie dopuszczalne wówczas, gdy obie wzajemne wierzytelności istniały w dniu ogłoszenia upadłości, choćby nie nadszedł termin wymagalności jednej z nich (art. 93 p.u.n.). Jednakże, na gruncie art. 94 ust. 1 p.u.n., potrącenie jest niedopuszczalne, jeżeli wierzytelność w stosunku do upadłego została nabyta w drodze przelewu lub indosu po ogłoszeniu upadłości albo w ciągu roku przed ogłoszeniem upadłości, przy czym w chwili zawierania takiej transakcji dłużnik nabywający wzajemną wierzytelność miał świadomość istnienia podstaw do ogłoszenia upadłości (art. 94 ust. 1 p.u.n.). Jeśli więc, wiedząc o stanie niewypłacalności, dłużnik upadłego nabywa w stosunku do niego wzajemne wierzytelności na tzw. przedpolu upadłości lub w trakcie toczącego się postępowania upadłościowego, będzie musiał liczyć się z koniecznością zapłaty swego długu i dochodzenia przysługującej mu wierzytelności na ogólnych zasadach właściwych dla pozostałych wierzycieli upadłego[6]. Chociaż więc sam przelew lub indos będzie skuteczny (ustawa – Prawo upadłościowe i naprawcze nie wyklucza obrotu wierzytelnościami w stosunku do upadłego także w toku postępowania upadłościowego), to nie będzie stawiał wierzyciela wzajemnego w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wierzycieli upadłego. Bez znaczenia będzie w tym przypadku okoliczność, że nabycie wierzytelności od innego wierzyciela upadłego nastąpiło za wynagrodzeniem, choćby o charakterze ekwiwalentnym.

[5] Do czasu jego umorzenia lub zakończenia albo zmiany postanowienia o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu na postanowienie o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego.

[6] Z zastrzeżeniem pewnych odmienności wynikających z nabycia wierzytelności w drodze przelewu po ogłoszeniu upadłości, o których mowa w dalszej części niniejszego opracowania.

Ocena skuteczności umorzenia wzajemnych wierzytelności, co do których potrącenie zostało dokonane przed ogłoszeniem upadłości

Omawiany wyżej przepis art. 94 ust. 1 p.u.n. nie przesądza jednak wprost, czy wprowadzone ograniczenie dopuszczalności potrąceń odnosi się wyłącznie do oświadczeń o potrąceniu składanych w toku postępowania upadłościowego (tak jak przykładowo czyni to w sposób wyraźny art. 89 ust. 1 p.u.n., odnoszący się do potrąceń dokonywanych w toku postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu). Kontrowersje budzi więc ocena prawna sytuacji, w których nie tylko sam przelew lub indos wierzytelności miał miejsce w ciągu roku przed ogłoszeniem upadłości, ale także złożenie oświadczenia o potrąceniu, przy czym wierzyciel wzajemny miał również wiedzę o stanie niewypłacalności dłużnika. W takim przypadku bowiem – przyjmując, że potrącenie było skuteczne – wzajemne wierzytelności nie istniałyby w chwili ogłoszenia upadłości, ulegając umorzeniu do wysokości wierzytelności niższej jeszcze na przedpolu upadłości.

Kwestię powyższą rozstrzyga najnowsza uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 4 września 2013 r., sygn. III CZP 26/13[7]. Sąd Najwyższy stwierdził w niej, że takie oświadczenie, chociaż zostało złożone przez dłużnika upadłego przed dniem ogłoszenia upadłości likwidacyjnej, nie może powodować umorzenia wierzytelności. Przedstawiona do potrącenia wierzytelność została bowiem nabyta w drodze przelewu w okresie roku przed dniem ogłoszenia upadłości, przy równoczesnej świadomości istnienia podstaw do ogłoszenia upadłości, a więc w warunkach wskazanych w art. 94 ust. 1 p.u.n. Przyjmując taki kierunek wykładni, należałoby więc stwierdzić, że wierzyciel wzajemny, który dokonał potrącenia w takich okolicznościach, nie będzie mógł skutecznie powoływać się na umorzenie wzajemnych wierzytelności i w konsekwencji nie będzie zwolniony z odpowiedzialności z tytułu zaciągniętego w stosunku do upadłego zobowiązania. Uzasadnienie wskazanej uchwały nie zostało jeszcze opublikowane, tym niemniej podobne rozstrzygnięcie Sąd Najwyższy zawarł między innymi we wcześniejszej uchwale wydanej w składzie trzech sędziów z dnia 21 sierpnia 2003 r., sygn. III CZP 48/03[8]. Wprawdzie uchwała ta została wydana na gruncie art. 35 § 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe[9], jednak przepis ten wprowadzał ograniczenia dopuszczalności potrąceń analogiczne do aktualnie obowiązującego art. 94 ust. 1 p.u.n., a więc rozważania w niej zawar-

[7] Biul. SN 2013, nr 9, s. 5; Biul. SN Izba Cywilna 2013, nr 10, s. 3.
[8] Biul. SN 2003, nr 4, s. 8.
[9] Tekst jedn.: Dz. U. z 1991 r. Nr 118, poz. 512 z późn. zm.

te mogą okazać się aktualne także na gruncie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 4 września 2013 r.

Powołana uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2003 r. zapadła na gruncie rozstrzygania sprawy o zapłatę wytoczonej przez syndyka masy upadłości wobec dłużnika upadłego, który nabył w drodze przelewu wzajemne wierzytelności w stosunku do własnego wierzyciela i przedstawił je w całości do potrącenia na kilka miesięcy przed ogłoszeniem upadłości, niewątpliwie zdając sobie przy tym sprawę z trudnej sytuacji finansowej swojego kontrahenta. Zarówno sąd pierwszej, jak i drugiej instancji przyjął, że art. 94 ust. 1 p.u.n., na który powoływał się syndyk, nie może znaleźć w sprawie tej zastosowania z uwagi na fakt, iż nie odnosi się on do oświadczeń o potrąceniu złożonych przed ogłoszeniem upadłości. Sąd Najwyższy nie podzielił jednak stanowiska sądów orzekających w sprawie, zwracając uwagę, że ograniczenie zakresu zastosowania art. 94 ust. 1 p.u.n. wyłącznie do oświadczeń o potrąceniu składanych w toku postępowania upadłościowego zaprzeczałoby *ratio legis* tego przepisu. Stanowi on bowiem element systemu ochrony wierzycieli upadłego przed nierównym traktowaniem i ma ich zabezpieczać przeciwko nadużyciom zmierzającym do uszczuplenia masy upadłości. W przekonaniu Sądu Najwyższego, dopuszczenie możliwości umorzenia wzajemnych wierzytelności dłużnika i upadłego w wyniku oświadczenia dłużnika złożonego przed ogłoszeniem upadłości w warunkach przewidzianych w art. 35 § 1 rozporządzenia – Prawo upadłościowe (obecnie art. 94 ust. 1 p.u.n.) byłoby równoznaczne z przyjęciem, że przepis ten obejmuje wyłącznie przypadki, gdy „dłużnik nabywający wierzytelność «opóźnił się» ze złożeniem oświadczenia do czasu po ogłoszeniu upadłości”[10]. Przyjęcie takiej interpretacji dopuszczałoby bowiem składanie oświadczeń o potrąceniu bezpośrednio po dokonaniu przelewu wierzytelności (w ciągu roku przed ogłoszeniem upadłości), przy równoczesnej pełnej świadomości stanu niewypłacalności dłużnika. Biorąc zaś pod uwagę funkcję postępowania upadłościowego i interes wierzycieli, „jest bez znaczenia, kiedy dłużnik zrealizował potrącenie. Istotne jest, że stał się wierzycielem wzajemnym upadłego w drodze cesji w czasie, gdy wiadomo było, że istnieje podstawa do ogłoszenia upadłości; w tym tkwi domniemanie działania w celu uzyskania lepszej pozycji wierzyciela i zubożenia masy upadłości”[11]. Zdaniem Sądu Najwyższego taka interpretacja jest zgodna z celem omawianego przepisu, zapobiegając spekulacyjnemu obrotowi wierzytelnościami po znacznie obniżonych cenach i uwalnianiu się przy ich użyciu z zobowiązań wobec upadłego przez jego dłużników, co odbywałoby się kosztem

[10] Uchwała SN w składzie trzech sędziów z dnia 21 sierpnia 2003 r., sygn. akt III CZP 48/03, Biul. SN 2003, nr 4, s. 8.

[11] *Ibidem*.

uszczuplenia masy upadłości. Taki kierunek wykładni zmierza więc do zapobiegania działaniom na szkodę wierzycieli.

Interpretując omawiany zakaz w oderwaniu od ogólnej zasady przyjmującej dopuszczalność potrąceń wzajemnych wierzytelności istniejących w dniu ogłoszenia upadłości (przyjętej w obecnie obowiązującym art. 93 ust. 1 p.u.n.), Sąd Najwyższy wskazał również, że art. 94 ust. 1 p.u.n. stanowi odrębną, samoistną przesłankę negatywną dopuszczalności potrącenia. Konsekwencją przyjęcia takiego stanowiska będzie więc uznanie, że wierzytelność nabyta w warunkach opisanych w tym przepisie ma charakter niepotrącalny, niejako pod warunkiem ogłoszenia upadłości likwidacyjnej dłużnika w terminie roku od dokonania przelewu i potrącenia wzajemnych wierzytelności.

Wyżej przedstawione założenia ochronne wywodzone z omawianej regulacji, podkreślające w szczególności potrzebę zapobiegania działaniom o charakterze spekulacyjnym podejmowanym na przedpolu upadłości i ochrony zasady równości wierzycieli w postępowaniu upadłościowym, są niewątpliwie istotne i z pewnością znajdą odbicie także w uzasadnieniu wspomnianej najnowszej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 4 września 2013 r. Tym niemniej wydaje się, że jest to interpretacja daleko idąca i w sposób istotny wykraczająca poza literalne brzmienie przepisu art. 94 ust. 1 p.u.n., co może budzić istotne wątpliwości co do dopuszczalności tego rodzaju zabiegów interpretacyjnych.

W szczególności warto podkreślić, że kierunek wykładni przyjęty w przywołanej powyżej uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2003 r. był przedmiotem krytyki wielu przedstawicieli doktryny prawniczej[12], a stanowisko odmienne zajmował również w licznych wyrokach sam Sąd Najwyższy. W szczególności za niedopuszczalnością stosowania art. 94 ust. 1 p.u.n. (w poprzednim stanie prawnym odpowiednio art. 35 § 1 rozporządzenia – Prawo upadłościowe) Sąd Najwyższy opowiedział się w szczególności w wyrokach: z dnia 15 grudnia 1994 r., sygn. akt I CRN 149/94[13]; z dnia 6 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 424/07[14]; z dnia 25 marca 2009 r., sygn. akt V CSK 19/09[15]. Warto przytoczyć kluczowe argumenty podnoszone w tym względzie zarówno w orzecznictwie, jak w piśmiennictwie prawniczym.

Istotne znaczenie zdają się mieć w szczególności argumenty o charakterze systemowym. Niewątpliwie przepis art. 94 ust. 1 p.u.n. zawarty jest

---

[12] P. Zimmerman, *op. cit.*, komentarz do art. 94 p.u.n.; R. Adamus, *Upadłość a potrącenie. Komentarz*, 2010, Legalis, komentarz do art. 94 p.u.n.; K. Osajda, *Prawo upadłościowe i naprawcze w orzecznictwie Sądu Najwyższego w 2008 r., cz. I*, LEX nr 99312.

[13] Legalis.

[14] Legalis.

[15] Legalis.

w ramach przepisów regulujących „skutki ogłoszenia upadłości co do zobowiązań upadłego w razie ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego" (oddział 3). Okoliczność ta powinna być brana pod uwagę przy interpretacji omawianego przepisu, przy czym mogłoby to prowadzić do konkluzji, że znajdzie on zastosowanie wyłącznie do zobowiązań istniejących w chwili ogłoszenia upadłości. Sugeruje to także sformułowanie przepisu art. 94 ust. 1 p.u.n. („potrącenie nie jest dopuszczalne") jako odnoszące się do potrąceń dokonywanych na przyszłość, od chwili ogłoszenia upadłości.

Wydaje się też, że punktem wyjścia dla analizy przepisów wyłączających dopuszczalność potrącenia powinien być jednak ogólny przepis ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze wskazujący, w jakich okolicznościach potrącenie byłoby dopuszczalne. Takim przepisem jest z kolei co do zasady art. 93 ust. 1 p.u.n., dopuszczający potrącenie wierzytelności wzajemnych istniejących w chwili ogłoszenia upadłości. Tymczasem „jeżeli przed ogłoszeniem upadłości dokonano skutecznego w świetle art. 498-505 k.c. potrącenia wierzytelności wierzyciela z wierzytelnością upadłego, to obie wierzytelności w chwili ogłoszenia upadłości nie istnieją"[16], a w konsekwencji nie powinny odnosić się do nich ani przesłanki dopuszczalności potrącenia (art. 93 ust. 1 p.u.n.), ani przesłanki decydujące o jego niedopuszczalności (art. 94 ust. 1 p.u.n.)[17].

W wyroku z dnia 6 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 424/07, Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na okoliczność, że przepis art. 94 ust. 1 p.u.n. nie reguluje wprost konstrukcji warunkowej skuteczności czy też zawieszonej ważności potrącenia dokonywanego przed ogłoszeniem upadłości, a nawet w znacznym oderwaniu czasowym od ogłoszenia upadłości. Na gruncie wykładni przyjmującej niedopuszczalność dokonywania potrąceń także przed ogłoszeniem upadłości, nie sposób jednakże przesądzić, czy skutek umorzenia wierzytelności byłby zawieszony do czasu ogłoszenia upadłości, czy może dopiero ogłoszenie upadłości powodowałoby skutek w postaci „uchylenia" skutków dokonanego wcześniej skutecznego umorzenia wierzytelności. Co więcej, art. 94 ust. 1 p.u.n. odnosi się wyłącznie do upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika. W konsekwencji w razie gdyby w ciągu roku od dokonania przelewu i złożenia oświadczenia o potrąceniu w warunkach objętych tą regulacją doszło do ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu, należałoby przyjąć, że umorzenie wierzytelności było skuteczne pomimo wiedzy nabywcy wierzytelności o podstawach do ogłoszenia upadłości. Jak wskazano powyżej

[16] Wyrok SN z dnia 15 grudnia 1994 r., sygn. akt I CRN 149/94, Legalis; wyrok SN z dnia 25 marca 2009 r., sygn. akt V CSK 19/09, Legalis.

