UNIWERSYTET KARDYNAŁA STEFANA WYSZYŃSKIEGO
W WARSZAWIE

MŁODY JURYSTA

STUDENCKI KWARTALNIK NAUKOWY Nr 2/czerwiec/2016

Warszawa

30 czerwca 2016 r.

UNIWERSYTET KARDYNAŁA STEFANA WYSZYŃSKIEGO
WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Marek Michalski – Redaktor Naczelny, dziekan WPiA UKSW

Aleksandra Barszcz – studentka WPiA UKSW

Juliusz Karmalski – student WPiA UKSW

Jaśmina Łyczewska – studentka WPiA UKSW

Jakub Przeorek – student WPiA UKSW

Izabela Wilk – studentka WPiA UKSW

Paula Ziembicka – studentka WPiA UKSW

Opiekun naukowy

Prof. dr hab. Marek Michalski

Recenzenci

Prof. dr hab. Marek Michalski, dr hab. Zbigniew Ćwiąkalski, dr hab. Maria Szczepaniec, dr hab. Grażyna Szpor, dr hab. Piotr Zapadka, dr Michał Będkowski – Kozioł, dr Marcin Białecki, dr Krzysztof Buk, dr Aleksandra Gawrysiak – Zabłocka, dr Marek Jeżewski, dr Natalia Kohtamäki, dr Robert Oktaba, dr Marta Osuchowska, dr Tomasz Pałdyna, dr Anna Reda-Ciszewska, dr Krzysztof Siewicz, dr Ewa Skibińska, dr Jan Stoksik, dr Aleksandra Syryt, dr Agnieszka Szczekała, dr Tomasz Szczurowski, dr Marcin Wielec, dr Martyna Wilbrandt-Gotowicz, mgr Łukasz Gołąb, mgr Nikodem Muszyński, mgr Ewa Płocha, mgr Mariusz Stanik, mgr Barbara Surdykowska, mgr inż. Krzysztof Świtała

Adres Redakcji

Młody Jurysta
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego
Wydział Prawa i Administracji
ul. Wóycickiego 1/3 bud. 17
01-938 Warszawa

www.wpia.uksw.edu.pl/node/3147

e-mail: mlodyjurysta@gmail.com

Warszawa 2016

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Marta Anna Gontarz

Firma oraz jej ochrona w Kodeksie cywilnym .....str. 5

Michał Grudecki

Czy wyrób alkoholu etylowego na własny użytek bez wpisu do rejestru jest przestępstwem?..... str. 14

Wojciech Łogin

Przygotowywanie i realizacja zamówień publicznych na usługi i dostawy informatyczne ..... str. 25

Justyna Pilśnik

Dobrowolne oznaczenia produktów żywnościowych wprowadzające w błąd konsumenta ..... str. 42

Aleksandra Płatek

Kara łączna przed i po nowelizacji z 2015 r. ..... .str. 56

Paulina Sawa

Kilka uwag na temat granicy pomiędzy tymczasowym aresztowaniem a aresztem wydobywczym ..... .str. 65

Dominika Szafran

Wpływ ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny przed i po 1 stycznia 2016 r. ..... .str. 75

Ewa Wójcik

„Wymowne milczenie" czyli instytucja „milczącej zgody" organu administracji publicznej z art. 30 ust. 5 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane ..... *str. 85*

Sebastian Zasada

Status brokera ..... *str. 103*

O Autorach *str.113*

Marta Anna Gontarz

Firma oraz jej ochrona w Kodeksie cywilnym

A business name is an element that identifies and differs an entrepreneur from other participants on the relevant market. It plays a role similar to a name and surname of every person. Functions of business name vary and includes advertising and creating positive associations, causing an increasing influence on demand for products or services offered by an entrepreneur. Business name may be established arbitrary, however some provisions of law limit such possibility. The business name is one of the most important values for every entrepreneur, therefore the Polish legislator decided to set forth some rules in the Civil Code. Two main provisions provided by the Civil Code are – article 43^{10} (protection of a right to a business name) and article 24 with 43 (protection of a business name as a personal good).

1. Wstęp

Odmiennie od znaczenia przypisywanego firmie w języku potocznym, rozumianej jako przedsiębiorstwo, w sensie prawnym firma jest nazwą, pod którą funkcjonuje przedsiębiorca. Zasadniczą funkcją firmy jest zatem oznaczenie przedsiębiorcy oraz jego dostateczne odróżnienie od innych przedsiębiorców prowadzących działalność na tym samym rynku. Z tego powodu przedsiębiorca może posiadać wyłącznie jedną firmę, jest ona jawna, gdyż podlega obowiązkowi ujawnienia we właściwym rejestrze przedsiębiorców (KRS, CEIDG) oraz nie może wprowadzać konsumentów czy też innych przedsiębiorców w błąd, w szczególności co do osoby przedsiębiorcy, przedmiotu prowadzonej działalności, jej miejsca oraz źródeł zaopatrzenia. Podstawowe zasady prawa firmowego zawarte zostały w art. 43^2-43^{10} Kodeksu cywilnego. Są to: zasada jedności, jawności, wyłączności, prawdziwości, ciągłości i niezbywalności firmy[1].

Wraz z wymienioną na wstępie funkcją indywidualizującą, firma pełni również funkcję reklamową i jakościową[2]. Co do zasady funkcje te występują razem, gdyż klienci danego

[1] M. Pazdan, *Komentarz do art. 43^1-43^{10}* oraz *art. 1-449^{10} Kodeksu cywilnego* [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2016.
[2] Ibidem.

przedsiębiorcy wybierają jego towary lub usługi, zachęceni do tego poprzez firmę oraz powiązaną z nią wysoką jakość. Firma ma zatem kreować u klientów danego przedsiębiorcy pozytywne skojarzenia. W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że firma w rozumieniu Kodeksu cywilnego posiada wyłącznie formę słowną, a nie graficzną. Forma graficzna firmy stanowi znak towarowy i podlega ochronie wynikającej z odrębnych przepisów prawa. Najczęściej jednak funkcję reklamową pełni firma w jej formie graficznej jako znak towarowy. Wszystkim przecież znane są logo należące do McDonald's lub Coca-Cola.

Z uwagi na wartość, jaką posiada firma dla przedsiębiorcy, podlega ona ochronie wynikającej z przepisów obowiązującego prawa. Ochrona przewidziana w Kodeksie cywilnym posiada najszerszy zakres, a została uregulowana w art. 24 i 43 oraz 43^{10} Kodeksu cywilnego. Co do zasady obejmuje ona jedynie firmę przedsiębiorcy. *„Tylko "przedsiębiorca" może posługiwać się firmą. Tak więc nazwa osoby prawnej, która nie jest "przedsiębiorcą" w rozumieniu przepisów KC, nie podlega przepisom o firmie"*[3]. Podmioty niebędące przedsiębiorcami mogą podejmować działania ochronne jedynie na podstawie przepisów dotyczących dóbr osobistych. W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że zgodnie z art. 43^1 Kodeksu cywilnego przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową.

Naruszenie firmy rodzi dla przedsiębiorcy możliwość podjęcia działań na podstawie Kodeksu cywilnego o dwojakim charakterze, tj. dotyczących naruszenia prawa do firmy oraz naruszenia dobra osobistego, jakim jest firma dla przedsiębiorcy. W pierwszej kolejności, przed omówieniem szczegółów ochrony, należy nadmienić kilka słów o firmie.

2. Formułowanie firmy

Zasadniczo przedsiębiorca posiada możliwość dowolnego obrania firmy, jednak jej sformułowanie podlega ograniczeniom przewidzianym przepisami prawa. Obligatoryjnym elementem firmy, tworzącym jej rdzeń, w przypadku przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną, jest jego imię i nazwisko, natomiast w odniesieniu do osoby prawnej takim elementem jest jej nazwa. Firma osoby prawnej musi zawierać ponadto dodatek w postaci wskazania formy prawnej, pod którą osoba ta funkcjonuje, np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Obok elementów obligatoryjnych firma może zawierać dodatki fakultatywne, tj. określenia dotyczące

[3] Ibidem.

przedmiotu działalności, miejsca jej prowadzenia lub siedziby, oraz inne dowolnie obrane. Firma przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną, zawierająca jego imię i nazwisko, wskazuje ściśle osobisty związek przedsiębiorcy z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą. Z uwagi na to, że wielokrotnie utworzenie i funkcjonowanie przedsiębiorcy będącego osobą prawną również może pozostawać w ścisłym związku z działaniami określonej osoby fizycznej, firma osoby prawnej może zawierać nazwisko lub pseudonim osoby fizycznej, jeżeli służy to ukazaniu związków tej osoby z powstaniem lub działalnością przedsiębiorcy z zastrzeżeniem, że osoba ta wyrazi w tym zakresie zgodę na piśmie, a w razie jej śmierci niezbędne jest uzyskanie zgody jej małżonka i dzieci.

Związek z działaniami określonej osoby fizycznej może zostać uwzględniony w firmie przedsiębiorcy będącego spółką handlową także po zakończeniu uczestnictwa tej osoby w spółce, jednak pod warunkiem uzyskania jej zgody. Zgodnie z art. 43^8 § 1 Kodeksu cywilnego w przypadku utraty członkostwa przez wspólnika, którego nazwisko było umieszczone w firmie, spółka może zachować w swej firmie nazwisko byłego wspólnika tylko za zgodą wyrażoną na piśmie, a w razie jego śmierci – za zgodą jego małżonka i dzieci. *W firmie osobowych spółek handlowych następuje ujawnienie nazwisk wspólników; wszystkich lub niektórych (zob. art. 24 § 1, art. 90 § 1, art. 104 § 1, art. 127 § 1 KSH). Natomiast w przypadku kapitałowych spółek handlowych (z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnych) obowiązuje ogólna zasada, że firma osoby prawnej może zawierać nazwisko osoby fizycznej związanej z powstaniem lub działalnością tej osoby (zob. art. 43^5 § 3 KC)*[4]. Analogiczne rozwiązanie znajduje zastosowanie do kontynuowania działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną pod dotychczasową firmą przez inną osobę fizyczną będącą jej następcą prawnym. Wartym podkreślenia jest, że w przypadku spółek zachodzi zachowanie dotychczasowej firmy tego samego podmiotu, natomiast w przypadku jednoosobowej działalności gospodarczej osoby fizycznej, jej kontynuowanie następuje przez inną osobę. Pojawia się zatem wątpliwość czy pomimo zachowania dotychczasowej firmy zawierającej imię i nazwisko poprzednika, nowy przedsiębiorca powinien sformułować tę firmę z dołączeniem swojego imienia i nazwiska. W doktrynie[5] wskazuje się, że dołączenie przez następcę prawnego swojego imienia i nazwiska powinno nastąpić, gdyż stanowi element

[4] E. Gniewek, *Komentarz do art. 43^1-43^{10} Kodeksu cywilnego* [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2016.
[5] M. Pazdan, op. cit., Ł. Żelechowski, *Komentarz do art. 43^1-43^{10} Kodeksu cywilnego* [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Przepisy wprowadzające. Część ogólna. Własność i inne prawa rzeczowe*, Legalis 2016.

obligatoryjny zgodnie z art. 43^4 Kodeksu cywilnego. Regulacja art. 43^8 Kodeksu cywilnego stanowi odstępstwo od zasady prawdziwości firmy na rzecz jej ciągłości.