[17] Wyrok SN z dnia 15 grudnia 1994 r., sygn. akt I CRN 149/94, Legalis; wyrok SN z dnia 6 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 424/07, Legalis.

w przypadku upadłości z możliwością zawarcia układu nie wprowadzono bowiem analogicznych ograniczeń dla dokonywania potrąceń wierzytelności wzajemnych nabytych przed ogłoszeniem upadłości (jak też dla składania oświadczeń o potrąceniu jeszcze na przedpolu upadłości). Podobnie należałoby przyjąć w przypadku oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości, także z uwagi na brak majątku wystarczającego na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. Uznanie więc, że art. 94 ust. 1 p.u.n. znajdzie zastosowanie także do oświadczeń składanych na przedpolu upadłości powoduje powstanie – istotnie rozciągniętego w czasie – stanu niepewności, w którym niejasna byłaby ocena, czy nadal mamy do czynienia z wierzytelnością istniejącą, ze wszelkimi wiążącymi się z tym konsekwencjami, w tym także podatkowymi, czy wierzytelność ta została (warunkowo, czasowo) umorzona. Przy czym, jak się wydaje, przedsiębiorca zagrożony upadłością nie mógłby jednak równocześnie, w okresie przed ogłoszeniem upadłości, skutecznie stawiać swojemu wierzycielowi wzajemnemu zarzutu nieskuteczności jego oświadczenia o potrąceniu w oparciu o art. 94 ust. 1 p.u.n., na przykład celem dochodzenia od niego spełnienia świadczenia, na co wskazał w szczególności R. Adamus[18]. Jak słusznie zwrócił uwagę K. Osajda[19], możliwość wywodzenia sankcji bezskuteczności bądź sankcji ważności zawieszonej w drodze wykładni celowościowej przepisu art. 94 ust. 1 p.u.n., bez oparcia w literalnym brzmieniu tego przepisu, może budzić więc istotne wątpliwości prawne; w ocenie tego komentatora jest to zabieg niedopuszczalny.

Wskazane wyżej argumenty powodują, że wykładnia przyjęta przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 4 września 2013 r. może budzić kontrowersje, chociaż – przy założeniu zbieżności argumentacji z wcześniejszą uchwałą z dnia 21 sierpnia 2003 r. – niewątpliwie zmierza ona do wzmocnienia instrumentów realizacji zasadniczego celu postępowania upadłościowego. Niezależnie jednak od sygnalizowanych wątpliwości, uchwała ta – wydana w składzie siedmiu sędziów – będzie mieć niewątpliwie istotne znaczenie w praktyce. Opowiedzenie się za tym kierunkiem wykładni może skutkować w szczególności licznymi postępowaniami wytaczanymi przez syndyków dochodzących wierzytelności upadłego w stosunku do jego wierzycieli, którzy dokonali potrącenia przed ogłoszeniem upadłości w warunkach wskazanych w art. 94 ust. 1 p.u.n. W konsekwencji podmioty te mogą być zobowiązane do spełniania nieskutecznie umorzonych (w drodze potrącenia) zobowiązań wobec upadłego. Równocześnie też przysługujące im wierzytelności nabyte w drodze przelewu nie będą korzystać z uprzywilejowanych form zaspokojenia w postępowaniu upadłościowym. Wydaje się jednak, że zasada pewności prawa wymaga, aby tego rodzaju konse-

[18] Tak R. Adamus, *op. cit.*, komentarz do art. 94 p.u.n.

[19] K. Osajda, *op. cit.*

kwencje prawne były oparte na wyraźnym przepisie ustawy, a więc przyjęcie tego rodzaju rozwiązania w drodze wykładni przepisów, bez odpowiednich zmian ustawodawczych, może budzić wątpliwości. Jak zauważa się również w piśmiennictwie prawniczym, jakkolwiek wykładnia celowościowa ma istotne znaczenie zwłaszcza na gruncie przepisów ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, tym niemniej wyniki jej przeprowadzenia powinny mieścić się w granicach przepisów prawa nakreślonych przez ustawę. Nie powinna więc zasadniczo prowadzić do ukształtowania dodatkowych ograniczeń i sankcji, w tym sankcji bezskuteczności lub zawieszonej ważności czynności prawnej, w sytuacjach nieprzewidzianych przez przepisy prawa. Przyjęty przez Sąd Najwyższy kierunek wykładni art. 94 ust. 1 p.u.n. w opinii wielu komentatorów wykracza poza te granice. W praktyce może też rodzić stan niepewności prawnej co do skuteczności czynności zdziałanych w znacznym czasowym oderwaniu od ogłoszenia upadłości, chociaż, jak sygnalizowano, skutek taki nie został wprost przewidziany przez ustawodawcę.

Nabycie wierzytelności wobec upadłego na skutek przelewu dokonanego po ogłoszeniu upadłości

Tak jak sygnalizowano powyżej, na gruncie przepisów ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, pozycja wierzyciela, który nabył wierzytelność w stosunku do upadłego w drodze przelewu lub indosu jest osłabiona, co ma w szczególności zapobiegać potencjalnym nadużyciom związanym z obrotem wierzytelnościami. Niewątpliwie zarówno w przypadku upadłości z możliwością zawarcia układu, jak i w przypadku upadłości obejmującej likwidację majątku, przedstawienie takiej wierzytelności do potrącenia po ogłoszeniu upadłości nie jest dopuszczalne[20].

W szczególności pogorszenie pozycji takiego wierzyciela na gruncie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze związane jest z nabyciem wierzytelności już po ogłoszeniu upadłości, co wpływa nie tylko na sygnalizowane wyżej ograniczenie dopuszczalności potrąceń. W razie ogłoszenia upadłości układowej, wierzyciel taki pozbawiony będzie co do zasady prawa głosu na zgromadzeniu wierzycieli (art. 197 ust. 1 p.u.n.), chyba że przejście wierzytelności nastąpiłoby wskutek spłacenia przez niego długu, za który odpowiadał osobiście albo określonymi przedmiotami mająt-

[20] Z zastrzeżeniem wyjątków dotyczących nabycia wierzytelności na skutek wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela, jeśli dłużnik upadłego spłacający jego dług odpowiadał za niego osobiście bądź pewnymi przedmiotami majątkowymi (art. 89 ust. 3 p.u.n. i art. 94 ust. 2 p.u.n.).

kowymi, ze stosunku prawnego powstałego przed ogłoszeniem upadłości. Z kolei w przypadku upadłości obejmującej likwidację majątku bądź w razie zawarcia układu likwidacyjnego (art. 271 p.u.n.), wierzyciel taki byłby zaspokajany w kategorii trzeciej, chyba że podlegałby zaspokojeniu w kategorii czwartej (art. 342 ust. 2 p.u.n.)[21]. Ustawa nie przesądza jednak wyraźnie, czy modyfikacja kolejności zaspokajania wierzytelności odnosi się również do przypadku wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo. Można spotkać się z poglądami[22] wskazującymi, że nabyte w drodze przelewu po ogłoszeniu upadłości wierzytelności zabezpieczone rzeczowo (np. hipotecznie), nie będą korzystać z uprzywilejowania w zaspokojeniu z przedmiotu zabezpieczenia. Wydaje się jednak, że na chwilę obecną brak wyraźnej podstawy prawnej dla formułowania tak daleko idących konsekwencji prawnych. Wedle innego poglądu, utrata uprzywilejowania w takim przypadku dotyczyć może wyłącznie tej części przelanej wierzytelności, która pozostanie niezaspokojona po przeprowadzeniu likwidacji przedmiotu zabezpieczenia[23].

Istotne konsekwencje związane z nabyciem wierzytelności po ogłoszeniu upadłości mogą nastąpić w szczególnych przypadkach także w sytuacji zawarcia samej umowy przelewu wierzytelności jeszcze przed ogłoszeniem upadłości. Może to przykładowo dotyczyć wierzytelności zabezpieczonych hipotecznie. W takim przypadku bowiem obok zawarcia samej umowy cesji (co najmniej w formie pisemnej z notarialnie poświadczonymi podpisami), konieczne jest dokonanie zmiany wpisów we wszystkich księgach wieczystych, w których wpisane są hipoteki (w tym hipoteki łączne) zabezpieczające przelewaną wierzytelność. Dopiero z chwilą wpisu w księgach wieczystych (w ostatniej z ksiąg wieczystych, na których zabezpieczona jest wierzytelność) dojdzie bowiem do przejścia wierzytelności, a wraz z nią hipotek zabezpieczających tę wierzytelność[24]. Przy czym co do zasady ogło-

---

[21] Przy czym w ocenie niektórych komentatorów przepis art. 342 ust. 2 p.u.n. nie powoduje również pogorszenia pozycji wierzytelności nabytych w drodze subrogacji – tak m.in. S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2011, Legalis, komentarz do art. 342 p.u.n.

[22] Na stanowisku, że przepis art. 342 ust. 2 p.u.n. powoduje również degradację wierzytelności zabezpieczonych hipotecznie, które nie korzystają już z uprzywilejowanego zaspokojenia także z przedmiotu hipoteki stoi m.in. Z. Świeboda, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Lex Polonica; odmiennie S. Gurgul, *op. cit.*, komentarz do art. 342 p.u.n.

[23] „Dokonanie po ogłoszeniu upadłości przelewu wierzytelności zabezpieczonych hipoteką lub zastawem nie może pogorszyć statusu tych wierzytelności, ponieważ są one zaspokajane według odrębnych reguł" – S. Gurgul, *op. cit.*, komentarz do art. 342 p.u.n.

[24] Tak art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 707 z późn. zm.), dalej: u.k.w.h.; zob. postanowienie SN z dnia 17 listopada 2011 r., sygn. akt IV CSK 74/11, Legalis.

szenie upadłości nie powinno mieć wpływu na toczące się postępowanie przed sądami wieczystoksięgowymi w przedmiocie wpisu nabywcy wierzytelności jako wierzyciela hipotecznego do ksiąg wieczystych. Postępowanie w sprawie wpisu zmiany wierzyciela hipotecznego nie dotyczy bowiem masy upadłości, lecz długu upadłego, a pasywa nie wchodzą do masy upadłości[25]. Wydaje się więc, że sam wpis zmiany wierzyciela hipotecznego w księgach wieczystych będzie mógł być dokonany w toku postępowania upadłościowego[26]. Również zakaz obciążania nieruchomości wchodzących w skład masy upadłości nie stoi na przeszkodzie takiemu wpisowi, gdyż zakaz ten nie dotyczy zmian wpisów dotyczących obciążeń już istniejących, w tym przelewu wierzytelności hipotecznej[27]. Wpis w księdze wieczystej ma z kolei co do zasady moc wsteczną do momentu złożenia wniosku o wpis, a zasada ta dotyczy także wpisów konstytutywnych (powodujących nabycie prawa)[28]. Taki charakter wpisu będzie w szczególności związany ze zmianą wierzyciela z tytułu wierzytelności hipotecznej. Tym niemniej, chociaż brak w tym zakresie wyraźnego przepisu o charakterze szczególnym, możliwe jest także przyjęcie, że jeśli wpis w księdze wieczystej związany z przelewem wierzytelności hipotecznej nastąpił po ogłoszeniu upadłości, to również sama wierzytelność hipoteczna została nabyta po tej dacie[29]. Możliwość takiej oceny prawnej wydaje się prawdopodobna zwłaszcza w kontekście aktualnie widocznego w orzecznictwie Sądu Najwyższego kierunku interpretacji przyjmującego, że instytucje prawa cywilnego są na gruncie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze modyfikowane stosownie do charakteru i celu postępowania upadłościowego. Przykładowo, na gruncie art. 81 p.u.n., Sąd Najwyższy przyjmuje, że zasada mocy wstecznej wpisu w księdze wieczystej nie działa przy ocenie momentu obciążenia nieruchomości upadłego w oparciu ten przepis[30].

[25] Tak postanowienie SN z dnia 20 maja 2009 r., sygn. akt I CZ 22/09, Biul. SN 2009, nr 9, s. 11.

[26] Postanowienie SN z dnia 27 stycznia 2005 r., sygn. akt V CK 204/04, Legalis; postanowienie SN z dnia 27 stycznia 2005 r., sygn. akt V CK 201/04, Legalis; postanowienie SN z dnia 21 października 2004 r., sygn. akt V CK 197/04, Legalis.

[27] Tak Z. Świeboda, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Lex Polonica; F. Zedler [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Kraków 2006, s. 236.

[28] Artykuł 29 u.k.w.h. Zob. postanowienie SN z dnia 12 września 2007 r., sygn. akt I CSK 217/2007, Legalis; uchwała SN z dnia 21 maja 2002 r., sygn. akt III CZP 29/02, Biul. SN 2002, nr 5, s. 11.

[29] Tak m.in. postanowienie SN z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. akt V CSK 220/10, Legalis; wyrok SN z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt IV CK 410/05, Biul. SN 2006, nr 5, s. 15; uchwała SN z dnia 18 lutego 1994 r., sygn. akt III CZP 4/94, OSNCP 1994, nr 9, poz. 170.

[30] Tak postanowienie SN z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. akt V CSK 220/10, Legalis; wyrok SN z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt IV CK 410/05, Biul. SN 2006, nr 5, s. 15; uchwała SN z dnia 18 lutego 1994 r., sygn. akt III CZP 4/94, OSNCP 1994, nr 9, poz. 170.

Do nabycia wierzytelności po ogłoszeniu upadłości na podstawie umowy przelewu zawartej przed tą datą, może dojść również w przypadku gdyby przelew obejmował wierzytelności przyszłe, np. wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia z tytułu przyszłych dostaw[31]. Przyjmuje się wprawdzie, że przelew takich wierzytelności jest dopuszczalny[32], jednak wywiera on skutek prawny dopiero z chwilą powstania wierzytelności. W sytuacji więc powstania takich wierzytelności po ogłoszeniu upadłości, należałoby przyjąć, że do przelewu doszło także po tej dacie, co również musiałoby skutkować stosowaniem wskazanych wyżej modyfikacji do oceny pozycji takiego wierzyciela upadłego w postępowaniu upadłościowym.

Uwagi końcowe

Zaprezentowane w niniejszym opracowaniu wybrane aspekty prawne instytucji potrącenia i skutków przelewu na gruncie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze dotyczą niewątpliwie kwestii nierozstrzygniętych w sposób definitywny w orzecznictwie sądowym oraz piśmiennictwie prawniczym. Opisane zagadnienia – w tym związane ze skutkami składania oświadczenia o potrąceniu wzajemnych wierzytelności zarówno w toku postępowania upadłościowego, jak i na jego przedpolu, w związku z nabyciem wierzytelności w drodze przelewu – mają jednak istotne znaczenie dla praktyki obrotu. Regulacje ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze odnoszące się do tych instytucji oraz kształtujące w sposób szczególny pozycję wierzycieli nabywających wierzytelności w drodze przelewu zostały wprowadzone w celu ochrony pozostałych wierzycieli i masy upadłości. Mają więc na celu zapobieganie nadużyciom oraz zapewnienie realizacji zasadniczego celu postępowania upadłościowego, jakim jest jak najpełniejsze zaspokojenie wszystkich wierzycieli upadłego. Jak wskazano powyżej, realizacja wspomnianych założeń może budzić pewne wątpliwości w szczególności na gruncie aktualnego brzmienia przepisu art. 94 ust. 1 p.u.n., na co zwrócił uwagę w swoim orzecznictwie Sąd Najwyższy. Jak sygnalizowano, próbą zapewnienia realizacji tych celów także poza granicami nakreślonymi wprost przez ustawodawcę jest wykładnia celowościowa tego przepisu, której wyrazem jest orzecznictwo Sądu Najwyższego, w tym także ostatnia uchwała z dnia 4 września 2013 r. Tym niemniej sygnalizowany kierunek wykładni może rodzić istotnie rozciągnięty w czasie stan niepewności zarówno po stronie samych

[31] Wyrok SN z dnia 26 września 2003 r., sygn. akt IV CKN 513/01, Legalis.

[32] Wyrok SN z dnia 7 maja 2008 r., sygn. akt II CSK 12/08, Legalis; uchwała SN z dnia 19 września 1997 r., sygn. akt III CZP 45/97, OSNC 1998, nr 2, poz. 22.

wierzycieli, jak i masy upadłości. Wydaje się więc wskazane rozważenie doprecyzowania omawianych instytucji prawnych w drodze stosownych zmian ustawodawczych.

Bohdan Widła

Spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o zasoby podmiotów trzecich

Uzasadnienie wprowadzenia prawa do powoływania się na potencjał podmiotów trzecich

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych[1] przyjmuje generalną zasadę, w myśl której kryteria oceny ofert nie mogą odnosić się do cech wykonawcy (art. 91 ust. 3 p.z.p.)[2]. Selekcja wykonawców z punktu widzenia ich właściwości podmiotowych dokonywana jest na wcześniejszym[3] etapie postępowania – przy weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Warunki te dotyczą:

- posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności – jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,
- posiadania wiedzy i doświadczenia,
- dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym,
- osób zdolnych do wykonania zamówienia,
- sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 22 ust. 1 p.z.p.).

[1] Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm., dalej: p.z.p.

[2] Nie dotyczy to tzw. usług o charakterze nieprioritetowym, o których mowa w art. 5 ust. 1 p.z.p.

[3] Jest to etap wcześniejszy „konstrukcyjnie" w tym sensie, że brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu generalnie oznacza, że oferta nie podlega ocenie merytorycznej. W przypadku postępowań wieloetapowych, takich jak przetarg ograniczony, jest to także etap wcześniejszy chronologicznie, ponieważ następuje w trakcie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie ofert.

Warunki i opis sposobu oceny ich spełnienia są konkretyzowane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 22 ust. 4 p.z.p.).

Z punktu widzenia wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, metodą ich spełnienia było najczęściej wzięcie udziału w postępowaniu wspólnie z innym wykonawcą w ramach konsorcjum. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą połączyć swoje potencjały, co w pewnym uproszczeniu pozwala na ich „zsumowanie"[4]. Ten model nie zawsze jest atrakcyjny dla przedsiębiorców. Ubiegając się o zamówienie wspólnie z innym podmiotem, wykonawca przyjmuje solidarną odpowiedzialność za wykonanie całego zamówienia, bez względu na wewnętrzne podziały kompetencyjne w ramach konsorcjum (art. 141 p.z.p.). Zagadnienie to powoduje dalsze problemy praktyczne, które wynikają z potrzeby zabezpieczenia interesów wszystkich konsorcjantów, co wymusza zawarcie umowy konsorcjum, regulującej przynajmniej kluczowe zasady współpracy. Wadą – z punktu widzenia niektórych wykonawców[5] – może być także wynikający wprost z art. 82 ust. 1 p.z.p. zakaz złożenia drugiej oferty w tym samym postępowaniu.

Obydwie najważniejsze dyrektywy harmonizujące przepisy z zakresu zamówień publicznych przewidują oprócz tego możliwość powołania się na zasoby podmiotów trzecich. Jak wynika z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE (zwanej „klasyczną")[6] wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Podobnie, w myśl art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, wykonawca może polegać na zdolnościach innych osób w celu wykazania, że spełnia wymogi zamawiającego odnośnie do sytuacji finansowej. Analogiczne postanowienia zawiera dyrektywa 2004/17/WE (zwana „sektorową")[7].

Wspomniane przepisy dyrektywy 2004/18/WE zostały implementowane do krajowego porządku prawnego przez art. 26 ust. 2b p.z.p. Przepis ten został wprowadzony ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie

[4] Chodzi o wiedzę i doświadczenie, zasoby osobowe, środki finansowe itd.

[5] Z punktu widzenia konkurencyjności postępowania jest to zazwyczaj zaleta.

[6] Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. WE L 134/114 z 30.04.2004).

[7] Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. WE L 134/19 z 30.04.2004).

ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych[8].

Deklarowanym przez ustawodawcę celem jego uchwalenia było zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia „przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu"[9]. Wejście w życie nowej regulacji było i jest związane z szeregiem praktycznych problemów, a niejednokrotnie rzeczywiste skutki obowiązywania art. 26 ust. 2b p.z.p. wydają się przeczyć pierwotnym zamierzeniom ustawodawcy. Celem artykułu jest przybliżenie niektórych zagadnień wywołujących spory i problemy praktyczne.

Zakres zasobów, które mogą podlegać udostępnieniu

Wśród zasobów, które mogą zostać udostępnione wykonawcy przepis art. 26 ust. 2b zdanie pierwsze p.z.p. wymienia: wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowe. Za tą lapidarną formułą kryje się szereg problemów. Już pobieżna lektura powołanego przepisu prowadzi do wniosku, że zawarty w nim katalog nie pokrywa się całkowicie z listą warunków udziału w postępowaniu, ujętą w art. 22 ust. 1 p.z.p. Oprócz tego w praktyce również w kwestii wprost wymienionych zasobów pojawiły się liczne, specyficzne dla nich wątpliwości interpretacyjne.

Udostępnianie potencjału technicznego

Potencjał techniczny – w ślad za § 1 pkt 4 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane[10] – utożsamiany jest zwykle z narzędziami, wyposażeniem zakładu, urządzeniami technicznymi czy też zapleczem naukowo-badawczym[11]. Choć pod tymi ogólnymi nazwami mogą kryć się różnego rodzaju zasoby, ich udostępnienie zazwyczaj nie powoduje wielkich trudności praktycznych. Oddanie potencjału technicznego do dyspozycji wykonawcy może zwykle nastąpić przez oddanie rzeczy do używania na czas realizacji zamówienia (z cywilnoprawnego punktu wi-

[8] Dz. U. Nr 206, poz. 1591.
[9] Druk sejmowy nr 2154, Sejm RP, VI kadencja.
[10] Dz. U. z 2013 r. poz. 231, dalej: rozporządzenie ws. dokumentów.
[11] Analogicznie w przepisach poprzednio obowiązującego rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

dzenia może być to np. stosunek najmu, dzierżawy czy użyczenia), lub też poprzez udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia. Największe komplikacje mogą dotyczyć sposobu udowodnienia, że wykonawca faktycznie będzie tymi zasobami dysponował. To zagadnienie zostanie poruszone w dalszej części artykułu.

Udostępnianie osób

Warunek dysponowania personelem o odpowiednich kwalifikacjach należy do najczęściej formułowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W praktyce nie ma wątpliwości, że wykonawca dysponuje osobami, które sam zatrudnia na podstawie umowy o pracę. Nie budzi też większych wątpliwości teza, że pracownik innego wykonawcy jest z punktu widzenia podmiotu składającego ofertę zasobem cudzym, co wiąże się z koniecznością udowodnienia dysponowania zasobem podmiotu trzeciego w sposób opisany w art. 26 ust. 2b p.z.p. Wątpliwości budziły sytuacje pośrednie, w których wykonawcę z daną osobą łączył bezpośredni stosunek prawny niebędący stosunkiem pracy (np. umowa o dzieło lub umowa o świadczenie usług). Kontrowersje co do charakteru takiego zasobu (własny czy cudzy) miały praktyczne znaczenie głównie w sytuacjach, w których zamawiający wymagał, aby wykonawca przedkładał dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia dotyczące także podmiotu udostępniającego zasoby, biorącego jednocześnie udział w realizacji zamówienia (§ 3 ust. 4 rozporządzenia ws. dokumentów; analogicznie na gruncie poprzedniego stanu prawnego).

Spory te starał się przeciąć Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) w opinii prawnej opublikowanej na stronie internetowej Urzędu[12]. Prezes UZP wprowadził w niej rozróżnienie na przypadki „bezpośredniego" dysponowania daną osobą, które zachodzą zawsze gdy między wykonawcą a daną osobą fizyczną istnieje bezpośredni stosunek prawny (umowa o pracę, umowa o świadczenie usług, umowa o dzieło, umowa przedwstępna) oraz przypadki dysponowania „pośredniego", kiedy takiego stosunku brak, zaś dysponowanie osobą wynika z więzi łączącej wykonawcę i podmiot trzeci (np. umowa przedwstępna, umowa o podwykonawstwo, umowa o współpracy, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników). Zdaniem Prezesa UZP tylko dysponowanie „pośrednie" jest korzystaniem z zasobów podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b p.z.p.

[12] „Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia" – zob. <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1553> [dostęp: 27.12.2013].

Rozróżnienie na dysponowanie „pośrednie" i „bezpośrednie" może wydawać się sztuczne. Zostało jednak stosunkowo szybko zaaprobowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO)[13]. Ta linia orzecznicza jest kontynuowana bez większych zmian[14]. W tym stosunkowo klarownym systemie niekiedy dochodzi do komplikacji. Przykładem może być stan faktyczny, który był podstawą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1223/11. Kluczowy problem dotyczył dopuszczalności udostępnienia „przez spółkę cywilną" osoby fizycznej będącej jej wspólnikiem, a jednocześnie niebędącej jej pracownikiem. Innymi słowy, Izba rozstrzygała, czy spółka dysponuje swoim wspólnikiem, tak że może udostępnić go innemu wykonawcy jako osobę zdolną do realizacji zamówienia. Zdaniem Izby odpowiedź na to pytanie jest przecząca, ponieważ „nie sposób (…) uznać, że konstrukcja prawna spółki cywilnej, zgodnie z jej ustawowo określonym kształtem dopuszcza sytuację, by spółka cywilna mogła dokonać «dyspozycji swoim wspólnikiem» ze skutkiem wobec podmiotów zewnętrznych. Możliwą byłaby sytuacja samodzielnego zobowiązania się osoby, będącej wspólnikiem takiej spółki, która jednak w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca". Nie negując tezy, że spółka cywilna jest stosunkiem umownym, a każdy wspólnik jest autonomicznym podmiotem praw i obowiązków, można zgłosić pewne wątpliwości do zapatrywania Izby. Wydaje się, że argumentacja przedstawiona w omawianym wyroku pomija okoliczność, że w ramach spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego (art. 860 § 1 Kodeksu cywilnego[15]). Skoro spółka jako wspólne przedsięwzięcie kilku osób opiera się na ścisłym współdziałaniu, mającym zresztą także przełożenie na stosunki majątkowe między wspólnikami (konstrukcja wspólności łącznej, solidarna odpowiedzialność za zobowiązania spółki), trudno wykluczyć zobowiązanie się przez spółkę, że jeden ze wspólników weźmie udział w realizacji zamówienia. Jeśli tylko taki udział jest powiązany z przedmiotem działalności spółki, udostępniony wspólnik będzie zobowiązany wobec spółki do honorowania tej deklaracji i w tym sensie spółka dysponuje swoim wspólnikiem.

---

[13] Por. zwłaszcza wyrok KIO z dnia 1 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1170/10, w którym Izba zacytowała obszerne fragmenty opinii w uzasadnieniu wyroku. Wszystkie powoływane wyroki Krajowej Izby Odwoławczej są dostępne na serwerze Urzędu Zamówień Publicznych: <ftp:/ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>.

[14] Por. np. wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r., sygn. akt KIO 2106/11, w którym Izba zakwalifikowała powszechne w praktyce zjawisko udostępniania „samego siebie" przez osoby fizyczne jako niemające nic wspólnego z art. 26 ust. 2b p.z.p., czy też wyrok KIO z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt KIO 868/13.

[15] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

Udostępnianie zdolności finansowej i ekonomicznej

Zdolność finansowa jest zwykle utożsamiana z dysponowaniem odpowiednimi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową. Podobnie jak w przypadku potencjału technicznego, dopuszczalność powołania się na zdolność finansową podmiotu trzeciego nie jest kwestionowana, a z cywilnoprawnego punktu widzenia istnieje szereg konstrukcji pozwalających podmiotowi trzeciemu na sfinansowanie realizacji zamówienia przez wykonawcę (najprostszym, choć nie jedynym i nie zawsze optymalnym z punktu widzenia prawnopodatkowego, jest umowa pożyczki).