Nadmienić należy również, że oprócz wymienionych w poprzednich akapitach elementów firmy przedsiębiorcy, przepisy szczególne dotyczące konkretnych form prawnych, pod którymi dopuszczalne jest prowadzenie działalności gospodarczej, mogą zawierać dodatkowe wymogi co do sformułowania firmy. Jako przykład wskazać można spółkę komandytową, uregulowaną poprzez przepisy Kodeksu spółek handlowych, której firma powinna zawierać nazwisko jednego lub kilku komplementariuszy. Jeżeli komplementariuszem jest osoba prawna, firma spółki komandytowej powinna zawierać pełne brzmienie firmy tej osoby prawnej. Umieszczenie natomiast w firmie nazwiska komandytariusza będzie skutkowało tym, że jego odpowiedzialność za zobowiązania spółki będzie taka sama jak odpowiedzialność komplementariusza.

Wobec powyższego, w praktyce wymienia się firmy: 1) osobowe – zawierające imiona i nazwiska osób fizycznych albo nazwy osób prawnych, względnie jednostek organizacyjnych będących tzw. ułomnymi osobami prawnymi, 2) rzeczowe – składające się z określenia wskazującego na przedmiot, miejsce lub inne cechy działalności przedsiębiorcy działalności, np. zakłady chemiczne oraz 3) fantazyjne – sformułowane ze słów lub skrótów, które albo nie posiadają żadnego znaczenia w języku polskim, albo posiadają określone znaczenie, lecz nie można stwierdzić związku między tym znaczeniem a przedmiotem, obszarem lub innymi cechami działalności przedsiębiorcy, lub związek ten ma charakter czysto aluzyjny, np. Nokia, Adidas[6].

3. Ochrona prawa do firmy

Art. 43^{10} Kodeksu cywilnego wymienia środki dostępne dla przedsiębiorcy w celu ochrony jego prawa do firmy w aspekcie majątkowym. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przedstawiciele doktryny prawa cywilnego wyrażają odmienne stanowiska co do charakteru dobra, jakim jest firma dla przedsiębiorcy – czy stanowi ona dobro osobiste, majątkowe, czy mieszane. Zgodnie z poglądem części doktryny *prawo do firmy jest przysługującym przedsiębiorcy prawem podmiotowym osobistym, o charakterze bezwzględnym, skutecznym erga omnes, którego treścią jest możność używania firmy w celu identyfikacji przedsiębiorcy w obrocie*[7]. W mniejszości pozostaje stanowisko, że *firma ujęta*

[6] Ł. Żelechowski, op. cit.
[7] E. Gniewek, op. cit.

jako oznaczenie indywidualizujące podmiot prowadzący działalność gospodarczą jest dobrem o charakterze majątkowym, ponieważ wyróżnia przedsiębiorcę i wywołuje wszelkie korzystne lub niekorzystne skojarzenia u jego kontrahentów, współpracowników czy klientów[8]. Prezentowane jest także zapatrywanie o osobisto-majątkowym charakterze tego prawa[9]. Dla potrzeb niniejszego artykułu przyjęte zostało stanowisko o mieszanym charakterze prawa do firmy, gdyż jak wskazał Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 25.2.2015 r. (I ACa 1714/14) *należy wykluczyć pogląd, iż firma ma charakter wyłącznie majątkowy, a przyjąć, że charakter ten jest co najmniej mieszany, osobisto-majątkowy, skoro w prawie tym przenikają się elementy tak osobiste, jak i majątkowe*[10].

Art. 43^{10} Kodeksu cywilnego przewiduje odrębny od przepisów o ochronie dóbr osobistych reżim ochrony majątkowej prawa do firmy. Przesłanką umożliwiającą skorzystanie przez przedsiębiorcę z roszczeń wynikających z omawianej regulacji, jest bezprawność naruszenia prawa do firmy. Art. 43^{10} Kodeksu cywilnego zawiera domniemanie bezprawności naruszenia, oznaczające, że to na podmiocie naruszającym prawo przedsiębiorcy do firmy spoczywa ciężar wykazania, że jego działanie pozostawało w zgodności z prawem. Okolicznością wyłączającą bezprawność będzie m.in. wykonywanie własnych praw podmiotowych, np. prawa do firmy identycznej, jednak w takim przypadku znaczenie będzie miało pierwszeństwo posługiwania się firmą w określonym brzmieniu.

W pierwszej kolejności należy jednak udzielić odpowiedzi na pytanie o działania, które stanowią naruszenie prawa do firmy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 26.5.2006 r. (I ACa 15/06)[11] naruszeniem prawa do firmy będzie bezprawne jej używanie przez osoby trzecie, powodujące pomyłkę lub wprowadzenie w błąd odbiorców co do tożsamości z innym przedsiębiorstwem konkurencyjnym, a także podszywanie się pod cudzą firmę w celu wykorzystania jej renomy. Skutkiem tych działań może być poniesienie przez przedsiębiorcę szkody, spowodowane w szczególności nabyciem usług lub towarów przez wprowadzonych w błąd klientów od przedsiębiorcy dokonującego naruszenia zamiast od przedsiębiorcy, którego prawo do firmy zostało naruszone.

W razie dopuszczenia się w sposób bezprawny przez naruszyciela wymienionych powyżej działań, przedsiębiorcy, którego prawo do firmy zostało zagrożone, przysługuje

[8] M. Kępiński, *Komentarz do art. 43^{10} Kodeksu cywilnego* [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2016.
[9] M. Klapczyńska, *Firma i jej ochrona*, Warszawa 2004, s. 202–208.
[10] Strona internetowa: http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/.
[11] Legalis nr 877852.

żądanie o zaniechanie tego działania. Natomiast w przypadku dokonanego naruszenia, może on także żądać usunięcia jego skutków, złożenia oświadczenia lub oświadczeń w odpowiedniej treści i formie, naprawienia na zasadach ogólnych szkody majątkowej lub wydania korzyści uzyskanej przez osobę, która dopuściła się naruszenia. W razie braku skuteczności podejmowanych przez przedsiębiorcę działań na podstawie omawianej regulacji, przedsiębiorcy przysługuje możliwość wniesienia powództwa o zaprzestanie naruszeń, a w razie poniesienia szkody, także o zapłatę odszkodowania. Celem regulacji art. 43^{10} Kodeksu cywilnego jest zapewnienie przedsiębiorcy ochrony majątkowej prawa do firmy.

4. Ochrona firmy jako dobra osobistego

Drugim z omówionych sposobów ochrony jest art. 24 i 43 Kodeksu cywilnego. Ochrona dóbr osobistych odnosi się zarówno do przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną, jak i osobą prawną, czy też tzw. ułomną osobą prawną. Podstawę ochrony stanowi art. 24 oraz 43 Kodeksu cywilnego. Dobro osobiste stanowi wartość niemajątkową – dla osoby fizycznej ściśle z nią związaną i będącą przejawem godności osoby ludzkiej, obejmującą przede wszystkim integralność fizyczną i psychiczną oraz indywidualność człowieka[12], natomiast dla osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której przepisy prawa przyznają zdolność prawną, umożliwiającą funkcjonowanie zgodnie ze swoim zakresem działania[13]. Dobra osobiste uważane są za prawo osobiste o charakterze bezwzględnym, skutecznym *erga omnes.*

Dobrami osobistymi osoby fizycznej są m.in. zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Wymieniony zakres dóbr osobistych posiada charakter otwarty. Ustawodawca nie stworzył natomiast chociażby przykładowego katalogu dóbr osobistych przysługujących osobom prawnym oraz jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, którym przepisy prawa przyznają zdolność prawną. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku z 7.3.2003 r. (I CKN 100/01) *przy uwzględnieniu niemożności przypisywania osobie prawnej uczuć, wydaje się celowe poszukiwanie definicji dóbr osobistych właściwych tylko osobom prawnym przy uwzględnieniu innej charakterystyki tych dóbr*[14]. *Przykładowo biorąc,*

[12] P. Machnikowski, *Komentarz do art. 23 Kodeksu cywilnego* [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2016.
[13] Wyrok Sądu Najwyższego z 14.11.1986 r., II CR 295/86, OSNCP 1988 nr 2-3, poz. 40.
[14] Legalis nr 58171.

można tu uwzględniać pod szyldem "czci" dobrą sławę (renomę) osoby prawnej, a pod szyldem "nazwiska" i "pseudonimu" nazwę (firmę) osoby prawnej. Bez wątpienia trzeba też zaliczyć do kategorii dóbr osobistych osób prawnych – zbieżnych z dobrami osobistymi człowieka – tajemnicę korespondencji. Wątpliwość może dotyczyć "nietykalności mieszkania", ostatecznie wszakże można konstruować odpowiednie dobro osobiste nietykalności lokali organów osób prawnych (por. M. Pazdan, w: K. Pietrzykowski, KC. Komentarz, t. 1, 2013, s. 164). Z pewnością zaś wykluczone jest przypisywanie osobom prawnym takich dóbr osobistych, jak życie, zdrowie, wolność sumienia[15]. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że ochrona dóbr osobistych osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym przepisy prawa przyznają zdolność prawną, dotyczy wyłącznie dóbr, które odpowiadają właściwości tych podmiotów. Wśród dóbr osobistych przedsiębiorcy co do zasady na pierwszym miejscu wymienia się jego firmę.

Zgodnie z art. 23 Kodeksu cywilnego dobra osobiste pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach. Środki ochrony dóbr osobistych osób fizycznych wymienione zostały w art. 24 Kodeksu cywilnego, natomiast zgodnie z art. 43 Kodeksu cywilnego znajdują one odpowiednie zastosowanie także do osób prawnych, a zatem również do tzw. ułomnych osób prawnych. Środkami tymi są: żądanie zaniechania działania, które zagraża dobrom osobistym danej osoby, a w razie dokonanego naruszenia również żądanie, by osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności by złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Na zasadach przewidzianych w Kodeksie cywilnym środkiem może on także żądanie zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. Co więcej, jeżeli wskutek naruszenia dobra osobistego została wyrządzona szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych. Również w przypadku naruszenia dóbr osobistych musi mieć ono charakter bezprawny, a ciężar dowodu w zakresie wykazania, że działanie było zgodne z prawem, spoczywa na naruszycielu.

Z uwagi na mieszany, osobisto-majątkowy, charakter dobra, jakim jest firma dla przedsiębiorcy, należy wskazać, że ten sam czyn może nie tylko naruszać prawo do firmy i umożliwiać przedsiębiorcy podjęcie działań na podstawie art. 43^{10} Kodeksu cywilnego, ale również naruszać dobra osobiste określonego przedsiębiorcy. *Przykładowo, naruszeniu*

[15] E. Gniewek, op. cit.

prawa do firmy osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą towarzyszyć może naruszenie jej czci, zaś naruszeniu firmy osoby prawnej – naruszenie jej dobra osobistego w postaci dobrej sławy[16]. W doktrynie i orzecznictwie pojawia się spór co do tego, czy art. 43^{10} wyłącza możliwość zastosowania art. 24 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11.6.2012 r. (V ACa 255/12) *pogląd, że art. 43[10] KC wyłącza stosowanie art. 24 KC nie jest odosobniony. Prawo do firmy ma charakter nie tylko osobisty jako prawo do niezbywalnego oznaczenia podmiotu prawa służącego do jego identyfikacji w obrocie gospodarczym. Jednak z chwilą, gdy nazwisko osoby fizycznej staje się częścią firmy przedsiębiorcy zaczyna pojawiać się majątkowy charakter tego dobra. Zatem zgodnie z art. 43[4] KC firma jest tworzona z oznaczeń stanowiących dobra osobiste podmiotów prawa cywilnego, chronione na podstawie art. 24 KC. Z chwilą jednak, gdy dobra te służące oznaczeniu przedsiębiorcy przeistaczają się w jego firmę, ochrona tych dóbr odbywa się na podstawie art. 43[10] KC i wyłączone jest stosowanie art. 24 KC. Wyłączenie stosowania art. 24 KC oznacza, że w przypadku naruszenia prawa do firmy przedsiębiorcy służą jedynie roszczenia określone w art. 43[10] KC. W katalogu tych roszczeń nie jest wymienione (przewidziane w art. 24 KC) roszczenie o zapłatę odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny*[17]. Pojawiają się jednak również pogląd, że przedsiębiorca, wobec którego dopuszczono się naruszenia, może w sposób kumulatywny dochodzić roszczeń także na podstawie art. 24 lub art. 43 Kodeksu cywilnego[18]. Warto zauważyć, że art. 43^{10} Kodeksu cywilnego nie przewiduje roszczenia o zadośćuczynienie, które jest właściwe dla roszczeń z tytułu naruszenia dóbr osobistych. Wskazuje to na wniosek, że ustawodawca zawarł w Kodeksie cywilnym dwie odrębne regulacje dotyczące ochrony firmy, jednak jedna z nich – art. 43^{10} Kodeksu cywilnego dotyczy naruszenia prawa przedsiębiorcy do firmy w postaci m.in. podszywania się pod tę firmę, natomiast druga – art. 24 Kodeksu cywilnego dotyczy naruszenia firmy jako dobra osobistego, m.in. poprzez rozpowszechnianie nieprawdziwych i zniesławiających informacji dotyczących przedsiębiorcy z wykorzystaniem firmy, a jednocześnie godzących w jego renomę. Co więcej, art. 43^{10} Kodeksu cywilnego ma na celu ochronę majątkowych interesów przedsiębiorcy, natomiast art. 24 w zw. z art. 43 Kodeksu cywilnego jego interesów niemajątkowych.

[16] Ł. Żelechowski, op. cit.
[17] Legalis nr 657504.
[18] Ł. Żelechowski, op. cit.

5. Podsumowanie

Firma stanowi jedną z najważniejszych wartości dla przedsiębiorcy, podobnie jak imię i nazwisko dla każdej osoby fizycznej. W pierwszej kolejności pozwala na zidentyfikowanie przedsiębiorcy i odróżnienie go od innych przedsiębiorców działających na danym rynku. Dodatkowo, firma pełni funkcję reklamową i jakościową, której celem jest wywołanie u odbiorcy pozytywnych skojarzeń z danym przedsiębiorcą oraz zachęcenie do nabywania u niego towarów lub usług.

Z uwagi na powyższe, firma podlega ochronie na podstawie przepisów obowiązującego prawa. Najszerszy zakres ochrony zapewniają przepisy Kodeksu cywilnego, tj. art. 43^{10} oraz 24 i 43. Pierwsza z wymienionych regulacji odnosi się do ochrony prawa przedsiębiorcy do firmy, natomiast druga do ochrony dóbr osobistych, w tym dobra, jaki stanowi dla przedsiębiorcy firma, zapewniająca mu renomę oraz dobrą sławę. Wymienione przepisy zapewniają przedsiębiorcy ochronę przed bezprawnym naruszeniem firmy przez osobę trzecią, jednak posiadają odmienny charakter, odnosząc się zarówno do interesów majątkowych, jak i niemajątkowych przedsiębiorcy. W doktrynie pojawiają się odmienne poglądy co do stosunku, w jakim pozostają wobec siebie wymienione powyżej przepisy. Wątpliwość dotyczy możliwości kumulatywnego skorzystania przez przedsiębiorcę z obu źródeł ochrony w szczególności z uwagi na okoliczność, że rodzaje żądań dostępnych dla przedsiębiorcy są niemal identyczne. Należy jednak stwierdzić, że z uwagi na odmienny charakter ochrony wynikającej z obu regulacji, przedsiębiorca może kierować żądania kumulatywnie zarówno na podstawie art. 43^{10}, jak i art. 24 i 43 Kodeksu cywilnego.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach wyrażonym w wyroku z 4.11.2004 r. (I ACA 560/04) *ochrona na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych jest najszersza, realizowana jest nie tylko w obrocie gospodarczym, ale i poza nim i może być skierowana przeciwko każdemu, kto dopuszcza się naruszenia interesu przedsiębiorcy związanego z jego firmą. Dlatego też ochrona ta może krzyżować się z innymi przepisami przyznającymi firmie ochronę. Zakres takiej ochrony nie jest ograniczony terytorialnie ani też zakresem działalności uprawnionego do nazwy*[19]. Podkreślenia wymaga zatem, że oprócz regulacji Kodeksu cywilnego istnieje wiele innych reżimów prawnych, które mają na celu ochronę dóbr osobistych przedsiębiorcy, m.in. Prawo własności przemysłowej, a także przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

[19] OSA 2006, Nr 7, poz. 25, s. 50.

Michał Grudecki

Czy wyrób alkoholu etylowego na własny użytek bez wpisu do rejestru jest przestępstwem?

In this article the author consider if the production of ethyl alcohol for own use is prohibited or maybe it is permitted. The Article 12a of The Act of 2 march 2001 on the manufacturing ethyl alcohol and making tobacco products penalizes manufacturing of ethyl alcohol without being registered. The author tries to answer the question if the above Act concerns only conducting business activity or also manufacturing ethyl alcohol and making cigarettes for own use.

The legislative tradition and acts which were previously in force are shortly discussed. By contrast similar regulations are also set forth in many others acts, for example in the Act of 12 May 2011 on wine manufacturing and bottling, and organizing wine market. Abovementioned act makes a distinction between conducting business activity and producing wine for own use which cannot be found in the discussed Act of 2 march 2001.

The author presents the views of the Polish Supreme Court, academics and commentators.

1. Wprowadzenie

Co pewien czas w mediach, w szczególności w prasie oraz na portalach internetowych, pojawia się artykuł dotyczący możliwości legalnej produkcji alkoholu etylowego na własny użytek[1]. W Polsce pozostało bowiem wiele aparatur do produkcji "bimbru" – alkoholu etylowego wytwarzanego w warunkach domowych, jeszcze po okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, kiedy praktyka ta była popularna ze względu na ograniczoną

[1] M. Raczkowska, *Bimbrownia w domu: Czy w Polsce można na własny użytek produkować alkohol?*, 23.04.2015: http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/867137,bimbrownia-w-domu-czy-w-polsce-mozna-na-wlasny-uzytek-produkowac-alkohol.html (dostęp 18.06.2016).

dostępność alkoholu na rynku (zwłaszcza tuż po II wojnie światowej stosowany był jako nieoficjalny środek płatniczy). Można także kupić i nowe destylatory. Podczas dyskusji na temat legalności tzw. bimbrownictwa pojawiają się zwykle dwa stanowiska – uznające produkcję alkoholu etylowego poza zarejestrowaną działalnością gospodarczą za czyn zabroniony oraz dopuszczające taką działalność, jeżeli jest ona prowadzona na niewielką skalę i na własny użytek. Powyższy problem dotyczy również wytwarzania wyrobów tytoniowych. W kioskach dostępne są maszynki do "skręcania" papierosów, a także tytoń.

Należy zatem dokonać szczegółowej analizy regulacji prawnych w tym zakresie oraz udzielić odpowiedzi na postawione w tytule pytanie – czy wyrabianie alkoholu etylowego oraz wytwarzanie wyrobów tytoniowych na własny użytek wypełniają wszystkie przesłanki warunkujące odpowiedzialność karną?

2. Przedmiot regulacji ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych

Zgodnie z art. 12a ust. 1 ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych wyrabianie, skażanie, odkażanie, oczyszczanie lub odwadnianie alkoholu etylowego albo wytwarzanie wyrobów tytoniowych bez wymaganego wpisu do rejestrów jest przestępstwem zagrożonym grzywną, karą ograniczenia wolności lub karą pozbawienia wolności do roku[2]. Artykuł 3 ust. 1, do którego odsyła art. 12a ust. 1 wyżej wymienionej ustawy stanowi, że działalność gospodarcza w zakresie wyrobu, oczyszczania, skażania lub odwadniania alkoholu etylowego jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i wymaga wpisu do rejestru podmiotów wykonujących działalność w zakresie wyrobu i przetwarzania alkoholu etylowego[3].

Na wstępie należy ustalić przedmiot regulacji omawianej ustawy. Ustawa z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych dotyczy wyłącznie działalności gospodarczej, co wynika z art. 1, który stanowi że ustawa określa zasady i warunki podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w zakresie wyrobu alkoholu etylowego i jego skażania oraz wytwarzania wyrobów tytoniowych. Inny akt prawny dotyczący podobnej branży - ustawa z 12 maja 2011 r. o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina odróżnia wyrób napojów

[2] Ustawa z 2.3.2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych, Dz. U. z 2015 r., poz. 103 ze zm.
[3] Ustawa z 2.7.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.

winiarskich na własny użytek od działalności gospodarczej w tym zakresie, ponieważ w art. 1 ust. 2 zawiera wyłączenie odnoszące się do działalności pozagospodarczej, zgodnie z którym przepisów ustawy nie stosuje się do wyrobów winiarskich wyrobionych domowym sposobem na użytek własny i nieprzeznaczonych do wprowadzania do obrotu[4]. Analogiczną regulację zawiera ustawa z 18 października 2006 r. o wyrobie napojów spirytusowych oraz o rejestracji i ochronie oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych, która w art. 1 ust. 2 stanowi, że przepisów ustawy nie stosuje się do napojów spirytusowych wytworzonych domowym sposobem, na własny użytek i nieprzeznaczonych do obrotu[5]. Jest ona ograniczona wyjątkiem z ust. 3, zgodnie z którym napoje spirytusowe, o których mowa w ust. 2, nie mogą być wytwarzane bezpośrednio w wyniku destylacji po fermentacji alkoholowej. Ustawa zabrania wytworzenia na własny użytek napoju spirytusowego [„(...) napoju alkoholowego przeznaczonego do spożycia przez ludzi, posiadającego określone właściwości organoleptyczne oraz zawartość alkoholu wynoszącą minimum 15% obj. wytworzonego w drodze destylacji, w drodze maceracji, w drodze dodania środków aromatyzujących lub poprzez zmieszanie napoju spirytusowego z innym napojem, alkoholem etylowym pochodzenia rolniczego lub z określonymi destylatami.”], bezpośrednio w wyniku destylacji po fermentacji alkoholowej, czyli za pomocą wyprodukowanego wcześniej przez siebie alkoholu etylowego, co koresponduje z regulacją ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych[6].