Znacznie więcej wątpliwości budzi dopuszczalność powołania się na cudzą zdolność ekonomiczną. Ta definiowana jest jako ekonomiczna wiarygodność wykonawcy, którą obrazują pewne wskaźniki, np. wysokość przychodu czy ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Polskie przepisy, odmiennie niż dyrektywy 2004/18/WE i 2004/17/WE, rozróżniają zdolność ekonomiczną od zdolności finansowej, a art. 26 ust. 2b p.z.p. wymienia tylko tę ostatnią wśród zasobów, które można udostępnić. Dało to asumpt do argumentacji o niepoprawności polskiej implementacji dyrektywy i konieczności prounijnej wykładni pojęcia „zdolność finansowa" użytego w art. 26 ust. 2b p.z.p.[16]

Propozycje zgłaszane w doktrynie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą w precedensowym wyroku z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 269/11, w którym dopuszczono udostępnienie zdolności ekonomicznej z powołaniem na potrzebę wykładni prounijnej. Początkowo orzecznictwo było niestabilne. Przykładowo w wyroku z dnia 18 kwietnia 2011 r., sygn. akt 637/11, Izba stwierdziła, że wykładnia prounijna nie jest narzędziem interpretacyjnym, które daje wystarczające podstawy do rozszerzenia o zdolność ekonomiczną uprawnienia wynikającego z art. 26 ust. 2b p.z.p. Wydaje się, że w kolejnych latach orzecznictwo ustabilizowało się i obecnie przyjmuje model kompromisowy. W większości orzeczeń podkreśla się, że choć wykładnia prounijna nie pozwala wykluczyć powołania się na zdolność ekonomiczną podmiotu trzeciego, przepisy dyrektyw zezwalają na korzystanie z cudzych zasobów „w stosownych sytuacjach", które występują bardzo rzadko w odniesieniu do cech niemal nierozerwalnie związanych z wykonawcą, takich jak wysokość przychodu czy kwota ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W wyroku KIO z dnia 28 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1535/11, wykluczono powołanie się na ubezpieczenie OC podmiotu trzeciego z uwagi na brak powiązań kapitałowych i innych argumentów pozwalających na przyjęcie, że wykonawca, któremu udostępniono zasoby, faktycznie skorzysta z nich przy realizacji zamówienia.

[16] A. Sołtysińska, G. Wicik, *Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów*, PZP 2009, nr 4, s. 22.

Izba znalazła tego typu argumenty w wyroku z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1346/12, który zapadł na gruncie szczególnego stanu faktycznego: między wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby istniały bliskie powiązania rodzinne. Warto także zwrócić uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13 i KIO 1054/13, w którym Izba – akceptując co do zasady potrzebę prounijnej interpretacji art. 26 ust. 2b p.z.p. – nie dopuściła w konkretnym przypadku powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, mimo że była to spółka z tej samej grupy kapitałowej, ponieważ wykonawca nie udowodnił, iż udostępnienie zasobów będzie miało przełożenie na realizację zamówienia.

Ciekawy problem – dotyczący zarówno zdolności finansowej, jak i ekonomicznej – pojawił się po wejściu w życie obowiązującego rozporządzenia ws. dokumentów. Otóż, zgodnie z § 1 ust. 6 pkt 1 ww. rozporządzenia, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać nie tylko dokumentów wymienionych wprost w rozporządzeniu, ale także – w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej[17] – innych dokumentów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niektórzy zamawiający traktują cytowany przepis jako podstawę do wymagania, aby wykonawca przedłożył oświadczenie o przyjęciu przez podmiot udostępniający zasoby solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia. Z cywilnoprawnego punktu widzenia takie oświadczenie zmierzałoby do kumulatywnego przystąpienia do długu – konstrukcji nieznanej Kodeksowi cywilnemu, wytworzonej przez praktykę, a sprowadzającej się do przyjęcia przez osobę trzecią solidarnej odpowiedzialności za zobowiązanie obok dotychczasowego dłużnika. Nie przesądzając dopuszczalności wymagania takiego dokumentu (wątpliwości budzi zwłaszcza kwestia, czy takie przystąpienie do długu faktycznie wykazuje, że wykonawca realnie dysponuje cudzymi środkami finansowymi), można wskazać, że tego typu oświadczenie w żadnym wypadku nie powinno prowadzić do przyjęcia przez podmiot trzeci odpowiedzialności w szerszym zakresie, aniżeli nałożył ją sam ustawodawca w odniesieniu do konsorcjantów (art. 141 p.z.p.).

[17] Ustawodawca pośrednio potwierdził w ten sposób możliwość korzystania z art. 26 ust. 2b p.z.p. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej.

Udostępnianie wiedzy i doświadczenia

Od początku obowiązywania art. 26 ust. 2b p.z.p. najwięcej kontrowersji budzi dopuszczalność korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Wątpliwości budził zwłaszcza sposób udostępnienia doświadczenia, które – jako zbiór umiejętności praktycznych nabywanych z biegiem czasu przez konkretne osoby – nie jest samodzielnym dobrem prawnym, które może być przedmiotem obrotu. Powstaje zatem pytanie, w jakich sytuacjach dysponowanie doświadczeniem podmiotu trzeciego można uznać za realne, a nie fikcyjne, a zwłaszcza, czy konieczny jest udział takiego podmiotu w realizacji zamówienia. Należy tu podkreślić, że zbyt liberalne podejście do kwestii udostępnienia wiedzy i doświadczenia powoduje istotne ryzyko dewaluacji warunków udziału w postępowaniu odwołujących się do tych kategorii, ponieważ umożliwia tzw. handel referencjami. Chodzi tu o zjawisko, w którym korzystanie z cudzych zasobów ma na celu jedynie przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a nie realne zaangażowanie doświadczonego podmiotu w realizację zamówienia.

W odniesieniu do opisywanego zagadnienia bardzo szybko wytworzyły się trzy odmienne linie orzecznicze. Według najbardziej restrykcyjnego poglądu powołanie się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu dopuszczalne jest tylko wówczas, gdy podmiot ten weźmie udział w realizacji zamówienia w roli podwykonawcy[18]. Identyczne zapatrywanie wyrazili A. Sołtysińska i G. Wicik[19]. Na przeciwległym biegunie znalazł się pogląd liberalny, w myśl którego korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego jest możliwe niezależnie od udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, albowiem wystarczające jest jego zaangażowanie polegające np. na szkoleniach, transferze *know-how* czy udostępnieniu dokumentacji technicznej, które nie stanowi udziału w realizacji zamówienia[20]. Takie zapatrywanie przyjmowały też niektóre sądy okręgowe[21]. W Krajowej Izbie Odwoławczej dominowała natomiast koncepcja, zgodnie z którą udostępnienie wiedzy i doświadczenia może być podstawą do uznania, że wykonawca dysponuje tymi zasobami, o ile podmiot ten będzie brał udział

[18] Tak np. w wyrokach KIO: z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 890/10; z dnia 3 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1536/10; z dnia 5 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1588/10 i KIO 1596/10.

[19] A. Sołtysińska, G. Wicik, *op. cit*., s. 19.

[20] Zob. wyroki KIO: z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1452/10, KIO 1453/10 i KIO 1454/10; z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2555/10; z dnia 16 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2611/10; z dnia 10 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2790/10; z dnia 18 lutego 2010 r., sygn. akt KIO 250/11.

[21] Zob. wyroki SO w Gdańsku: z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11, niepubl.; z dnia 29 września 2011 r., sygn. akt XII Ga 412/11, niepubl.

w realizacji zamówienia, choć niekoniecznie w roli podwykonawcy. Izba przyjęła ten pogląd między innymi w wyrokach: z dnia 17 maja 2010 r., sygn. akt KIO 790/10; z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1288/10; z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1333/10; z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1741/10; z dnia 3 września 2010 r., sygn. akt KIO 1821/10; z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2407/10; z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2451/10; z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 249/11; z dnia 8 marca 2011 r., sygn. akt KIO 346/11; z dnia 8 marca 2011 r., sygn. akt KIO 356/11; z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 734/11.

Do dziś trudno wskazać jednoznaczne rozwiązanie omawianego tu problemu. Wydaje się, że obecnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę przede wszystkim na specyfikę konkretnego postępowania, a akcent kładzie się na sposób udowodnienia przez wykonawcę, iż będzie realnie dysponował cudzymi zasobami. Dobrą ilustracją może być wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 952/13. Izba wskazała w nim, że „(…) charakter potencjału, jakim jest wiedza i doświadczenie nie uzasadnia, w okolicznościach niniejszej sprawy, udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy. Wiedza i doświadczenie może być przekazana również w innej formie". Dostrzegła przy tym niekorzystne skutki procederu tzw. handlu referencjami i wskazała, że rolą zamawiającego jest zweryfikowanie, czy w konkretnej sytuacji udostępnienie zasobów ma charakter realny. Podobnie w wyroku z tego samego dnia, wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 953/13, Izba zakwestionowała twierdzenie o dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, które miało bazować na udostępnieniu personelu pełniącego rolę doradców. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca nie udowodnił, że doradcy posiadają niezbędne doświadczenie i nie wykazał, w jaki sposób ewentualne doświadczenie tych osób będzie przekazane, skoro podmiot trzeci nie miał wykonywać żadnej części przedmiotu zamówienia.

Omawiane zjawisko przybiera na sile w przypadku postępowań wieloetapowych, takich jak przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem. Jak wiadomo, postępowania prowadzone w tych trybach polegają na przeprowadzeniu wstępnej kwalifikacji wykonawców, których wąska grupa jest zapraszana do składania ofert. Jeśli przesłanką mającą decydować o pozycji wykonawców i zaproszeniu ich do składania ofert jest wykazanie się wiedzą i doświadczeniem, pojawia się pytanie, czy wykonawca ma prawo powołać się na zasoby podmiotów trzecich tylko w celu spełnienia warunków minimalnych, od których spełnienia uzależnione jest samo dopuszczenie wykonawcy do danego postępowania, czy także w celu polepszenia swojej pozycji w danym postępowaniu (dla uzyskania lepszej punktacji). Innymi słowy, zagadnienie sprowadza się do pytania, czy wykonawca może za pomocą użyczonej wiedzy i doświadczenia zyskać przewagę nad

innymi wykonawcami uczestniczącymi w wieloetapowym postępowaniu. Zagadnienie to ma olbrzymie znaczenie, o czym może świadczyć praktyka składania wniosków przez kilku formalnie niezależnych wykonawców, z których każdy powołuje się na wiedzę i doświadczenie tych samych podmiotów, a na potwierdzenie tego faktu przedkłada identyczne lub niemal identyczne dokumenty. W wielu wypadkach wykonawcy posługujący się tą metodą, po otrzymaniu zaproszeń do składania ofert, nie prowadziło walki konkurencyjnej, co przekładało się na wyższe ceny.

Ani art. 26 ust. 2b p.z.p., ani przepisy dotyczące oceny wniosków o dopuszczenie do postępowania, składanych w trybach wieloetapowych, nie zakazują powoływania się na cudze zasoby w celu polepszenia oceny wniosku. Część orzecznictwa, prawdopodobnie mając na względzie wspomniane wyżej antykonkurencyjne praktyki, traktowała art. 26 ust. 2b p.z.p. jako przepis wyjątkowy i interpretowała go wąsko. Co za tym idzie, wykluczano punktowanie doświadczenia, którym wykonawca dysponuje dzięki udostępnieniu go przez osobę trzecią[22]. Kwestia ta była kontrowersyjna nawet wewnątrz składów orzekających, o czym może świadczyć zdanie odrębne zgłoszone do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 248/12 i KIO 261/12.

Z punktu widzenia praktyki, zagadnienie to zostało jednak rozstrzygnięte w orzecznictwie sądów okręgowych, które opowiedziały się za językową wykładnią art. 26 ust. 2b p.z.p., a tym samym za dopuszczalnością powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich także w celu polepszenia sytuacji wykonawcy (uzyskania lepszej punktacji). Wydaje się, że linia orzecznictwa jest w tym zakresie stabilna, o czym mogą świadczyć między innymi niepublikowane wyroki: Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2012 r., sygn. akt XIX Ga 461/12; Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt II Ca 757/12; Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2012 r., sygn. akt V Ca 936/12.

Moim zdaniem – choć trudno nie zgodzić się z argumentem, że art. 26 ust. 2b p.z.p. w żaden sposób nie różnicuje postępowań pod względem celu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego – skutki jego szerokiego stosowania w trybach wieloetapowych należy ocenić negatywnie. Przepis, którego celem miało być zwiększenie konkurencyjności postępowań w praktyce może ułatwić ograniczenie konkurencyjności na etapie składania ofert.

Wypada dodać, że nowelizacja art. 51 ust. 2 p.z.p.[23], opisującego sposób wyłaniania wykonawców zapraszanych do składania ofert w przetargu

[22] Np. wyroki KIO: z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11 i KIO 2283/11; z dnia 17 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 232/12 i KIO 243/12.

[23] Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271).

ograniczonym, a także analogicznych przepisów dotyczących pozostałych trybów wieloetapowych, dała zamawiającym jeszcze więcej możliwości. Obecnie zamawiający ma obowiązek zaprosić do składania ofert grupę wykonawców wyselekcjonowanych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. W mojej ocenie oznacza to daleko idącą swobodę w konstruowaniu kryteriów prekwalifikacji wykonawców, w tym różnicowanie punktacji za wiedzę i doświadczenie w zależności od tego, czy są one własne, czy udostępnione. To z kolei może dawać szansę na złagodzenie negatywnych skutków szerokiego stosowania art. 26 ust. 2b p.z.p. i tzw. handlu referencjami.

Udostępnianie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności

W art. 26 ust. 2b p.z.p. nie wskazano możliwości powołania się przez wykonawcę na cudze uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Może tu chodzić na przykład o wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych czy też posiadanie odpowiednich uprawnień do przetwarzania informacji niejawnych (np. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że konsekwencją takiego brzmienia przepisu jest niedopuszczalność powołania się na uprawnienia podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu[24]. Rozwiązanie to zostało skrytykowane w literaturze. A. Sołtysińska i G. Wicik podnoszą, że generalny zakaz takich działań jest zbyt daleko idący, a dopuszczalność powołania się na cudze uprawnienia powinna być oceniana w kontekście konkretnego postępowania. Zdaniem powołanych autorów: „(…) należy ocenić, czy realizacja uprawnienia wykonawcy nie będzie prowadziła do obejścia prawa lub nie będzie sprzeczna z naturą świadczenia będącego przedmiotem umowy o zamówienie publiczne”[25]. Z kolei F. Łapecki sugeruje, aby możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego była uzależniona od decyzji zamawiającego[26].

Propozycje te są warte rozważenia, choć należy zgodzić się z ostrożnym podejściem A. Sołtysińskiej i G. Wicika, którzy podkreślają, że w takim wypadku podmiot udostępniający uprawnienia powinien być zobowiązany

[24] Np. wyroki KIO: z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 51/11; z dnia 29 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1254/11 i KIO 1271/11.

[25] A. Sołtysińska, G. Wicik, *op. cit.*, s. 27.