Artykuł 1 poprzednio obowiązującej ustawy z 22 kwietnia 1959 r. o zwalczaniu niedozwolonego wyrobu spirytusu (w ostatnim przed uchyleniem brzmieniu) stanowił, że wyrób, rozlew, oczyszczanie, skażanie i odwadnianie spirytusu oraz wydzielanie spirytusu z innego wytworu, a także wyrób i rozlew wódek wymaga zezwolenia udzielonego w trybie określonym w ustawie – Prawo działalności gospodarczej[7]. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy, kto bez wymaganego zezwolenia wyrabia, rozlewa, skaża, oczyszcza, lub odwadnia spirytus lub wydziela go z innego wytworu albo wyrabia lub rozlewa wódkę, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. W rozumieniu przepisu art. 1, każda działalność polegająca na wyrobie alkoholu etylowego wymagała uzyskania zezwolenia.

[4] Ustawa z 12.05.2011 r. o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina, Dz. U z 2014 r., poz. 1104 ze zm.
[5] Ustawa z 18.10.2006 r. o wyrobie napojów spirytusowych oraz o rejestracji i ochronie oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych, Dz. U. z 2013 r., poz. 144 ze zm.
[6] Ustawa z 2.3.2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych, Dz. U. z 2015 r., poz. 103 ze zm.
[7] Ustawa z 22.04.1959 r. o zwalczaniu niedozwolonego wyrobu spirytusu, Dz. U., Nr 27, poz. 169 ze zm.

Podjęcie takiej działalności bez zezwolenia skutkowało popełnieniem czynu zabronionego. J. Wyrembak sądzi, iż obecnie ustawodawca zerwał z tą tradycją, gdyż „(...) wymóg wpisu powiązał zatem wyraźnie tylko z działalnością gospodarczą”[8]. Jednakże należy zwrócić uwagę, że ustawa z 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej w art. 27 ust. 1 zawierała definicję pojęcia zezwolenia, zgodnie z którą uzyskania zezwolenia wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie określonym w przepisach odrębnych ustaw[9]. Zezwolenie było zatem decyzją administracyjną (art. 29 ustawy z 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej), dzięki której zgodnie z prawem można było wykonywać określoną działalność gospodarczą. Ustawa o zwalczaniu niedozwolonego wyrobu spirytusu zakładała konieczność uzyskania zezwolenia na wyrób spirytusu, czyli w jej świetle, tak samo jak w obecnie obowiązującej ustawie o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych, produkcja alkoholu etylowego mogła być prowadzona tylko i wyłącznie w zakresie działalności gospodarczej. Jeszcze bardziej było to widocznie w poprzednio brzmiących przepisach ustawy z 22 kwietnia 1959 r. o zwalczaniu niedozwolonego wyrobu spirytusu, gdyż zamiast zezwolenia wymagana była koncesja[10]. Obecna regulacja jest więc zgodna z tradycją legislacyjną.

3. Kryminalizacja wyrobu alkoholu etylowego na własny użytek

J. Wyrembak uważa, że „(...) żaden z przepisów ustawy [ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych – MG] nie wykluczył możliwości podejmowania i wykonywania opisanej w ustawie działalności poza działalności gospodarczą”[11]. Także J. Warylewski twierdzi, że „wyrabiania alkoholu etylowego na własny użytek ustawa więc nie dotyczy (...)”[12]. Na takim samym stanowisku stoi również W. Wróbel, który zauważa, że „dotyczy ona wyłącznie działalności gospodarczej, nie mając zastosowania do wytwarzania alkoholu etylowego lub wyrobów tytoniowych poza zakresem tej działalności”[13]. Czy poglądy cytowanych autorów są słuszne, a wyrób alkoholu etylowego na własny użytek jest zachowaniem legalnym?

---

[8] J. Wyrembak, *Wyrabianie bez wymaganego zezwolenia alkoholu etylowego – glosa do I KZP 23/04*, „Monitor Prawniczy" 2007, nr 2, Legalis.
[9] Ustawa z 19.11.1999 r. - Prawo działalności gospodarczej, Dz. U., Nr 101, poz. 1178.
[10] Por. art. 11 ust. 1 pkt 5 ustawy z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej, Dz. U., Nr 41, poz. 324.
[11] J. Wyrembak, op.cit.
[12] J. Warylewski, *Wyrób alkoholu na własny użytek. Glosa,* „Gdańskie Studia Prawnicze-Przegląd Orzecznictwa" 2005, nr 1-2, s. 141.
[13] W. Wróbel, *Czy wytwarzanie na własny użytek alkoholu etylowego oraz wyrobów tytoniowych podlega karze?*, 15.05.2004: http://archiwum.rp.pl/artykul/487097-Legalny-bimber.html (dostęp: 31.05.2016).

Należy jednoznacznie stwierdzić, że omawiana działalność wypełnia znamiona czynu zabronionego z 12a ust. 1 ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych. Z brzmienia przytoczonego przepisu można wnioskować, że produkcja alkoholu etylowego jest możliwa wyłącznie w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. Sąd Najwyższy uznał, że nie jest konieczne, aby „(...) w odniesieniu do każdego typu przestępstwa (…) istniał pozakarnoprawny zakaz określonego zachowania się, który to zakaz przepis karny dopiero wzmacnia, przez ustanowienie zagrożenia karą”[14]. Przyjmując jednak, iż przepisy prawa karnego zawierają nie tylko normy sankcjonujące, ale również sankcjonowane, należy stwierdzić, że w art. 12a ust. 1 ustawy o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych znajduje się zakaz wyrobu, skażania, oczyszczania lub odwadniania alkoholu etylowego bez wymaganego wpisu do rejestru, a zatem zabronione jest podejmowanie tych czynności poza ramami działalności gospodarczej[15]. Nie jest konieczne wprowadzenie osobnego, administracyjnoprawnego zakazu produkcji alkoholu na własny użytek.

Dla kontrastu, norma sankcjonowana z art. 81 ust. 1 ustawy z 12 maja 2011 r. o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina, która brzmi „kto bez wymaganego wpisu do rejestru wyrabia lub rozlewa wyroby winiarskie (...)”, nie zawiera zakazu wyrobu wina na użytek własny ze względu na wspomniany na początku art. 1 ust. 2 owej ustawy.

Dodatkowo można zauważyć, iż taka wykładnia omawianego przepisu art. 12a ust. 1 ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych koresponduje z celem ustawy, jakim jest przede wszystkim ochrona interesu państwa (co wynika z uzasadnienia projektu), jak również zapewnienie bezpieczeństwa konsumentom alkoholu[16]. Również wykładnia historyczna, zaprezentowana w podrozdziale pierwszym, broni przyjętej tezy.

Kolejnym argumentem przemawiającym za uznaniem produkcji alkoholu etylowego na własny użytek za działalność kryminalizowaną są fragmenty materiałów legislacyjnych, które przedstawił Sąd Najwyższy w swej uchwale: z posiedzeń Komisji Gospodarki, Komisji

[14] Uchwała Sądu Najwyższego z 30.11.2004 r., I KZP 23/04, OSP 2005/6/81.
[15] "(...) przepisy prawa karnego materialnego określają nie tylko normy sankcjonujące, lecz także normy sankcjonowane, przy czym przepisy te mają charakter zrębowych niezupełnych." - T. Dukiet-Nagórska, *Źródła prawa karnego, jego normy i ich wykładnia* [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa* , Warszawa 2014, s. 57.
[16] Druk sejmowy Sejmu III kadencji nr 2376.

Rolnictwa i Rozwoju Wsi oraz z wystąpienia posła sprawozdawcy Komisji Gospodarki[17]. Sąd Najwyższy zauważył, że „(...) w trakcie jednego z posiedzeń komisji sejmowej padały wyraźne stwierdzenia, że wejście w życie nowej ustawy nie spowoduje, iż produkcja alkoholu na własny użytek przestanie być zabroniona pod groźbą kary (...)"[18].

Do obrony przyjętej tezy posłuży uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych oraz o zmianie innych ustaw z 2011 r.[19] W uzasadnieniu napisano:

„Z kolei art. 12a ustawy z dnia 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych penalizuje zachowania polegające na wyrabianiu alkoholu etylowego bez wymaganego wpisu do rejestru podmiotów wykonujących działalność w zakresie wyrobu i przetwarzania alkoholu etylowego, rozumianym również jako produkcja bimbru. Pogląd ten wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 30 listopada 2004 r., I KZP 23/04, OSNKW 2004/11-12/100, w której stwierdził, że znamiona przestępstwa określonego w art. 12a ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2001r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych (Dz. U. Nr31, poz. 353 ze zm.) wypełnia również wyrabianie alkoholu etylowego na własny użytek (co istotne, sprawa dotyczyła produkcji tzw. bimbru). Pogląd ten znajduje oparcie w definicji alkoholu etylowego, którym jest, zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy, płyn alkoholowy uzyskany w wyniku destylacji po fermentacji alkoholowej produktów rolniczych albo płyn alkoholowy uzyskany w sposób syntetyczny. (…) Dodanie w ustawie z dnia 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych art. 1a, zgodnie z którym przepisów ustawy nie stosuje się do wyrobu napojów spirytusowych w zakresie uregulowanym w ustawie z dnia 18 października 2006 r. o wyrobie napojów spirytusowych oraz o rejestracji i ochronie oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych powinno spowodować pozytywny skutek rozgraniczenia zakresów obu regulacji. W konsekwencji również do wyrobu tzw. bimbru na własne potrzeby nie znajdzie zastosowania art. 12a ustawy z dnia 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych, z którego, jak wyżej wspomniano, Sąd Najwyższy wywiódł, iż przepis ten penalizuje również zachowanie polegające na pędzeniu bimbru na własne potrzeby. Działanie takie będzie bowiem dozwolone na podstawie art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 18 października 2006 r. o wyrobie napojów spirytusowych oraz o rejestracji i ochronie oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych, przy jednoczesnym usunięciu dotychczasowego art. 1 ust. 3 tej ustawy. To ostatnie działanie legislacyjne jest istotne, bowiem dotychczasowy art. 1 ust. 3 uniemożliwiał legalną produkcję na własne potrzeby napoju spirytusowego, która polega na wytwarzaniu bezpośrednio w wyniku destylacji po fermentacji alkoholowej (a tak się właśnie wytwarza tzw. bimber)"[20].

Z cytowanego uzasadnienia projektu jasno wynika, że ustawodawca był świadom bezprawności domowej produkcji alkoholu etylowego, a część posłów próbowała podjąć

[17] Uchwała Sądu Najwyższego z 30.11.2004 r., I KZP 23/04, OSP 2005/6/81.
[18] Ibidem.
[19] Druk sejmowy Sejmu VII kadencji nr 564/2011.
[20] Ibidem.

działania, by ten stan rzeczy zmienić.

Także wykładnia systemowa dostarcza argumentu przemawiającego za postawioną tezą. Jest to obecność w ustawie przepisu art. 14, który stanowi typ kwalifikowany m.in. przestępstwa z art. 12a ust. 1, polegający na uczynieniu sobie z popełniania wskazanych przestępstw stałego źródła dochodu. Jeżeli bowiem kryminalizacja zostałaby ograniczona wyłącznie do osób prowadzących działalność gospodarczą polegającą na produkcji alkoholu bez wpisu do rejestru, norma z art. 14 zostałaby pozbawiona sensu, ponieważ nieodłącznym składnikiem działalności gospodarczej jest działalność zarobkowa, czyli dająca stałe źródło dochodu. W tym przypadku każdorazowe wypełnienie znamion typu czynu zabronionego z art. 12a powodowałoby równoczesne wypełnienie znamion typu kwalifikowanego z art. 14. Taka interpretacja jest wadliwa, gdyż jak przypomniał Naczelny Sąd Administracyjny „w przepisach prawa nie ma bowiem nic niepotrzebnego, nie można zatem tak wykładać prawa, aby pewne jego fragmenty okazały się normatywnie nieistotne – zakaz wykładni *per non est*”[21]. Nie można zatem interpretować przepisu art. 12a ust. 1 w oderwaniu od art. 14. Za Naczelnym Sądem Administracyjnym należy skonstatować:

„Żaden przepis prawa nie jest oderwaną jednostką, lecz występuje w pewnym kontekście systemowym – jest częścią określonego aktu normatywnego, który z kolei jest częścią określonej gałęzi prawa przynależącej do systemu prawa polskiego. Wykładając więc dany przepis prawa, należy brać pod uwagę jego relacje do innych przepisów danego aktu normatywnego (wykładnia systemowa wewnętrzna) oraz do przepisów zawartych w innych ustawach (wykładnia systemowa zewnętrzna). Tylko bowiem realizacja tej dyrektywy wykładni prawa, określanej jako *argumentum a rubrica* (por. L. Morawski, op. cit., s. 133 i n.), gwarantuje zupełne i niesprzeczne odczytanie danej instytucji prawa z przepisów prawa”[22].

4. Kryminalizacja wytwarzania wyrobów tytoniowych na własny użytek

Przed krótkim omówieniem dalszych znamion czynu zabronionego z art. 12a ust. 1 ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych, należy zwrócić uwagę, że ów przepis kryminalizuje również wytwarzanie wyrobów tytoniowych (zgodnie z definicją legalną z art. 2 ust. 2 ustawy są to wyroby wyprodukowane z tytoniu przeznaczone do palenia oraz tabaka). W. Wróbel stwierdza, że jest to argument przeciwko uznaniu produkcji alkoholu etylowego czy wyrobów tytoniowych na

[21] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 22.09.2010 r., II FSK 836/09, dostępny w bazie internetowej: http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F04ABE9CC5 (dostęp: 31.03.2016 r.).
[22] Ibidem.

własny użytek za czyn zabroniony. Zauważa on, że „urządzenia służące do własnoręcznego wytwarzania papierosów są powszechne w sprzedaży. Można także nabyć bibułki oraz sam tytoń przeznaczony do palenia. Nikt nie ma wątpliwości iż wytwarzanie na własny użytek papierosów przy wykorzystaniu tych urządzeń i materiałów nie podlega karze”[23]. Jego pogląd jest zupełnie niezrozumiały, ponieważ w naszym systemie prawnym to wola ustawodawcy, a nie przekonania społeczne, decyduje jakie zachowania są zabronione. Fakt, że maszynki do skręcania papierosów, czy destylatory są dostępne w obrocie, nie oznacza, że korzystanie z nich jest legalne[24]. Ich posiadanie nie jest zabronione, tak samo jak posiadanie antyradaru (art. 66 ust. 4 pkt 4 ustawy z 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym), zaś kryminalizowane jest dopiero samo użycie[25]. Z poglądem tym zgadza się R. Augustyniak, który zauważa, że „(...) w przypadku ujawnienia w zabudowaniach gospodarczych tytoniu do palenia wraz z maszynami do cięcia tytoniu, jak i wytworzonych papierosów należy (…) na podstawie przepisów karnych zawartych w tej ustawie formułować i przedstawić, jak i skierować do sądu akt oskarżenia”[26].

5. Analiza znamion przestępstwa z art. 12a ust. 1 ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych

Celem ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych jest ochrona interesu finansowego państwa oraz utrzymanie dobre jakości alkoholu/wyrobów tytoniowych, a przez to ochrona zdrowia konsumentów[27]. Powołując się na W. Radeckiego można zauważyć, że jednym z celów, który realizuje wspomniana ustawa jest ochrona ludzi przed nadmiernie szkodliwym dla zdrowia alkoholem etylowym[28]. Autor ten trafnie zauważa, że „alkohol etylowy produkowany w «warunkach domowych» musi być bardziej szkodliwy dla zdrowia (pozostałości w postaci tzw. fuzli itp.) niż produkowany przez przedsiębiorcę mającego odpowiednie urządzenia. (…) Doświadczenia

[23] W. Wróbel, op.cit.
[24] Por. przypis 2.
[25] Ustawa z 20.6.1997 r. - Prawo o ruchu drogowym, Dz. U., Nr 98, poz. 602 ze zm.
[26] R. Augustyniak, *Wytwarzanie wyrobów tytoniowych z problematyki właściwej kwalifikacji prawnej czynu,* „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2013, nr 4, s. 108.
[27] K. Kremens, *Przestępstwa z ustawy o wyrobie napojów spirytusowych oraz rejestracji i ochronie oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych, z ustawy o wyrobie i rozlewie napojów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina oraz z ustawy o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych.* [w:] M. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego T. 11. Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, Legalis 2014.
[28] W. Radecki, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2004 r., I KZP 23/04,* OSP 2005/6/81, s. 341.

praktyczne wielu lat stosowania poprzednich przepisów karnych nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że «bimbrownik» truje nie tylko siebie, ale i rodzinę, znajomych, kolegów itp.”[29]. Przestępstwo to ma charakter powszechny i ścigane jest w trybie publicznoskargowym.

Sprawca podlegać będzie odpowiedzialności karnej, jeżeli dokona wyrobu, skażenia, oczyszczenia lub odwodnienia alkoholu etylowego (czyli płynu alkoholowego uzyskanego w wyniku destylacji po fermentacji alkoholowej produktów rolniczych albo płynu alkoholowego uzyskanego w sposób syntetyczny) bądź wytworzy wyrób tytoniowy (wyrób wyprodukowany z tytoniu i przeznaczony do palenia oraz tabaka) bez zarejestrowania swojej działalności gospodarczej w tym zakresie u ministra właściwego do spraw rynków rolnych, który prowadzi zgodnie z wymogami ustawy rejestry w tym zakresie[30].

K. Kremens słusznie uważa, że czyn ten można popełnić zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym[31]. W przypadku wytwarzania wyrobów tytoniowych na własny użytek ze względu na małą świadomość nielegalności tego procederu, sprawca często może działać pod wpływem błędu co do bezprawności.

Omawiane przestępstwo w typie podstawowym zagrożone jest karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Art. 12a ust. 2 zawiera typ kwalifikowany w przypadku, gdy czyn ten dotyczy alkoholu etylowego lub wyrobów tytoniowych znacznej wartości. Przewidywana kara za to przestępstwo to grzywna, ograniczenie wolności albo pozbawienie wolności do lat 2. Wspomniany już w jednym z powyższych akapitów typ kwalifikowany z art. 14a ustawy, polegający na uczynieniu z popełnionego przestępstwa z art. 12a stałego źródła dochodu, zagrożony jest karą pozbawienia wolności do lat 3. W przypadku popełnienia przestępstwa nielegalnego wyrobu alkoholu etylowego czy papierosów, sąd może orzec przepadek owych przedmiotów, służących do ich wytwarzania[32].

6. Społeczna szkodliwość wyrobu alkoholu etylowego oraz wytwarzania wyrobów tytoniowych na własny użytek

Bez żadnych wątpliwości przyjmuje się, iż wytwarzanie alkoholu etylowego na własny użytek jest zachowaniem bezprawnym, wypełniającym znamiona typu czynu zabronionego

[29] Ibidem.
[30] Ibidem.
[31] K. Kremens, op.cit.
[32] Art. 14a ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych.

z art. 12a ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych. Jednakże, zgodnie z art. 1 § 2 Kodeksu karnego, nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma[33]. Biorąc pod uwagę przede wszystkim rodzaj i charakter dóbr (interes finansowy państwa oraz bezpieczeństwo konsumentów alkoholu etylowego), które narusza „bimbrownik", nie sposób uznać stopnia społecznej szkodliwości tego czynu za znikomy.

Jednakże biorąc pod uwagę pozostałe kwantyfikatory stopnia społecznej szkodliwości, w szczególności motywację sprawcy, rozmiary wyrządzonej szkody oraz sposób i okoliczności popełnienia czynu, w przypadku wytwarzania symbolicznych ilości alkoholu etylowego wyłącznie na własny użytek (ewentualnie dla najbliższych osób), czyn „bimbrownika" nie jest wysoce karygodny. Dlatego w przypadku wykrycia nielegalnej domowej produkcji alkoholu etylowego można warunkowo umorzyć postępowanie przeciwko sprawcy. W przypadku, gdy instytucja ta nie może zostać zastosowana z powodu braku spełnienia przesłanek (np. braku niekaralności za przestępstwo umyślne), sąd winien na podstawie art. 59 k.k. odstąpić od wymierzenia kary i orzec przepadek aparatury bimbrowniczej. Sam fakt toczącego się postępowania w większości przypadków spełni funkcję zarówno prewencji generalnej, jak i indywidualnej, a sprawca tak drobnego przestępstwa powinien na przyszłość przestrzegać porządku prawnego.