[26] F. Łapecki, *O funkcjonowaniu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych*, PZP 2013, nr 1, s. 83-84.

do zrealizowania części zamówienia jako podwykonawca[27]. Konieczne byłoby także uwzględnienie specyfiki konkretnych publicznoprawnych przepisów, które regulują zasady nadawania uprawnień i korzystania z nich. Wydaje się natomiast, że *de lege lata* trudno bronić poglądu o dopuszczalności powołania się na cudze uprawnienia w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nawet bowiem jeśli przyjąć, że taka możliwość wynika z art. 48 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE[28], trudno w tym wypadku zaakceptować uzupełnienie art. 26 ust. 2b p.z.p. w drodze prounijnej wykładni (byłaby to wykładnia *contra* lub *praeter legem*, co wykracza poza regułę prowadzenia interpretacji prounijnej „tak dalece, jak to możliwe"[29]). Ewentualny zarzut nieprawidłowej implementacji dyrektywy musiałby być kierowany przeciwko Polsce jako państwu członkowskiemu.

Wykazanie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego

Nie mniej ciekawe zagadnienie dotyczy sposobu wykazania, że wykonawca dysponuje zasobami podmiotu trzeciego. W art. 26 ust. 2b p.z.p. ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Pozostawiając otwarty katalog środków dowodowych („w szczególności"), ustawodawca wskazał wyraźnie na „pisemne zobowiązanie" podmiotu trzeciego do oddania mu niezbędnych zasobów do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Na niefortunne sformułowanie tego przepisu, będące kalką z przepisów dyrektywy 2004/18/WE, zwracali uwagę A. Sołtysińska i G. Wicik, podnosząc trafnie, że zobowiązanie jest stosunkiem prawnym, a nie dokumentem[30]. W praktyce na początku obowiązywania art. 26 ust. 2b p.z.p. rzadko prowadzono rozważania co do charakteru prawnego „pisemnego zobowiązania". Z obserwacji autora wynika, że w wielu postępowaniach wystarczającą podstawą do uznania, że wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, była ogólna pisemna deklaracja. Tego typu dokument mógł zawierać na przykład następującą frazę: „Spółka ABC sp. z o.o. zobowiązuje się udostępnić wykonawcy XYZ S.A. swoją wiedzę i doświadczenie na okres niezbędny do realizacji zamówienia" i powołanie

[27] A. Sołtysińska, G. Wicik, *op. cit.*, s. 27.
[28] Jak sugerują A. Sołtysińska i G. Wicik, *ibidem*.
[29] Wyrok ETS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 *Marleasing*, ECR 1990, s. I-04135.
[30] A. Sołtysińska, G. Wicik, *op. cit.*, s. 10-11.

nazwy zamawiającego i prowadzonego przez niego postępowania. Takie „pisemne zobowiązanie" w żaden sposób nie konkretyzuje praw wykonawcy ani obowiązków podmiotu udostępniającego zasoby. Wydaje się, że problem ten był bagatelizowany w trakcie pierwszych lat obowiązywania art. 26 ust. 2b p.z.p. zarówno przez zamawiających, jak i przez organy orzekające[31].

W ostatnich latach można jednak zaobserwować pewien zwrot w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Coraz częściej wskazuje się, że korzystanie z cudzych zasobów musi mieć charakter realny, a ta „realność" powinna zostać udowodniona przez wykonawcę na etapie składania ofert lub wniosków. Krajowa Izba Odwoławcza powołuje się tu na dorobek orzeczniczy Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości[32]. Przykładowo w wyroku z dnia 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 629/13, Izba zakwestionowała lakoniczne „pisemne zobowiązanie". Dopatrzyła się także naruszenia przepisów ustawy w braku wyjaśnienia, czy podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia i w jakim charakterze. W ciekawym wyroku z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 297/13 i KIO 300/13, stwierdzono, że wykonawca nie wykazał realnego dysponowania zasobami, ponieważ ta sama osoba fizyczna została wskazana jako zaangażowana do pełnienia roli w dwóch równoległych postępowaniach.

Odrębną kwestią jest forma składanych dokumentów. Przepis art. 26 ust. 2b p.z.p. nie mówi o formie pisemnej, lecz o „pisemnym zobowiązaniu", a zatem posługuje się innym pojęciem, aniżeli art. 82 ust. 2 p.z.p. czy art. 139 ust. 2 p.z.p., które wprost odwołują się do formy pisemnej i ustanawiają dla niej rygor nieważności. Wątpliwości budziła także kwestia, czy „pisemne zobowiązania" można potraktować jak dokumenty składane na podstawie rozporządzenia ws. dokumentów, a co za tym idzie przedstawiać je w postaci kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem. W zdecydowanej większości orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza uznawała, że „pisemne zobowiązanie" powinno zostać złożone w oryginale z zachowaniem formy pisemnej[33]. Zdarzają się jednak wyjątki, takie jak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2767/12. W orzeczeniu tym Izba przyjęła, że art. 26 ust. 2b p.z.p. nie wyklucza „prawa wykonawcy do dostarczenia pisemnego zobowiązania w formie doku-

[31] Por. np. wyrok SO w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11, niepubl.

[32] Np. wyroki ETS: z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 *Holst Italia*, ECR 1999, s. I-08607; z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003CJ0126:pl:HTML> [dostęp: 19.02.2014].

[33] Np. wyroki KIO: z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 447/11, KIO/UZP 449/11 i KIO/UZP 452/11; z dnia 5 maja 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 822/11; z dnia 9 października 2012 r., sygn. akt KIO 2018/12.

mentu potwierdzonego za zgodność z oryginałem", skoro mowa tu o dokumencie mającym na celu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. To ostatnie zapatrywanie, choć mniejszościowe, wydaje się słuszne. Jednakże z praktycznego punktu widzenia znacznie bezpieczniejszym wyjściem jest składanie tego typu dokumentów w oryginale.

Podsumowanie

Problematyka poruszana w niniejszym artykule należy do grupy najbardziej kontrowersyjnych zagadnień w polskim prawie zamówień publicznych. Wydaje się, że ustawodawca w zbyt szerokim zakresie otworzył wykonawcom możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich, ułatwiając składanie ofert podmiotom, które są w stanie wykazać spełnienie warunków w formalnym, pisemnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale nie dają rękojmi należytego wykonania umowy, co jest zjawiskiem ryzykownym zarówno dla tych wykonawców, jak i dla zamawiających. W tym kontekście na aprobatę zasługuje ewolucja poglądów Krajowej Izby Odwoławczej i akcentowanie wymogu realnego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w okresie realizacji zamówienia, zwłaszcza w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia.

Adam Koczyk

Problematyka reżimu i zasady odpowiedzialności za nielegalny pobór energii elektrycznej na gruncie art. 57 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo energetyczne

Przedmiotem niniejszego artykułu są reżim i zasada odpowiedzialności odbiorców energii lub podmiotów pobierających owe dobro w sposób bezumowny, względem przedsiębiorstwa energetycznego na gruncie znowelizowanego[1] art. 57 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo energetyczne[2]. Problematyka nielegalnego poboru energii elektrycznej w zasadzie nie była przedmiotem szerokiego zainteresowania doktryny[3]. Pierwszą próbą kompleksowego ujęcia zagadnienia była wydana w 2013 roku monografia *Problemy prawne związane z nielegalnym poborem energii*[4]. W pierwszej kolejności należy zasygnalizować, że kontrowersje wokół wykładni art. 57 ust. 1 pkt 1 pr. en. (w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 8 stycznia 2010 r.) już wcześniej zostały dostrzeżone przez autora[5]. W opracowaniu negatywnie odniesiono się do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., sygn. akt III CZP 107/09[6], który uznał, że odpowiedzialność cywilna z tytułu nielegalnego poboru energii na tle wspomnianej normy prawnej ukształtowa-

[1] Ustawa z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 21, poz. 104), która weszła w życie w dniu 11 marca 2010 r.

[2] Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 z późn. zm.), dalej: pr. en.

[3] G. Matusik, *Odpowiedzialność z tytułu nielegalnego poboru energii. Uwagi na tle art. 57 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo energetyczne*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2012, nr 3, s. 20.

[4] *Problemy prawne związane z nielegalnym poborem energii*, pod red. G. Matusika, M. Śladkowskiego, Warszawa 2013.

[5] A. Koczyk, *Kontrowersje wokół odpowiedzialności kontraktowej za nielegalny pobór energii elektrycznej w związku z uchwałą Sądu Najwyższego z 10 grudnia 2009 r., III CZP 107/09*, „Radca Prawny" 2011, nr 118, „Dodatek Naukowy" s. 19d-21d.

[6] OSNC 2010, nr 5, poz. 77.

na została wyłącznie w reżimie deliktowym, a w żadnym razie nie w reżimie kontraktowym. Autor poddał krytyce ten pogląd, podnosząc, że nie ma przeszkód do konstruowania roszczenia na podstawie reżimu kontraktowego z art. 471 Kodeksu cywilnego[7] obok art. 57 pr. en. Sąd Najwyższy nie był jednak konsekwentny w tej mierze, gdyż w niepublikowanym wyroku z dnia 22 stycznia 2010 r., sygn. akt V CNP 52/09, wprost wskazał na możliwość stosowania również reżimu *ex contractu*. Natomiast poza sporem pozostawała zasada odpowiedzialności oparta na winie podmiotu pobierającego energię, z wyjątkiem różnicy zdań co do rozłożenia ciężaru dowodzenia[8]. Przywołanie orzecznictwa sprzed nowelizacji jest konieczne z uwagi na częściową aktualność dotychczasowych poglądów judykatury. Dla czytelnego zaprezentowania tematu rozważań należy przytoczyć brzmienie dwóch fundamentalnych norm prawnych: art. 3 pkt 18 pr. en. oraz art. 57 ust. 1 pr. en. Przepis art. 3 pkt 18 pr. en. w formie zamkniętego katalogu wyróżnia trzy sposoby nielegalnego poboru energii:

- z pobieraniem energii bez zawarcia umowy,
- z całkowitym albo częściowym pominięciem układu pomiarowo-rozliczeniowego,
- poprzez ingerencję w ten układ, mającą wpływ na zafałszowanie pomiarów dokonywanych przez układ pomiarowo-rozliczeniowy,

Z kolei art. 57 ust. 1 pr. en. stanowi[9], że w razie nielegalnego pobierania energii przedsiębiorstwo energetyczne może:

- pobierać od odbiorcy, a w przypadku gdy pobór energii nastąpił bez zawarcia umowy – od osoby lub osób nielegalnie pobierających energię opłatę w wysokości określonej w taryfie, chyba że nielegalne pobieranie energii wynikało z wyłącznej winy osoby trzeciej, za którą odbiorca nie ponosi odpowiedzialności, albo
- dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych[10].

Nowelizacja ustawy – Prawo energetyczne w zakresie art. 57 miała związek z zakwestionowaniem przez Trybunał Konstytucyjny punktu 2

[7] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej: k.c.

[8] Autor artykułu dostrzegł wtedy możliwość przerzucenia ciężaru dowodzenia na odbiorcę energii w przypadku zastosowania reżimu kontraktowego w ściśle określonych sytuacjach. Zob. A. Koczyk, *op. cit.*, s. 19d-21d.

[9] Brzmienie art. 57 pr. en. przed nowelizacją: „1. W razie nielegalnego pobierania paliw lub energii z sieci przedsiębiorstwo energetyczne pobiera opłaty za nielegalnie pobrane paliwo lub energię w wysokości określonej w taryfach lub dochodzi odszkodowania na zasadach ogólnych. 2. Opłaty, o których mowa w ust. 1, podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji".

[10] W niniejszym artykule pominę rozważania odpowiedzialności na zasadach ogólnych gdyż za wystarczające należy odesłanie do regulacji Kodeksu cywilnego (art. 471 i 415).

tego artykułu, który stanowił, że opłaty za nielegalny pobór podlegają ściągnięciu przez przedsiębiorstwo energetyczne w trybie egzekucji administracyjnej[11]. Niemniej jednak ustawodawca istotnie przemodelował wymienioną wyżej normę prawną. W tym miejscu zasadne jest postawienie pytania, z jakim reżimem i zasadą odpowiedzialności mamy do czynienia w obowiązującym stanie prawnym oraz w jakim stopniu aktualny pozostaje dotychczasowy dorobek judykatury w tym zakresie.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na niepublikowany wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 19 stycznia 2012 r., sygn. akt IV Ca 779/11, gdzie dokonano obszernej analizy przepisu sprzed i po nowelizacji. Sąd stwierdził, że na gruncie dawnego stanu prawnego przepis art. 57 pkt 1 pr. en. nie mógł stanowić samodzielnej przesłanki odpowiedzialności, a zastosowanie miały normy z art. 415 k.c. oraz art. 471 k.c. Sąd wskazał, że nieoparcie się o wymienione wyżej przepisy Kodeksu cywilnego prowadziłoby do wykreowania odpowiedzialności absolutnej bez możliwości ekskulpacji lub egzoneracji. Natomiast na gruncie obecnego brzmienia art. 57 ust. 1 pkt 1 pr. en. – zdaniem Sądu – nie istnieje możliwość powoływania przepisów Kodeksu cywilnego skoro art. 57 ust. 1 pkt 1 pr. en. stanowi wyłączną podstawę odpowiedzialności. W kwestii reżimu odpowiedzialności Sąd zdaje się twierdzić, że dopuszczalna jest wykładnia wskazująca na zarówno kontrakt, jak i delikt. Natomiast co do zasady odpowiedzialności stwierdzono *expressis verbis*, że art. 57 ust. 1 pkt 1 wprowadza zasadę ryzyka. Jest to istotna zmiana modelu odpowiedzialności podmiotów pobierających energię elektryczną względem przedsiębiorstw energetycznych, gdyż – jak wskazano na wstępie – zasada winy w dawnym stanie prawnym w literaturze i orzecznictwie nie była kwestionowana. Z powyższym orzeczeniem należy zgodzić się już z uwagi na samo brzmienie znowelizowanego artykułu, gdzie ustawodawca posłużył się sformułowaniem „chyba że", nawiązującym do przypadków odpowiedzialności na zasadzie ryzyka uregulowanych w Kodeksie cywilnym[12]. Kolejno prawodawca wyraźnie określił przesłankę egzoneracyjną w postaci winy osoby trzeciej. Poglądy te utrwalają się w orzecznictwie, skoro Sąd Okręgowy w Katowicach w uzasadnieniu niepublikowanego wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. akt III Ca 185/12, stwierdził, że nielegalny pobór energii ukształtowany jest w reżimie zarówno kontraktowym, jak i deliktowym, i w obu przypadkach na zasadzie ryzyka. Podobne zdanie Sąd Okręgowy w Katowicach wyraził w uzasadnieniu innego niepublikowanego wyroku – z dnia 5 lipca 2012 r., sygn. akt III Ca 296/12, zaznaczając jedynie, że występuje tu reżim „podobny do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka". Niestety nie poczyniono dalszej ar-

[11] Wyrok TK z dnia 10 lipca 2006 r., sygn. akt K 37/04, OTK-A 2006, nr 7, poz. 79.

[12] Np. odpowiedzialność za wyrzucenie, wylanie lub spadnięcie przedmiotu z pomieszczenia z art. 433 k.c., odpowiedzialność za zawalenie się budowli z art. 434 k.c.

gumentacji wyjaśniającej, na czym polega owo „podobieństwo". Jednakże w orzecznictwie tego Sądu można dostrzec pogląd odmienny. Mianowicie w uzasadnieniu niepublikowanego wyroku z dnia 22 maja 2012 r., sygn. akt IV Ca 114/12, stwierdzono, że w art. 57 ust. 1 pkt 1 pr. en. mamy do czynienia wyłącznie z deliktem jednak bez konieczności wykazywania winy pozwanego. Wyłączność deliktu – według Sądu – ma wynikać z wydanej w poprzednim stanie prawnym uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., sygn. akt III CZP 107/09. Stanowisko to nie powinno co do zasady rzutować na możliwość skutecznego dochodzenia przez przedsiębiorstwa energetyczne roszczeń od pobierających energię w sposób bezprawny, lecz może oznaczać powstanie sporu prawnego co do reżimu odpowiedzialności, tym razem w obecnym stanie prawnym. Na marginesie należy wskazać, że roszczenia o nielegalny pobór energii – z racji zakwestionowania reżimu kontraktowego – nie kwalifikują się (zdaniem części sądów) do rozpoznania w postępowaniu uproszczonym. Jednak specyfika postępowań dowodowych we wskazanych sprawach wymaga oparcia się (również gdy sprawa jest rozpoznawana w trybie uproszczonym) na opiniach biegłych z zakresu elektrotechniki[13], co wiąże się – w przypadku postępowania uproszczonego – z koniecznością zastosowania normy z art. 505^7 Kodeksu postępowania cywilnego[14].

Ważnym zagadnieniem praktycznym, które należy omówić jest fakt częstego powoływania się zarówno przez sądy, jak i pełnomocników przeciwników procesowych przedsiębiorstw energetycznych na wspomnianą już uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., sygn. akt III CZP 107/09[15]. Jak już podkreślono, Sąd Najwyższy odrzucił koncepcję kontraktu jako reżimu odpowiedzialności. Ponadto przed nowelizacją nie było podstaw do wysuwania koncepcji ryzyka jako zasady odpowiedzialności. Powstaje zatem pytanie, w jakim zakresie ww. uchwała zachowuje aktualność po wejściu w życie noweli z dnia 8 stycznia 2010 r. Niewątpliwie, ze względu na wyżej poczynione rozważania, uchwała ta nie powinna być źródłem wywodów w zakresie reżimu i zasady odpowiedzialności. Niemniej jednak na aprobatę zasługuje pogląd, że do odpowiedzialności za nielegalny pobór energii konieczne jest wykazanie faktycznego poboru, co

[13] Biegły zwyczajowo w sprawach o nielegalny pobór energii – w przypadkach gdy pobór związany jest z ingerencją w układ pomiarowy, o której mowa w art. 3 pkt 18 pr. en. – dokonuje oględzin licznika celem ustalenia, czy w istocie doszło do nielegalnego pobierania energii (samego zdarzenia w oderwaniu – wedle prawidłowego modelu – od kwestii odpowiedzialności).

[14] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.).

[15] Częste przywoływanie tejże uchwały niewątpliwie wynika z faktu, że po nowelizacji art. 57 pr. en. nie podjęto jeszcze żadnej uchwały na gruncie nowego brzmienia ww. artykułu.

szeroko w tej uchwale uzasadniono. Mianowicie odrzucono możliwość obciążenia danego podmiotu opłatą z art. 57 ust. 1 pr. en., gdy doszło do mechanicznej ingerencji w układ pomiarowo-rozliczeniowy, lecz bez wpływu na zaniżanie wskazań zużycia energii. Z takim stanowiskiem nie sposób się nie zgodzić, dokonując wykładni językowej słowa „pobieranie", oznaczającego dokonanie czynności. Tytułem uzupełnienia prezentacji orzecznictwa autor artykułu zwraca uwagę na pojawienie się w przeszłości dalej idącego poglądu judykatury, zgodnie z którym sama potencjalna możliwość poboru energii w sposób bezprawny stanowi podstawę do obciążenia danego podmiotu opłatą z art. 57 pr. en.[16] Pogląd ten – zdaniem autora słusznie – nie został zaaprobowany ani przez judykaturę, ani doktrynę.

Ponadto Sąd Najwyższy w ww. uchwale stwierdził, że podstawy odpowiedzialności uregulowanej w ustawie – Prawo energetyczne nie można traktować jako kary ustawowej, o której mowa w art. 485 k.c., do której stosuje się odpowiednio przepisy o karze umownej. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą wierzyciel może dochodzić kary umownej w pełnej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Oznacza to, że wierzyciel zwolniony jest z obowiązku dowodzenia istnienia i wysokości szkody[17]. Również ten pogląd pozostaje aktualny z racji konieczności wykazania przez przedsiębiorstwo energetyczne na gruncie art. 57 pr. en. (obok nielegalnego poboru jako zdarzenia obiektywnego) uszczerbku majątkowego związanego z nieprawidłowym rozliczeniem rzeczywiście pobranej energii. Zatem musi zaistnieć związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zdarzeniem a szkodą. Odrębnym problemem jest kwestia niemożności ustalenia, przez podmiot kontrolujący liczniki energii, ilości pobranej nielegalnie energii. Z tej właśnie racji prawodawca przewidział taryfowy sposób obliczania opłaty z art. 57 ust. 1 pr. en. w oderwaniu od straty rzeczywistej. Z powyższego należy wysnuć wniosek, że przedsiębiorstwo energetyczne jest zobowiązane do wykazania istnienia szkody, lecz tylko co do zasady, a nie wysokości. Taki pogląd zaprezentował Sąd Okręgowy w Katowicach w uzasadnieniu niepublikowanego wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. akt III Ca 185/12. Jednak zagadnienie szkody nadal budzi kontrowersje, skoro Sąd Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu niepublikowanego wyroku z dnia 12 lipca 2012 r., sygn. akt III Ca 518/12, wskazał na konieczność dowodzenia szkody zarówno co do zasady, jak i wysokości.

Z powyższych rozważań należy sformułować twierdzenie o istnieniu konieczności wzbogacenia dorobku judykatury o orzeczenia Sądu Najwyższego na podstawie obecnego art. 57 ust. 1 pkt 1 pr. en. Z dużym prawdo-

[16] Wyrok SA w Poznaniu z dnia 7 września 1999 r., sygn. akt I Aca 363/99, „Prawo Gospodarcze" 1999, nr 12, poz. 54.

[17] W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny. Tom 1: Komentarz do art. 1-449*[11], pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2005, s. 68 i 71.

podobieństwem można stwierdzić, że większość sygnalizowanych w niniejszym opracowaniu (a istniejących w praktyce) wątpliwości mogłoby zostać wyjaśnionych.

Karol Magoń

Ochrona akcjonariusza mniejszościowego publicznej spółki akcyjnej w procedurze przymusowego wykupu i odkupu akcji

Wprowadzenie

Podstawową zasadą funkcjonowania spółki akcyjnej jest zasada rządów większości, zgodnie z którą siłę decyzyjną w spółce sprawują akcjonariusze (akcjonariusz) większościowi, którzy posiadają ilość głosów niezbędną do podejmowania uchwał na walnym zgromadzeniu[1]. W spółce akcyjnej naturalnym zjawiskiem jest występowanie nierównych pozycji prawnych akcjonariuszy, wynikające z różnego stopnia zaangażowania kapitałowego[2]. Nie budzi wątpliwości, że w odmiennej sytuacji prawnej znajdzie się akcjonariusz posiadający 70% ogólnej liczby akcji oraz akcjonariusz mający 30% akcji. Zasada rządów większości ma zarówno dodatnie, jak i ujemne strony. Jej pozytywnym skutkiem jest to, że umożliwia ona względnie swobodne podejmowanie decyzji w fundamentalnych dla spółki sprawach i chroni ją przed niekiedy złośliwymi sprzeciwami poszczególnych akcjonariuszy, które zapewne występowałyby, gdyby dla podjęcia uchwały na walnym zgromadzeniu wymagana była zgoda wszystkich. Ujemną stroną zasady rządów większości jest natomiast to, że akcjonariusze mniejszościowi, którzy mogą stanowić w spółce znaczną grupę, muszą podporządkować się czasami pozornej, ale dobrze zorganizowanej większości. Wola członków korporacji wyrażana jest w trybie określonym przez przepisy prawa, a każdy z członków musi się jej podporządkować. Jeżeli mniejszość nie chce podpo-

[1] P. Okolski, D. Wajda, *Rządy większości a ochrona akcjonariuszy mniejszościowych*, PPH 2005, nr 6, s. 6-9. W przypadku spółek publicznych w Polsce zasada rządów większości została *expressis verbis* zapisana w *Dobrych praktykach w spółkach publicznych 2005* jako zasada II (*Rządy większości i ochrona mniejszości*) w ramach Zasad Ogólnych.

[2] A. Szumański [w:] *System prawa prywatnego. Tom 17B: Prawo spółek kapitałowych*, pod red. S. Sołtysińskiego, Warszawa 2010, s. 220, który określa ochronę akcjonariuszy mniejszościowych mianem „korektora" zasady rządów większości.

rządkować się woli zbiorowej (woli większości), może wystąpić z korporacji. Oznacza to, że drobni akcjonariusze mogą wyrazić swe niezadowolenie z uchwał podejmowanych na walnych zgromadzeniach poprzez zbycie posiadanych w spółce akcji. Istnienie wyłącznie takiego sposobu „ochrony" pozycji prawnej mniejszości w spółce byłoby jednak niewłaściwe[3]. W obrocie gospodarczym funkcjonują bowiem takie spółki akcyjne, w których – ze względu na niemal całkowite zdominowanie spółki przez akcjonariusza większościowego – akcjonariusz mniejszościowy miałby problem w znalezieniu chętnego do nabycia posiadanych przez niego akcji. Ustawodawca stara się więc zapewnić inne sposoby ochrony mniejszości i nie dopuścić do całkowitego zmajoryzowania korporacji przez większość[4]. W konsekwencji wprowadza do systemu prawa instytucje mające z jednej strony chronić prawa mniejszości, z drugiej ograniczać dominującą rolę akcjonariuszy większościowych w organie właścicielskim spółki akcyjnej[5]. Zasada rządów większości nie ma więc charakteru absolutnego. Jej zakres wyznaczają normy służące ochronie mniejszości, interes spółki, a także zasada ochrony interesów osób trzecich. Ponadto, przewidziana przez ustawodawcę ochrona drobnych akcjonariuszy musi mieścić się w granicach wyznaczonych kapitałowym charakterem tej spółki[6]. Wśród narzędzi pozwalających na wyjście lub wykluczenie akcjonariusza ze spółki akcyjnej w przypadku jej nadmiernego zdominowania znajdują się przymusowy odkup (*sell-out*) oraz przymusowy wykup (*squeez-out*) akcji. Istotnym jest fakt, że obie te konstrukcje zostały w sposób odmienny uregulowane dla spółek publicznych (art. 82 i 83 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych[7]) oraz dla spółek niepublicznych (art. 304 § 1 pkt 2, 418, 418^1 i 516^{11} § 1 Kodeksu spółek handlowych[8]). *Ergo*, w prawie polskim występuje dualizm normatywny w zakresie przymusowego wykupu i odkupu akcji – występują znaczne rozbieżności w powyższych mechanizmach dla spółek publicznych i niepublicznych.

---

[3] W tym przypadku wyraźnie zaznacza się separacja pojęcia interesu spółki od interesu akcjonariuszy większościowych. Ustawodawca, chroniąc akcjonariusza mniejszościowego, zaprzecza przyjmowaniu tożsamości pojęć interesu spółki oraz interesu akcjonariuszy większościowych.

[4] Tak M. Romanowski, *Zasada jednakowego traktowania udziałowców spółki kapitałowej (I)*, PPH 2005, nr 1, s. 11.

[5] Także członków organów spółki będących pod silnym wpływem większości w spółce, z uwagi na ich podporządkowanie funkcyjne woli organu właścicielskiego.

[6] D. Wajda, *Ochrona akcjonariuszy mniejszościowych w kodeksie spółek handlowych*, Warszawa 2007, s. 6.

[7] Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1382, dalej: u.o.o.p.

[8] Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030), dalej: k.s.h.

Celem niniejszej pracy jest analiza instytucji przymusowego wykupu akcji w spółce publicznej[9] jako regulacji *lex specialis* przymusowego wykupu i odkupu z art. 418 i 418[1] k.s.h., jak również analiza granic ingerencji większości w prawa mniejszości oraz środków ochrony przysługujących mniejszości w stosunku do większości. Podstawowym pytaniem, na jakie autor będzie starał się odpowiedzieć w niniejszej publikacji jest to, czy zakres i stopień ochrony akcjonariuszy w spółkach publicznych i niepublicznych w instytucjach przymusowego wykupu i odkupu jest wystarczający oraz czy krajowe rozwiązania w tym zakresie w sposób prawidłowy implementują regulacje europejskie – art. 15 i 16 dyrektywy 2004/25/WE[10]. W efekcie autor podda analizie obowiązujące rozwiązania dotyczące przymusowego odkupu i wykupu akcji na gruncie europejskim oraz implementowane do prawa regulacje polskie. W szczególności porównane zostaną przesłanki, tryb oraz odrębności przymusowego odkupu w spółkach publicznych w zestawieniu z przymusowym odkupem charakterystycznym dla spółek niepublicznych.