Powyższe uwagi odnoszą się również do wytwarzania wyrobów tytoniowych na własny użytek. Należy jednak pamiętać, iż owego wytwórcę można uznać za działającego w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności owego czynu. W takim przypadku, ze względu na niemożność zarzucenia winy, sprawca nie popełni przestępstwa.

6. Postulaty *de lege ferenda*

Powyższe rozważania przedstawiły w niebudzący wątpliwości sposób bezprawność wyrobu alkoholu etylowego oraz wytwarzania wyrobów tytoniowych na własny użytek. Różne metody wykładni - językowa, systemowa, celowościowa, historyczna oraz wynikająca z materiałów legislacyjnych - przepisu art. 12a ust. 1 ustawy z 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych potwierdziły, że tzw. „bimbrownictwo" oraz „skręcanie papierosów" wypełnia znamiona kryminalizowanego przezeń typu. Nie występuje potrzeba wprowadzania dodatkowego zakazu omawianej

[33] Ustawa z 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

produkcji w postaci osobnej normy sankcjonowanej. Tak samo nie ma konieczności nowelizacji art. 12a ust. 1 ustawy. Przepis w obecnym brzmieniu jasno stanowi, że wyrób alkoholu etylowego oraz wytwarzanie wyrobów tytoniowych bez wpisu do rejestru (a więc poza działalnością gospodarczą) jest czynem zabronionym pod groźbą kary.

Wojciech Łogin

Przygotowywanie i realizacja zamówień publicznych na usługi i dostawy informatyczne

This article examines issues regarding procedures set forth in Polish Public Procurement Law, especially those regarding procurement of different IT services and products. This type of public procurement has been recently considered as one of the most difficult issues on the side of contracting authorities – starting from the question of choosing the right procedures or submitting the right tender. This article aims to present factors which should be considered in the proceedings along with some solutions for securing the most beneficial outcomes. The author focused on the criteria of selection, framework agreements, and well-constructed descriptions of goods, works or services. Application of certain rules established by academics and commentators may only facilitate the above-mentioned procedures for the contracting authorities.

1. Wprowadzenie

Zgodnie z definicją wprowadzoną przez ustawodawcę europejskiego usługi informatyczne obejmują swym zakresem czynności dotyczące sprzętu komputerowego i oprogramowania oraz usług przetwarzania danych. Kategoria ta obejmuje również usługi konsultacyjne i wdrożeniowe w odniesieniu do sprzętu komputerowego i oprogramowania, konserwację i naprawę komputerów oraz urządzeń peryferyjnych, usługi odzyskiwania danych w przypadku awarii, zapewnianie doradztwa i pomocy w sprawach związanych z zarządzaniem zasobami komputerowymi, analizę, projektowanie i programowanie gotowych systemów (łącznie z opracowywaniem i projektowaniem stron internetowych), oraz konsultacje techniczne związane z oprogramowaniem, licencje na używanie oprogramowania produkowanego seryjnie, opracowywanie, wytwarzanie, dostawę i dokumentację oprogramowania dostosowanego do indywidualnych potrzeb, łącznie z systemami operacyjnymi wykonanymi na zamówienie dla poszczególnych użytkowników, konserwację systemów i inne usługi wsparcia, takie jak szkolenie oferowane w ramach usług konsultacyjnych, usługi przetwarzania danych, takie jak wprowadzanie danych, tworzenie tabel i przetwarzanie na zasadzie współużytkowania (time-sharing), usługi administrowania serwerem internetowym, zarządzanie urządzeniami komputerowymi. Kategoria ta nie obejmuje

opłat licencyjnych za powielanie lub dystrybucję oprogramowania, które są uwzględnione w opłatach za korzystanie z własności intelektualnej, gdzie indziej niezaliczonych. Leasing komputerów bez operatora jest uwzględniony w leasingu operacyjnym[1].

W dziedzinie zamówień publicznych przeprowadzenie przetargu związane z sektorem IT należy do jednego z najtrudniejszych zadań a jednocześnie wyzwań dla zamawiającego. Związane jest to przede wszystkim z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczanego później w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do najczęstszych błędów strony udzielającej zamówienie należy złe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, który może być zbyt rozbudowany lub zbyt wąski. Brakuje tutaj zachowania pewnego optimum, które w dalszej fazie postępowania nie doprowadziłoby do odwołania lub uzyskania produktu wadliwego. Ponadto błędem zamawiającego jest również częste korzystanie z procedury udzielania zamówienia z wolnej ręki w przypadku dodatkowych czynności związanych z produktem podstawowym, gdzie beneficjentem takiego działania jest podmiot wygrany w przetargu głównym. W moim przekonaniu jest to jawne ograniczenie konkurencji względem innych firm prowadzących podobną działalność. Nie mieści się to również w kategorii przesłanek wskazanych w art. 67 pkt. 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych z 29.1.2004 r., zwanej dalej Ustawą[2]. W tym miejscu należy postawić pytanie w jaki sposób zamawiający powinien skonstruować opis przedmiotu zamówienia w tym sektorze, by osiągnąć wcześniej wspomniane optimum, jak również z jakich innych środków należałoby skorzystać celem uzyskania jak najlepszego przedmiotu zamówienia, odpowiadającego celom zamawiającego ?

2. Kryteria pozacenowe jako ważny czynnik w ocenie ofert

Bolączką w tego typu przetargach jest również kierowanie się przez zamawiających wyłącznie kryterium ceny , zapominając jak ważne przy tego typu usługach oraz produktach z tej dziedziny są kryteria pozacenowe. Mimo, że są one wykorzystane stanowią zaledwie około 3-5% punktów stanowiących o wyborze najkorzystniejszej oferty[3]. Kryteriami jakie można wyróżnić są :

- funkcjonalność
- parametry techniczne

[1] Dz. Urz. UE 2012 Nr L 166/22.
[2] Dz.U. 2004 nr 19 poz. 177.
[3] I. Skubiszak-Kalinowska, *Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne - wybrane zagadnienia,* „Zamówienia Publiczne. Doradca" 2015, Nr 4, s. 42 .

- aspekty środowiskowe, społeczne oraz innowacyjne
- kryterium serwisu
- termin wykonania
- koszty eksploatacji

Za najważniejsze w przypadku przetargów dotyczących sektora IT uważam pierwsze dwie pozycje jak również serwis, termin wykonania i późniejsze koszty utrzymania zakupionej usługi. Zamawiający musi zdać sobie sprawę, że przypadku kupna usługi lub sprzętu komputerowego musi być ona funkcjonalna, ale nie w znaczeniu ogólnym, lecz chodzi tutaj o kompatybilność z oprogramowaniem lub sprzętem już posiadanym. Dany zakup musi być także dostosowany do realizacji zadań stojących przed zamawiającym. Dlatego tak ważne staje się odpowiednie pojmowanie tego kryterium, a moim zdaniem w jego realizacji może tylko pomóc procedura dialogu technicznego przewidzianego w art. 31a lub dialogu konkurencyjnego z art. 60a Ustawy. Zamawiający może dzięki takim konsultacjom wypracować jak najlepsze założenia przyszłej usługi, dostosowane idealnie do swoich potrzeb. Takie rozwiązanie popiera Prezes Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji – dr. inż. Wacław Iszkowski. Jego zdaniem zamawiający nie jest w stanie na podstawie informacji z dokumentacji czy też z Internetu zorientować się co będzie najlepsze dla niego, dlatego dopiero kilkukrotna rozmowa z firmami może przynieść właściwe rozwiązanie[4]. Niestety takie tryby nie znajdują uznania u zamawiających, zwykle ze względu na pracochłonności przy ich przygotowaniu. Ale czy czasem nie warto poświęcić więcej czasu, być bardziej dokładnym tak, aby efekt finalny cieszył się zadowoleniem obu stron?

Parametry techniczne uzależnione być powinny z kolei od przeznaczenia zakupionej usługi lub sprzętu, tak aby wydajność podczas wykonywanych zadań pozostawała na wysokim poziomie. To kryterium również w mojej opinii mogłoby być objęte dialogiem technicznym.

Serwis z punktu widzenia "żywotności" zakupionych dostaw lub usług, wyłania się jako jedno z najważniejszych kryteriów, które moim zdaniem powinno być najwyżej punktowane i stawiane na równi z kryterium ceny. W przypadku wystąpienia usterki podjęcie działań naprawczych odnoszących się do sprzętu lub całego systemu informatycznego jest niezwykle ważne. Przede wszystkim z racji realizacji dużych projektów, w przypadku których nie można

[4] K. Pasławski, *Z przetargami w branży IT jest problem*, 02.04.2014: http://www.crn.pl/news/wydarzenia/prawo/2013/04/z-przetargami-w-branzy-it-jest-problem (dostęp: 14.04.2016).

pozwolić sobie na długie przestoje, gdyż najczęściej wiąże się to z obsługą wielu petentów[5]. Zamawiający biorą pod uwagę najczęściej :

- dostępność serwisu
- czas pracy serwisu
- czas reakcji na zgłoszenie
- miejsce świadczenia serwisu
- maksymalny czas naprawy

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na to czym różni się usługa serwisu od gwarancji jakości. Zamawiający utożsamiając te dwie instytucje popełnia poważny błąd. Niestety takie przypadki odnotowano w praktyce. Podstawową różnicą jest zakres usług świadczonych przez wykonawcę. Gwarancja posiada węższy zakres świadczeń, ograniczający się tylko do naprawy wad systemu informatycznego, ale wynikających z samego sytemu[6]. Serwis natomiast może sobą obejmować cały system informatyczny świadczeniem usług. Polegają one na usuwaniu wad, powstałych nawet z winy zamawiającego, prowadzeniu prac informatycznych, mających na celu dostosowanie do obowiązujących przepisów prawa lub dodawanie do niego nowych narzędzi. Zróżnicowanie pojawia się również w obszarze rodzaju wad. Serwis w swej istocie zapewnia naprawę komponentów wykonanych przez podmioty trzecie, niebędące wykonawcami systemu, w przeciwieństwie do gwarancji. By uzyskać jak największe korzyści z zastosowania tego kryterium, jak również otrzymać realny czas świadczenia serwisu czy też gwarancji, zamawiający powinien określić minimalny i maksymalny czas trwania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kryterium terminu wykonania promuje wykonawców, którzy deklarują szybszą realizację przedsięwzięcia, niż ta zapisana w dokumentacji projektowej przez zamawiającego. Odgrywa ono rolę w momencie, kiedy instytucji publicznej zależy na szybszym wykonaniu i jest ona w stanie ponieść większe koszty z tym związane. Sektor IT jest powiązany z presją czasu, dlatego często dostarczenie usługi lub sprzętu musi być natychmiastowe, wtedy zastosowanie ma owe kryterium. Lecz zamawiający na wszelki wypadek, każdorazowo powinien zabezpieczyć się karą umowną w przypadku braku realizacji. Zazwyczaj wysokość w pierwszej kolejności będzie opiewać na sumę, o którą cena realizacji zamówienia wzrosła

[5] I. Skubiszak-Kalinowska, op.cit., s. 36 .
[6] PO. IG, UZP. *Analiza dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki projektów informatycznych 7 osi priorytetowej*, s. 63.

wraz z jego przyspieszeniem. Trzeba jednak pamiętać, że zamawiający może kształtować wysokość kar dowolnie, o ile nie będą one rażąco wygórowane.

Kryterium kosztów eksploatacji ma szczególne znaczenie w sytuacji zakupu przez zamawiającego zarówno oprogramowania, a także sprzętu komputerowego. Powoduje to możliwość otrzymania opłacalnych rozwiązań nie tylko w fazie kupna, ale również podczas eksploatacji. Zamawiający rozpisując przetarg powinien zawsze brać pod uwagę owe kryterium, ze względu na zasady oszczędnego i celowego wydatkowania środków publicznych. Wykonawcy nie mają pełnej dowolności wskazywania kosztów eksploatacji w ofercie, ale z drugiej strony zwykle nie mogą zadeklarować cen zużycia określonych komponentów. Dlatego też najczęściej odbywa się to przez podanie cen zużycia poszczególnych części składowych w normalnych warunkach użytkowania, a następnie odwołują się oni do dostępnych cenników branżowych. Gdy zamawiający zawrze kryterium jako jeden z elementów powodujący wybór najkorzystniejszej oferty, musi uwzględnić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób weryfikacji poziomów zużycia podanych przez wykonawcę w ofercie. Ważne w tym przypadku jest również uwzględnienie zabezpieczenia na wypadek błędnych wyliczeń wykonawcy. W Polsce w zbyt łatwy sposób trwonione są środki publiczne, a przy przetargach z sektora IT zwykle kwoty jakie zamawiający przeznacza na dokonanie zakupu są bardzo duże. Tym samym w mojej opinii należałoby zastanowić się nad nałożeniem obowiązku na zamawiającego, by ten zawierał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium kosztów eksploatacji. To rozwiązanie chroniłoby instytucje publiczne przed wydatkowaniem nadmiernych środków podczas udzielenia zamówienia.

W przetargach na dostawy i usługi informatyczne pojawia się pytanie czy zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może zamieścić kryterium jakościowe? Ten problem został rozwiązany przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z 14.8.2014 r. o sygn. akt KIO 1564/14. Sprawa dotyczyła postępowania w ramach przetargu ograniczonego, a przedmiotem była kompleksowa obsługa systemów informatycznych wspomagających obsługę ubezpieczeń i świadczeń krótkoterminowych. Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty kierował się kryterium jakości wykonanego zadania. Każdy z potencjalnych wykonawców miał otrzymać taki sam zakres dokumentów, po którego analizie mieli oni dokonać wyeliminowania istniejących błędów we wcześniej już posiadanym przez zamawiającego systemie. Wykrycie nieprawidłowości wiązało się z otrzymaniem przez wykonawcę punktów w przedziale od 0 do 4, lecz nie uzyskanie w ogólnym rozrachunku minimum 8 punktów miało skutkować odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 pkt. 1 ust. 2 Ustawy

Prawo Zamówień Publicznych. Taki stan rzeczy doprowadził do wniesienia odwołania przez jednego z wykonawców. Zarzutem jakim kierował on pod adresem zamawiającego był fakt, że przekazana dokumentacja jest nadmiernie obszerna, zawiera elementy, które nie są niezbędne do wykonania zadania, a przede wszystkim zamawiający źle określił cel usługi jaka ma być wykonana, gdyż nie chodzi wcale o znalezienie błędów w systemie, lecz wykrycie ich wszystkich. Zdaniem wykonawcy nawet dołożenie należytej staranności nie gwarantuje osiągnięcia sukcesu, gdyż przewagę w tym postępowaniu będzie miała firma, która skonstruowała system.

Izba jednak nie podzieliła obaw odwołującego i uznała, że nie widzi w tym postępowaniu przejawów faworyzowania wcześniejszego wykonawcy systemu. Uznając, że w tym przypadku odwołujący się w celu osiągnięcia lepszych efektów pracy mógłby zatrudnić większe grono osób do analizy udostępnionej dokumentacji. W takim przypadku Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła również do możliwości wprowadzenia kryterium jakościowego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z pewnych względów nie podzielam opinii wydanej przez Izbę. Po pierwsze nie wzięła ona pod uwagę moim zdaniem kluczowego argumentu wykonawcy jakim było zdanie, że system należy do grona unikalnych, a nie standardowych oprogramowań operacyjnych. Z tego wynika, że przekazanie tylko czystej papierowej dokumentacji dotyczącej systemu może być niewystarczające do wykrycia wszystkich błędów. Informatyka to dziedzina nauk ściśle związana z pracą z komputerem, a nie dokumentami będącymi tylko wynikiem już wcześniej wykonanych zadań. Stąd bierze się ogromna przewaga wykonawcy systemu, zapewne był on w posiadaniu wszelkiego rodzaju aplikacji testowych, stworzonych na potrzebę całego projektu, które mogłyby posłużyć do wykrycia niedostrzeżonych poprzednio uchybień. Takie rozumowanie ewidentnie wskazuje, że został w tej sprawie popełniony błąd, którego następstwem było faworyzowanie twórcy systemu. Jednakże nie powinno to w mojej opinii mieć jakichkolwiek negatywnych skutków co do stosowania przez zamawiających kryterium jakościowego w postępowaniach na dostawy i usługi informatyczne. Z zastrzeżeniem, że nie powinno być ono brane pod uwagę w przypadkach postępowań odnoszących się do usług serwisu, gwarancji lub przetargów modyfikacyjnych.

Stosowanie kryterium pozacenowych w przetargach z dziedziny IT powoduje, że zamawiający otrzymują spersonalizowane produkty, a więc dostosowane do konkretnych, postawionych przed nimi zadań. Pomimo takich korzyści, z raportów Najwyższej Izby Kontroli

wynika, iż w 2014 roku w przypadku 95% przetargów decydowało wyłącznie kryterium ceny[7]. Taki stan rzeczy doprowadził do nowelizacji Ustawy w dniu 29.8.2014 r. W art. 91 ust. 2a zastrzeżono, że cena jako jedyne kryterium może być stosowane tylko w określonych przypadkach – gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny i ma ustalone standardy jakościowe. Taka zmianę w odniesieniu do branży IT należy uznać za słuszną. Miejmy nadzieję, że od tego momentu instytucje publiczne kupując sprzęt komputerowy lub oprogramowanie będą zważały przede wszystkim w pierwszej kolejności na jego funkcjonalność, koszty eksploatacji, kompatybilność, serwis, parametry techniczne, a dopiero w dalszej kolejności na cenę.

Problemy z tego typu przetargiem nie leżą jednak tylko i wyłącznie po stornie zamawiających, lecz również po stronie wykonawców. Problem ten został zauważony już w 2013 r. przez ówczesnego prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Jacka Sadowego. Chodzi tutaj przede wszystkim o nadużywanie odwołań, które branży IT wyniosły w tamtym czasie 18% wszystkich odwołań w zamówieniach publicznych , gdzie 7% wszystkich przetargów stanowi sektor informatyczny. Ponadto 37% odwołań zostało odrzuconych [8]. Świadczy to tylko i wyłącznie o chęci blokowania udzielenia zamówień przez firmy. Niestety ten trend nadal utrzymuje się na podobnym poziomie. Na szczęście udało się wyeliminować z tego sektora przypadłość zmowy wykonawców, która występowała bardzo często. Objawiała się startem w jednym postępowaniu spółki-córki oraz spółki matki, co zwiększało szanse na udzielenie zamówienia, któremuś z tych podmiotów.

Wszystkie wyżej przedstawione, składające się na obraz postępowań informatycznych czynniki, spowodowały, że Urząd Zamówień Publicznych w dniu 10.1.2012 r. wydał wytyczne dotyczące udzielania zamówień publicznych odnoszące się do sprzętu komputerowego[9]. Wskazał w nich, że zamawiający prowadząc postępowanie muszą być skrupulatni tworząc opis przedmiotu zamówienia. Szczególnie należy zwrócić uwagę na zgodność z systemami operacyjnymi i standardami, wyposażenie multimedialne oraz parametry techniczne pozostałych komponentów składających się na zestaw komputerowy. Wydanie takiego dokumentu było dobrą drogą wskazania oraz określenia przez Urząd dobrych praktyk w tej specyficznej dziedzinie. Jedyne co może dziwić i, moim zdaniem, jest brakiem kroku naprzód,

[7] Strona internetowa Wolters Kluwers:: www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytaj/-/artykul/prezes-nik-ustawie-o-zamowieniach-publicznych-trzeba-zmienic (dostęp: 14.06.2016).
[8] K. Pasławski, op. cit.
[9] Strona internetowa Urzędu Zamówień Publicznych: https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/wytyczne-dotyczace-udzielania-zamowien-publicznych (dostęp: 14.06.2016).

to nie sporządzenie podobnego dokumentu odnoszącego się do zakupów oprogramowania. Opracowanie w tej materii dobrego opisu przedmiotu zamówienia, jednocześnie nie posiadając wystarczającej wiedzy na temat rzeczy, którą chce się nabyć bywa bardzo trudne. Jednak zamawiający nie otrzymali w zakresie żadnego wsparcia od instytucji centralnych, pomimo licznych głosów środowiska oraz danych statycznych, które uwypuklają liczne błędy pojawiające się w tego typu postępowaniach. Słuszny w tym miejscu wydaję się postulat *de lega ferenda,* by w tej sytuacji stworzyć akt prawny obligujący zamawiających w obydwu przypadkach do korzystania przy ocenie ofert z kryteriów pozacenowych, jak również przeprowadzanie dialogów technicznego czy też konkurencyjnego. W mojej opinii takie rozwiązanie jest potrzebne, biorąc pod uwagę coroczną skalę wartości wszystkich udzielanych zamówień z sektora IT.