Istota przymusowego wykupu i odkupu akcji

Istotą przymusowego wykupu i przymusowego odkupu akcji jest umożliwienie bądź to większości (wykup), bądź to mniejszości (odkup), odpowiednio wykluczenie bądź wystąpienie ze spółki akcyjnej w przypadku gdy koncentracja kapitału przekroczy określony poziom nasilenia. W konstrukcji normatywnej przymusowego wykupu i odkupu wyraźnie następuje starcie się interesów dwóch grup akcjonariuszy – mniejszościowych i większościowych. Interpretując regulacje dotyczące instytucji przymusowego odkupu i wykupu akcji, należy mieć na uwadze kilka istotnych kwestii. Po pierwsze, zarówno przepisy art. 418, 418[1] i 516[11] § 1 k.s.h., jak i art. 82 i 83 u.o.o.p. mają charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących, co powoduje, że założyciele spółki nie mogą wyłączyć lub ograniczyć tych regulacji na mocy statutu spółki akcyjnej[11]. Po drugie, należy mieć na uwadze, że również

[9] Ustawodawca w przypadku spółki publicznej konsekwentnie posługuje się pojęciem wykupu w obu konstrukcjach żądania większości w stosunku do mniejszości i żądania mniejszości w stosunku do większości. W przeciwieństwie do spółek niepublicznych, gdzie ustawodawca wyraźnie rozróżnia przymusowy wykup (art. 418 k.s.h.) od przymusowego odkupu (art. 418[1] k.s.h.).

[10] Dyrektywa 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia (Dz. Urz. UE L 142/12 z 30.04.2004).

[11] Relację pomiędzy zasadą swobody zawierania umów (art. 353[1] ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm., dalej: k.c.) oraz swobodą w kreowaniu treści statutu spółki akcyjnej określa art. 304 § 3 i 4 k.s.h.

zasada równego traktowania akcjonariuszy (art. 20 k.s.h.)[12] stanowi jeden z instrumentów ochrony praw akcjonariuszy mniejszościowych w spółce[13]. Co więcej, zasada równego traktowania akcjonariuszy „przenika i określa wzajemne relacje między zasadą proporcjonalności i wynikającą z niej zasadą władzy większości oraz zasadą ochrony praw mniejszości, ustanawiając granice ich obowiązywania, czyli aksjologiczne przesłanki, którymi należy kierować się przy rozstrzyganiu, która z tych zasad w okolicznościach konkretnego przypadku powinna przeważyć i w jakim stopniu"[14]. Po trzecie, pamiętając, że instytucje chroniące prawa mniejszości mają jedynie wyjątkowy charakter – są odstępstwem od ogólnej zasady rządów większości – regulacje te należy zawsze interpretować zawężająco i w przypadku ewentualnych wątpliwości rozstrzygać je na korzyść większości.

Na wstępie analizy wskazać należy również, że w ustawie o ofercie publicznej termin „wykup" został użyty zarówno dla żądania większości w stosunku do mniejszości (art. 82 u.o.o.p.), jak i dla żądania mniejszości w stosunku do większości (art. 83 u.o.o.p.). To odstępstwo od przyjętej na gruncie Kodeksu spółek handlowych terminologii – odróżnienie „odkupu" od „wykupu" – należy ocenić krytycznie. Przez pojęcie przymusowego wykupu spółki publicznej należy zatem rozumieć zarówno możliwość żądania przez akcjonariusza większościowego od akcjonariusza mniejszościowego, jak również żądanie akcjonariusza mniejszościowego w stosunku do większościowego sprzedaży wszystkich posiadanych przez nich akcji, oczywiście przy założeniu spełnienia określonych ustawą przesłanek. Instytucję *sell-out* akcji w spółce publicznej reguluje art. 83 u.o.o.p., natomiast instytucję *squeez-out* art. 82 u.o.o.p.

Przymusowy odkup akcji w spółce publicznej[15]

Procedura odkupu jako taka ma na celu chronić akcjonariusza mniejszościowego, któremu ustawodawca daje prawo decyzji – czy chce pozostać w spółce zdominowanej przez większość, czy też woli z niej zostać „wykupiony". Jedynym minusem, w zestawieniu z odkupem, znanym na gruncie Kodeksu spółek handlowych jest ograniczenie terminu, w jakim można żą-

[12] A. Szumański, *Ograniczona wolność umów w prawie spółek handlowych*, GSP 1999, t. V, s. 417.

[13] Tak – za doktryną niemiecką – T. Sójka, *Zasada równego traktowania akcjonariuszy w kodeksie spółek handlowych – zagadnienia podstawowe*, RPEiS 2000, z. 4, s. 37 i 52.

[14] M. Romanowski, *op. cit.*, s. 11.

[15] W dalszej kolejności autor – podobnie jak czyni to konsekwentnie ustawodawca w ustawie o ofercie publicznej – używa pojęcia „odkup" zarówno dla żądania większości, jak i żądania mniejszości wykupienia akcji.

dać odkupu. Tabela zamieszczona poniżej przedstawia najistotniejsze różnice przymusowego odkupu akcji w spółce niepublicznej zawarte w art. 418^1 k.s.h., a także przymusowego wykupu akcji w spółce publicznej zawarte w art. 82 u.o.o.p.

Kryterium dyferencjacji	Spółka publiczna	Spółka niepubliczna
Próg majoryzacji	Min. 90% ogółu głosów akcjonariuszy odkupujących i maks. 10% ogółu głosów akcjonariuszy odkupywanych	Min. 95% kapitału zakładowego akcjonariuszy odkupujących i maks. 5% kapitału zakładowego akcjonariuszy odkupywanych
Zakres podmiotowy	Zakres podmiotowy kalkulacji ogółu głosów akcjonariuszy odkupujących poszerzony o: 1) podmioty zależne lub wobec takiego podmiotu dominujące w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h. 2) członków porozumienia określonego w art. 87 ust. 1 pkt 5 u.o.o.p.	Brak szczególnych regulacji. Za akcjonariuszy odkupujących należy rozumieć wyłącznie faktycznych akcjonariuszy spółki
Kryterium kalkulacji „pakietu większościowego"	Ogół głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy	Udział kapitałowy
Limit odkupywanych	Brak	Maks. pięciu akcjonariuszy odkupywanych
Odpowiedzialność	Solidarna akcjonariuszy odkupujących	Proporcjonalna do wkładów w dniu walnego zgromadzenia wspólników, na którym podjęto uchwałę o odkupie

Sposób odkupu	W trybie ogłoszenia żądania sprzedaży akcji w ramach przymusowego wykupu (art. 82 ust. 4 zdanie pierwsze w związku z art. 83 ust. 1 u.o.o.p)	Dwustopniowość wykupu: 1) żądanie podjęcia uchwały 2) zawarcie umowy cywilnoprawnej
Tryb żądania	1) Zgłoszenie bezpośrednio do odkupujących o zawarcie umowy sprzedaży praw z akcji 2) Żądanie powinno zostać złożone w formie pisemnej 3) Termin trzech miesięcy od dnia, w którym nastąpiło osiągnięcie lub przekroczenie progu (ogłoszony raport bieżący) na zgłoszenie żądania	1) Zgłoszenie za pośrednictwem zarządu (spółki) o podjęcie uchwały 2) Forma dowolna 3) W terminie min. jednego miesiąca przed proponowanym terminem walnego zgromadzenia akcjonariuszy 4) Możliwość zaskarżenia uchwały o odkupie
Pośrednictwo	Obowiązkowe pośrednictwo firmy inwestycyjnej	Za pośrednictwem spółki
Nadzór zewnętrzny	Obligatoryjny nadzór Komisji Nadzoru Finansowego	Brak
Cena odkupu	Ustalana jest na podstawie obiektywnych kryteriów z art. 79 ust. 1-3 u.o.o.p. (znaczne pakiety akcji) Nie niższa niż średnia cena rynkowa z ostatnich sześciu miesięcy na rynku głównym Nie niższa od najwyższej ceny (wartości aportu), jaką w ciągu dwunastu miesięcy zapłaciły (wydały w zamian) za akcje: wzywający, podmioty zależne, członkowie porozumienia	Według wartości przypadających na akcje aktywów netto za ostatni rok obrotowy, pomniejszonych o kwotę przeznaczoną do podziału między akcjonariuszy (art. 418^1 § 6 k.s.h.) Prawo do żądania opinii biegłego rewidenta; prawo do żądania rozstrzygnięcia sporu przez sąd
Termin na spłatę akcji	Trzydzieści dni od dnia zgłoszenia	Trzy tygodnie od dnia ogłoszenia ceny odkupu

Źródło: Opracowanie własne

Podsumowując zawarte w tabeli informacje, należy wskazać na najistotniejsze narzędzia ochrony mniejszości oraz odmienności w przymusowym odkupie akcji w spółce publicznej w stosunku do spółki niepublicznej. Akcjonariusz mniejszościowy chroniony jest, w szczególności, dzięki:

1) przyjęciu szerszego zakresu przesłanek podmiotowych po stronie akcjonariusza odkupującego. Otóż, w spółce publicznej:
   - minimalnym progiem wartościowym, przy którym następuje aktualizacja przesłanek odkupu jest 90%, gdzie w spółce niepublicznej jest to aż 95%;
   - inne jest kryterium kalkulacji przekroczenia progu – w spółce niepublicznej ilość głosów przysługujących na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, w spółce niepublicznej udział akcjonariuszy w kapitale zakładowym spółki;
   - za odkupujących w spółce niepublicznej należy rozumieć także każdego, kto samodzielnie lub wspólnie z podmiotami od niego zależnymi lub wobec niego dominującymi oraz podmiotami będącymi stronami pisemnego lub ustnego porozumienia dotyczącego nabywania przez te podmioty akcji spółki publicznej lub zgodnego głosowania na walnym zgromadzeniu lub prowadzenia trwałej polityki wobec spółki (chociażby tylko jeden z tych podmiotów podjął lub zamierzał podjąć czynności powodujące powstanie tych obowiązków – art. 87 ust. 1 pkt 5 u.o.o.p.), osiągnął lub przekroczył próg 90% głosów na walnym zgromadzeniu;
   - w spółce publicznej – w przeciwieństwie do spółki niepublicznej – brak jest limitu liczby akcjonariuszy wykupywanych;
2) ustalonym ustawowo zasadom kalkulacji ceny odkupu. Akcjonariusz żądający odkupu akcji uprawniony jest bowiem do otrzymania ceny nie niższej niż określona zgodnie z zasadami ustalania ceny dla ogłaszania wezwań na zapisywanie się na sprzedaż lub zamianę akcji (art. 79 ust. 1-3 u.o.o.p.), co gwarantuje odkupywanemu akcjonariuszowi, że cena, jaką otrzyma za akcje będzie odpowiadać uśrednionej rynkowej ich wartości[16];
3) przyjęciu, że już samo żądanie skierowane do akcjonariusza większościowego aktualizuje zobowiązanie po jego stronie do odkupienia akcji – nie jest wymagana jakakolwiek uchwała walnego zgromadzenia, jak to jest w przypadku spółki niepublicznej;
4) korzystnemu, relatywnie krótkiemu trzydziestodniowemu terminowi na pełne spłacenie odkupywanego akcjonariusza, liczony od dnia zgłoszenia żądania na piśmie;

[16] S. Janczewski, *Ochrona praw mniejszości w spółkach akcyjnych*, Warszawa 1930, s. 9.

5) przyjęciu solidarnej odpowiedzialności podmiotów zobowiązanych do odkupienia akcji zgodnie z żądaniem;
6) obligatoryjnemu pośredniczeniu w transakcji firmy inwestycyjnej prowadzącej działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, który ogłasza i przeprowadza przymusowy wykup (art. 82 ust. 5 u.o.o.p.), której obecność gwarantuje odkupywanemu sprawne przeprowadzenie transakcji;
7) obligatoryjnemu nadzorowi zewnętrznemu prowadzonemu przez Komisję Nadzoru Finansowego[17];
8) przyjęciu, że nabycie akcji w wyniku przymusowego wykupu następuje bez zgody akcjonariusza odkupującego na podstawie żądania w formie pisemnej skierowanego do zobowiązanego do odkupu (art. 82 ust. 3 u.o.o.p.).

Przymusowy wykup akcji w spółce publicznej

W przeciwieństwie do instytucji przymusowego odkupu (art. 83 u.o.o.p.), przymusowy wykup akcji zastrzeżony został w ustawie (art. 82 u.o.o.p.) na korzyść akcjonariatu większościowego. Instytucja przymusowego wykupu akcji służyć ma bowiem przede wszystkim wyeliminowaniu ze spółki takich akcjonariuszy, którzy w sferze korporacyjnej spółki nie odgrywają praktycznie żadnego znaczenia, tzn. siła reprezentowanych przez nich głosów jest minimalna w porównaniu z siłą głosów, jaką dysponuje akcjonariusz (akcjonariusze) większościowy, a jednocześnie obecność w spółce takich akcjonariuszy niesie ryzyko wystąpienia konfliktów[18]. Dodatkowym argumentem uzasadniającym wprowadzenie instytucji przymusowego wykupu jest możliwość obniżenia kosztów funkcjonowania spółki[19] związanych z występowaniem w ramach struktury akcjonariatu drobnych akcjonariuszy, a także chęć zwiększenia „operatywności" samej spółki. Można powiedzieć, że regulacja wykupu akcji drobnych akcjonariuszy przez akcjonariuszy większościowych wynika z ekonomicznych potrzeb rynku kapitałowego.

Nie powinno budzić wątpliwości, że istnienie w Kodeksie spółek handlowych regulacji prawnej umożliwiającej akcjonariuszom większościo-

[17] M. Spyra, *Ochrona akcjonariuszy na publicznym rynku papierów wartościowych*, PiP 2000, z. 2, s. 65.

[18] Ze względu na to, że drobni akcjonariusze posiadają uprawnienie do zaskarżania uchwał, mogą oni bardzo niekorzystnie wpływać na działalność spółki.

[19] Obniżenie kosztów funkcjonowania spółki przejawia się możliwością skorzystania ze szczególnych zasad zwoływania i odbywania walnych zgromadzeń (art. 404 § 1 i art. 405 § 1 k.s.h.).

wym wyeliminowanie ze spółki drobnych akcjonariuszy jest dla tych ostatnich niekorzystne i jako takie narusza ich interes. W sytuacji gdy akcjonariusz mniejszościowy wyraża wolę pozostania w spółce, decyzję taką opiera na występowaniu związanych z tym określonych korzyści. Można więc przyjąć, że pozbawienie go statusu akcjonariusza będzie dla niego co do zasady niekorzystne[20]. W takiej sytuacji niezbędne jest wprowadzenie do analizowanej instytucji prawa określonych mechanizmów zabezpieczających interesy akcjonariuszy wykupywanych, a obowiązujących z mocy samego prawa i niemożliwych do wyłączenia na mocy porozumienia stron.

Po pierwsze, wykup akcji może nastąpić jedynie przy założeniu spełnienia rygorystycznych przesłanek podmiotowych i przedmiotowych[21] – niezbędne jest uzyskanie co najmniej 90% głosów w danej spółce przez akcjonariusza wykupującego samodzielnie albo wraz z podmiotami od niego zależnymi lub wobec niego dominującymi lub też wspólnie z podmiotami będącymi stronami porozumienia dotyczącego nabywania przez te podmioty akcji spółki publicznej lub zgodnego głosowania na walnym zgromadzeniu lub prowadzenia trwałej polityki wobec spółki. Przepisy ustawy o ofercie publicznej nie przewidują natomiast żadnego limitu liczby akcjonariuszy, którzy łącznie mieliby spełniać ww. kryterium. Co więcej, brak jest również limitu liczby akcjonariuszy wykupywanych – jak to ma miejsce na gruncie art. 418 k.s.h. – co oznacza, że samo przekroczenie progu 90% głosów na walnym zgromadzeniu pozwala skutecznie zażądać przeniesienia własności praw z akcji od akcjonariuszy (akcjonariusza) mniejszościowych. Kolejnym niekorzystnym elementem konstrukcji jest to, że przymusowy wykup następuje na podstawie oświadczenia (czynność prawo kształtująca) wykupujących skierowanego do wykupywanych. Pomimo że ustawodawca nakłada obowiązek dochowania formy pisemnej takiego oświadczenia, to należy przyjąć, że tryb wykupu, w którym przeniesienie własności praw następuje bez zgody dotychczasowego ich właściciela, jest bardzo niekorzystne dla akcjonariusza wykupywanego.

Po drugie, ustawodawca ogranicza czasowo możliwość zwrócenia się z żądaniem o przymusowy wykup akcji. Otóż, żądanie przymusowego wykupu jest skuteczne tylko wówczas, gdy zostało doręczone wszystkim wykupywanym akcjonariuszom mniejszościowym w terminie trzech miesięcy od osiągnięcia lub przekroczenia progu 90% głosów na walnym zgromadzeniu. Powyższe sprawia, że gdy akcjonariusz nie zrealizuje swojego prawa do żądania w tym terminie, uprawnienie to nie będzie mogło być realizowane ponownie w przyszłości, nawet gdyby dany akcjonariusz jeszcze

[20] A. Szumański, *Przymusowy wykup akcji drobnych akcjonariuszy*, PPH 2001, nr 11, s. 2.

[21] P. Bielski, *Przymusowy wykup akcji drobnych akcjonariuszy a natura spółki akcyjnej*, PPH 2001, nr 11.

powiększył swój udział kapitałowy ponad posiadane już 90% w przyszłości. Prawa do żądania wykupu aktualizuje się wyłącznie w chwili osiągnięcia lub przekroczenia progu 90% głosów. *Ergo*, akcjonariusz, który w przeszłości osiągnął lub przekroczył próg 90% głosów w spółce, może nabyć nowe prawo do żądania wykupu jedynie wtedy, gdy obniży swój udział poniżej progu 90% głosów, a następnie osiągnie go lub przekroczy ponownie – termin trzech miesięcy z art. 82 ust. 1 u.o.o.p. jest terminem zawitym.

Po trzecie, najistotniejszym środkiem zabezpieczającym majątkowe interesy wykupywanej mniejszości jest ustawowo uregulowany sposób kalkulacji ceny wykupu. Cenę przymusowego wykupu w spółkach publicznych określa się według zasad ustalania ceny przy wezwaniach art. 79 ust. 1-3 u.o.o.p. Wobec tego cena wykupywanych akcji nie może być niższa od średniej ceny rynkowej z okresu sześciu miesięcy poprzedzających dzień zgłoszenia żądania wykupu, w czasie których dokonywany był obrót tymi akcjami na rynku głównym, albo średniej ceny rynkowej z krótszego okresu – jeżeli obrót akcjami spółki był dokonywany na rynku głównym przez okres krótszy niż sześć miesięcy. W sytuacji zaś gdy nie jest możliwe ustalenie ceny w ten sposób albo w przypadku spółki, w stosunku do której otwarte zostało postępowanie układowe lub upadłościowe – cena wykupywanych akcji nie może być niższa od ich wartości godziwej. Ponadto cena wykupywanych akcji nie może być niższa od najwyższej ceny, jaką za akcje będące przedmiotem wykupu podmiot żądający wykupu, podmioty od niego zależne lub wobec niego dominujące, albo podmioty będące stronami zawartego z nim porozumienia – zapłaciły w okresie dwunastu miesięcy przed zgłoszeniem żądania wykupu, albo też najwyższej wartości rzeczy lub praw, które podmiot żądający wykupu lub podmioty, o których mowa powyżej, wydały w zamian za akcje będące przedmiotem wykupu, w okresie dwunastu miesięcy przed ogłoszeniem żądania przymusowego wykupu. Oprócz powyższego cena akcji proponowana w ogłoszeniu o wykupie nie może być niższa od średniej ceny rynkowej z okresu trzech miesięcy obrotu tymi akcjami na rynku regulowanym poprzedzających ogłoszenie wezwania. Nie jest możliwe jednak – jak to jest przy wezwaniach – jakiekolwiek modyfikowanie ceny wykupu. Należy także pamiętać, że zgodnie z art. 82 ust. 2a u.o.o.p., jeżeli osiągnięcie lub przekroczenie progu posiadania 90% głosów w spółce nastąpiło w wyniku ogłoszonego wezwania na sprzedaż lub zamianę wszystkich pozostałych akcji spółki, wówczas cena przymusowego wykupu nie może być niższa od ceny proponowanej w tym wezwaniu. W konsekwencji, akcjonariusz wykupywany ze spółki ma pewność, że otrzyma godziwą, rynkową cenę za swój „wykupywany" pakiet akcji[22].

[22] A. Całus, *Przymusowy wykup akcji drobnych akcjonariuszy – uwagi prawno-porównawcze*, [w:] *Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Ireneusza Weissa*, Kraków 2003, s. 48-50.

Po czwarte, ogłoszenie żądania sprzedaży akcji w ramach przymusowego wykupu następuje po obligatoryjnym ustanowieniu zabezpieczenia w wysokości nie mniejszej niż 100% wartości akcji, które mają być przedmiotem przymusowego wykupu. Ustanowienie zabezpieczenia powinno być udokumentowane zaświadczeniem banku lub innej instytucji finansowej udzielającej zabezpieczenia lub pośredniczącej w jego udzieleniu, co ma gwarantować wykupywanemu akcjonariuszowi, że nie tylko otrzyma godziwą cenę za swoje akcje, ale faktycznie zostanie zaspokojony z zabezpieczonej przez wykupującego kwoty. Co do zasady zabezpieczenie powinno mieć charakter pieniężny i być ustanowione w walucie, w której będzie dokonany wykup[23].

Po piąte, środkiem mającym chronić akcjonariuszy mniejszościowych jest także to, że ustawodawca zabronił selektywnego wykupywania mniejszości – albo akcjonariusz większościowy decyduje się na wykupienie wszystkich akcjonariuszy mniejszościowych, albo żadnego. Taka konstrukcja wydaje się sprawiedliwa – tutaj wyraźnie widać, że wykup ma realizować interes spółki, a nie partykularne interesy większości. Jedynym wyjątkiem od zasady, że przymusowy wykup dotyczy wszystkich akcjonariuszy mniejszościowych stanowią tzw. akcje pracownicze, tj. akcje, które nieodpłatnie nabyli pracownicy prywatyzowanego przedsiębiorstwa na podstawie przepisów ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji[24]. Akcje te bowiem nie mogą być przedmiotem obrotu przed upływem dwóch lat od zbycia przez Skarb Państwa pierwszych akcji na zasadach ogólnych (akcje zaś nabyte przez uprawnionych członków zarządu prywatyzowanej spółki będących jej pracownikami – przed upływem trzech lat od ich zbycia przez Skarb Państwa). Nie jest także dopuszczalne przymusowe wykupienie akcji akcjonariuszy, którym równocześnie przysługują prawa o charakterze osobistym, przyznane na podstawie art. 354 k.s.h.[25]

Po szóste, przymusowy wykup jest ogłaszany i przeprowadzany za pośrednictwem podmiotu prowadzącego działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, który jest obowiązany – nie później niż na czternaście dni roboczych przed rozpoczęciem przymusowego wykupu – do równoczesnego zawiadomienia o zamiarze jego ogłoszenia Komisji Nadzoru Finansowego oraz spółki prowadzącej rynek regulowany, na którym notowane są dane akcje (art. 82 ust. 5 u.o.o.p.)[26]. Przeprowa-

---

[23] P. Letolc, *Przymusowy wykup akcjonariuszy w spółkach publicznych*, „Miesięcznik Kapitałowy" 2012, nr 10, s. 54-55.

[24] Artykuł 38 ust. 3a ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 216 z późn. zm.).

[25] Tak A. Szumański, *Przymusowy*…, s. 6 i nast.

[26] R. Stroiński, *Cele oraz ryzyka przymusowego wykupu akcji w kodeksie spółek handlowych*, PPH 2001, nr 12, s. 26.

dzenie przymusowego wykupu spółki publicznej regulują dodatkowo przepisy rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 14 listopada 2005 r. w sprawie nabywania akcji spółki publicznej w drodze przymusowego wykupu[27], które określają szczegółowy sposób ogłaszania informacji o zamiarze nabycia akcji spółki publicznej w drodze przymusowego wykupu oraz szczegółowe warunki nabywania akcji objętych przymusowym wykupem. Za dokonanie przymusowego wykupu niezgodnie z zasadami przewidzianymi w art. 82 u.o.o.p. Komisja Nadzoru Finansowego może, na podstawie art. 97 ust. 1 pkt 10a u.o.o.p., w drodze decyzji (wydanej po przeprowadzeniu rozprawy), nałożyć karę pieniężną do wysokości miliona złotych.

Po siódme, odstąpienie od ogłoszonego przymusowego wykupu jest niedopuszczalne, co oznacza, że skutecznie doręczone żądanie wykupu nie może być przez wykupującego cofnięte bez zgody wszystkich wykupywanych[28] (art. 82 ust. 6 u.o.o.p.).

Wnioski końcowe

Problematyka poruszana w niniejszej pracy należy do grupy najbardziej skomplikowanych i kontrowersyjnych zagadnień w polskim prawie rynku kapitałowego, bowiem dotyczy styku dwóch konfliktowych zasad aktualnych na gruncie spółki akcyjnej – zasady rządów większości oraz zasady ochrony praw mniejszości. Nie sposób rozpatrywać omawianych w niniejszym artykule problemów bez odczytywania przedmiotowych regulacji w świetle zasady równości praw akcjonariuszy i zakazu dyskryminacji, kapitałowego charakteru spółki akcyjnej oraz aktualnego obecnie poglądu judykatury na interes spółki, który traktowany jest odmiennie od partykularnych interesów większości czy też mniejszości. Należy pozytywnie ocenić regulacje art. 82 i 83 u.o.o.p., będące przejawem implementacji do polskiego systemu prawa art. 15 i 16 dyrektywy 2004/25/WE. Na pochwałę zasługują przede wszystkim założenia dyrektywy określone w jej preambule oraz sam fakt harmonizacji reguł przymusowego wykupu i odkupu we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej. Analiza konkretnych rozwiązań prawnych mających na celu chronić akcjonariusza mniejszościowego – bądź to cała kompleksowa instytucja przymusowego odkupu, bądź to konkretne środki ochrony w ramach procedury przymusowego wykupu – prowadzi do wniosku, że zakres i stopień ochrony ak-

[27] Dz. U. Nr 229, poz. 1948.

[28] Por. A. Radwan, *Squeeze-out? Tak!, ale nie tak – kilka uwag na temat planowanej nowelizacji art. 418 k.s.h.*, „Prawo Spółek" 2003, nr 4, s. 49.

cjonariuszy mniejszościowych w spółkach publicznych w ramach analizowanych instytucji jest na odpowiednim poziomie.

Bez wątpienia publiczne spółki akcyjne objęte są bardziej liberalnymi przepisami niż spółki niepubliczne (art. 82 i 83 u.o.o.p. w zestawieniu z art. 418 i 418^1 k.s.h.) – niższy jest próg wartościowy umożliwiający przeprowadzenie wykupu lub odkupu, nie ma konieczności zwoływania i podejmowania uchwał walnego zgromadzenia, sposób kalkulacji ceny oparty jest na obiektywnych wskaźnikach rynkowych. Ponadto, cała transakcja przeprowadzana jest przy uczestnictwie domu maklerskiego oraz pod nadzorem Komisji Nadzoru Finansowego, co gwarantuje akcjonariuszowi mniejszościowemu sprawne i zgodne z prawem przeprowadzenie całej procedury. Aczkolwiek istnieje także szereg niekorzystnych rozwiązań dla wykupywanej mniejszości, co jest podyktowane koniecznością zabezpieczenia zasady pewności i bezpieczeństwa obrotu prawnego. Otóż, w przypadku spółek publicznych ustawodawca wprowadza termin maksymalny trzymiesięczny liczony od momentu osiągnięcia lub przekroczenia wymaganego progu zaangażowania w spółce, w którym można skutecznie żądać wykupu. Co więcej, w przypadku spółek niepublicznych przymusowy wykup czy odkup akcji następuje na podstawie oświadczenia strony uprawnionej do żądania (czynność prawo kształtująca). Brak jest ponadto pośrednictwa w całej transakcji samej spółki, to akcjonariusz zobowiązany – wezwany do wykupienia lub odkupienia akcji – bezpośrednio odpowiada przed żądającym za terminową i pełną spłatę określonej ceny.

Wobec powyższego, mimo że teoretycznie regulacje prawne powinny w wystarczający sposób zabezpieczać interesy mniejszości w obu analizowanych instytucjach prawnych, to nie należy zapominać o elementach tej procedury, które mogą stać się źródłem problemów majątkowych dla wykupywanych akcjonariuszy. Z drugiej strony, konstruując określone narzędzia stanowiące wyjątek od ogólnej zasady majoryzacji, należy mieć na uwadze, że środki wprowadzane na korzyść mniejszości nie powinny w swej istocie pozwalać tejże mniejszości na bezkarny szantaż korporacyjny.