3. Analiza i monitoring przetargów z sektora IT w 2015 r.

W 2015 r. przeprowadzono łącznie 18 279 tysięcy postępowań z zakresu dostaw oraz usług informatycznych na łączną wartość ponad 8 mld złotych[10]. W porównaniu do roku 2014, w którym ilość przetargów była wyższa i wynosiła 21 275 tysięcy, ich wartość byłą niższa o około 1,9 mld złotych. Te liczby już na początku pokazują potencjał polskiego sektora IT oraz zapotrzebowanie instytucji publicznych na oprogramowania oraz sprzęt komputerowy. Wiodący podmiotem pod względem ilości ogłoszonych postępowań było województwo mazowieckie z liczbą 5 667, dalej małopolskie – 1 752 przetargi oraz śląskie – 1 719. Najmniejszą ilość zamówień udzieliło województwo lubuski (tylko 180 postępowań)[11]. Mazowsze również przoduje w klasyfikacji pod względem największej ilości wydanych środków publicznych – 5 mld złotych , co stanowi 63% całej wartości przetargów z branży. Na kolejnych miejscach plasują się województwa wielkopolskie - 497 mln złotych i śląskie – 402 mln złotych. Największe zapotrzebowanie w tym okresie stanowiły dostawy lub dzierżawy komputerów oraz serwerów (23% wszystkich postępowań), kolejno były to dostawy urządzeń, akcesoriów biurowych i komputerowych (15%), kolejne z miejsc należało do dostaw tuszy, tonerów i kartridżów (12%)[12]. Wiodącymi firmami na rynku, które z powodzeniem startują w postępowaniach o udzielnie zamówień publicznych są Giga Multimedia Eugeniusz Sienicki, Eupol Paweł Owczarzak, Asseco Poland S.A. oraz IBM Polska. To właśnie ostatnie

[10] Przetargi w branży IT – podsumowanie 2015 roku: http://www.itreseller.pl/uncategorised/728-przetargi-w-branzy-it-podsumowanie-2015-roku (dostęp: 14.06.2016).
[11] Ibidem.
[12] Ibidem.

z wymienionych przedsiębiorstw wygrało w 2015 r. przetarg o największej łącznej wartości – 230 mln złotych. Dotyczył on udzielenia licencji wraz ze wsparciem na oprogramowanie systemowo-narzędziowo oraz świadczenie usług wsparcia Kodu Sterującego GDPS[13].

4. Umowa ramowa w zamówieniach na usługi informatyczne

W przypadku dostaw sprzętu komputerowego i zakupu usług informatycznych coraz częściej zamówienia publiczne udzielane są w ramach umowy ramowej. Pojawiła się ona w polskim systemie prawnym wraz z uchwaloną w 2004 r. nową Ustawą Prawo Zamówień Publicznych, implementującą dyrektywy unijne 2004/17/WE oraz 2004/18/WE. Z początku jednak możliwość jej stosowania uzyskali tylko zamawiający sektorowi. Dopiero z wejściem w życie nowelizacji z dnia 7.4.2006 r. tę instytucję mogli zacząć posiłkować się również zamawiający klasyczni[14]. Zgodnie z art. 2 pkt. 9a Ustawy pod pojęciem umowy ramowej rozumie się umowę zawartą pomiędzy zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie. Chodzi tutaj przede wszystkim o ceny i przyszłe ilości. Umowa ramowa w znaczeniu *sensu stricto* nie będzie regulowała pełni praw i obowiązków stron, które ją zawarły. Jej celem jest ustalanie ogólnych i wstępnych warunków dalszej współpracy. Potwierdza to wyrok Sądu Najwyższego z 9.9.2009 r. o sygn. V CSK 42/09, w którym SN stwierdził, że „(...) sam fakt zawarcia umowy ramowej nie rodzi ani po stronie instytucji zamawiającej, ani wykonawców, którzy ją zawarli, ani zobowiązania, ani obowiązku kontraktowania, w szczególności mimo zawarcia umowy ramowej może nigdy nie dojść do udzielenia na jej podstawie żadnego zamówienia (...)” [15].

Dlatego też w doktrynie pojawia się pogląd, że umowy ramowe są umowami niepełnymi, niekompletnymi[16]. Można wyróżnić kilka typów umowy ramowej:

- **Podstawowa** – 1 wykonawca – zaoferował najkorzystniejszą ofertę ekonomiczną
- **Kaskadowa** – np. 3 wykonawców. W umowie kaskadowej nie ma maksymalnej ilości wykonawców, ale liczba minimalna wynosi 3 wykonawców– umowa jest podpisana z 3 wykonawcami, gdyż jeden z wykonawców lub zamawiający nie jest zadowolony ze współpracy. Dlatego rozwiązujemy umowę z wykonawcą pierwszym i udajemy się do

[13] Ibdem
[14] J.Pieróg, *Prawo Zamówień Publicznych Komentarz*, wyd. 13,Warszawa 2015, s. 393.
[15] http://sip.legalis.pl.sip-legalis.han3.lib.uni.lodz.pl/document-full.seam?documentId=mrswglrrgeydcojxg42ta (dostęp: 14.06.2016).
[16] M. Andrecka, *Framework agreement,* “Procurment Law Journal” 2015, Nr 2, s. 129.

wykonawcy drugiego. Ten sam problem z drugim wykonawcą może się pojawić jak z pierwszym, wtedy udajemy się do trzeciego wykonawcy

- **„Śpiąca" kaskadowa** (3 wykonawców) – różni się ona od zwykłej umowy kaskadowej tym, że mamy okres przejściowy. Nowa firma wkracza do gry dopiero od momentu wygaśnięcia umowy starej firmy. Okres przejściowy może trwać do 9 miesięcy
- **Z powtórnym otwarciem na konkurencję** (8 wykonawców) – w każdym przetargu każdy z potencjalnych wykonawców walczy o każde nowe zamówienie. Przykład : każdy przetarg wygrywa inny wykonawca
- ***„En facon"*** (8 wykonawców) – przedmiotem tej umowy najczęściej są publikacje. Wykonawcy są w porządku alfabetycznym. Wykonawcę wybiera się na podstawie podania specyfikacji publikacji, które dodaje się do systemu, w którym widnieją potencjalni wykonawcy. To system z pośród listy wykonawców wybiera najlepszego.
- **Hybrydowa** – to połączenie zwykłej umowy z umową ramową (1 wykonawca), np. przetarg na stronę internatową

W kontekście sektora IT czynnikami warunkującymi stosowanie tego rozwiązania w ramach prowadzonych postępowań jest co najmniej kilka.

Ze względu na specyfikę oprogramowania czy też poszczególnych elementów sprzętu komputerowego, w większości przypadków ciężko jest dokonać zakupu wszystkich niezbędnych rzeczy od jednego wykonawcy. Na rynku informatycznym praktycznie nie występują podmioty ukierunkowane we wszystkich dziedzinach. Można zaobserwować podział na firmy produkujące oraz montujące sprzęt oraz te, które wiodą prym pod względem oprogramowania. Jak widać w tej branży panuje olbrzymia konkurencja. Umowa ramowa jest środkiem, który daje zamawiającemu możliwość skorzystania z takiej sytuacji występującej na rynku IT. W przeciwieństwie do zwykłego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy przedmiot jest podzielony na części można dokonać wyboru tylko jednego wykonawcy.

W przetargu, gdzie stosowana jest umowa ramowa można wytypować większą ilość wykonawców. Takie stanowisko potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2.6.2014 r. o sygn. akt 985/14[17]: „(...)Celem zawierania umów ramowych jest, aby zamawiający mógł dokonać wyboru wykonawców – dostarczycieli potrzebnych produktów, które w oparciu o umowy ramowe zamierza nabyć w oznaczonym czasie za ceny nie wyższe niż określone w umowie ramowej, a następnie w oparciu o zweryfikowanych wykonawców i ich oferty

[17] http://sip.legalis.pl.sip-legalis.han3.lib.uni.lodz.pl/document-full.seam?documentId=mrswglrshe2tsmzsgu3de (dostęp: 14.06.2016).

nabywać towary i usługi w szybkim terminie poprzez zamówienia realizacyjne, bez ponawiania czasochłonnych postępowań przetargowych (...)". Izba poruszyła w swym orzeczeniu kolejny moim zdaniem ważny aspekt w kontekście dostaw i usług informatycznych, jakim jest czas. Z uwagi na stosowaną w takich rzeczach technologię urządzenia te zwykle nie mają długiego okresu użytkowania i ulegają po pewnym czasie uszkodzeniu. Umowa ramowa w takich sytuacjach pozwala zamawiającemu, bez szkody dla prowadzonych przez siebie zadań, na dokonanie szybkiego zakupu czy też dostosowanie do nowych potrzeb posiadanego systemu. Czas trwania umowy ramowej zgodnie art. 100 ust. 1 Ustawy nie może być dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy. Odnosząc takie brzmienie przepisu do zakupu licencji na oprogramowanie, jego serwisu lub modernizacji jest bardzo korzystne dla zamawiającego. Z punktu widzenia ciągłości i jakości pracy na danym systemie, zakładając jego bardzo dobrą wydajność i brak potrzeby zmian, przeprowadzenie postępowania po 4 latach mogłoby spowodować tylko zaburzenia w realizacji celów zamawiającego. A tak instytucja publiczna ma możliwość zawarcia umowy ramowej na okres dłuższy, przy czym muszą łącznie być spełnione przesłanki z art. 100 ust.1 Ustawy.

W następnej kolejności niezwłocznie zamawiający musi powiadomić o fakcie zawarcia takiej umowy ramowej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wątpliwości w całym procesie zdaniem prof. Jerzego Pieróga, którego zdanie w pełni podzielam, budzi fakt, że zamawiający zobligowany jest do informacji, ale już po zawarciu umowy[18]. Takie ujęcie pozostawia pewną "skazę" na tej instytucji, czyniąc ją mało przejrzystą oraz może budzić u innych wykonawców pewne wątpliwości. Jednakże z pewnością zakup oprogramowania w taki sposób jest lepszy, niż miałoby się to odbyć w drodze normalnego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, w drodze którego zamawiający nabywa np. 2-letnią licencję na system. W momencie zbliżającego się końca terminu zdaje sobie sprawę, że oprogramowanie, które posiada funkcjonuje dobrze i nie chce dokonać zmiany. Najczęściej zamawiający w tym przypadku korzystają z zamówienia z wolnej ręki z art. 66 Ustawy, powołując się na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt. 1a. Jest to jedno z wypaczeń w przetargach z branży IT. Można zastanowić się czy w tej sytuacji dobrym rozwiązaniem przed upływem czasu licencji nie byłyby testy różnych producentów oprogramowań, dostosowanych do pracy zamawiającego? Odpowiedź na to pytanie powinna być twierdząca. Takie rozwiązanie obok umowy ramowej nie zaburza

[18] J. Pieróg, op. cit., s 395.

pracy instytucji i pozwalana płynne przejście na inne oprogramowania w przypadku zmiany dostawcy.

Wraz z wejściem w życie nowej dyrektywy klasyczny kształt umowy ramowej na skutek ustawodawcy europejskiego ulega lekkiej zmianie. W art. 60 preambuły ustawodawca europejski uznaje, że umowy ramowe są powszechnie stosowane w krajach Wspólnoty oraz stanowią skuteczną technikę udzielania zamówień publicznych. Wskazuje jednak na konieczność doprecyzowania pewnych elementów. Przede wszystkim umów ramowych nie mogą stosować instytucje zamawiające niezidentyfikowane, a więc które nie są stroną danej umowy. Przez takie ujęcie chodzi o to, by strony były wskazane konkretnie przez nazwę lub inaczej, np. przez odesłanie do konkretnej kategorii instytucji w wyraźnie oznaczonym obszarze geograficznym[19]. Zmianą jest również wyraźne doprecyzowanie, iż do umowy ramowej już zawartej nie mogą przystąpić nowi wykonawcy. Jak widać modyfikacje w porównaniu do wcześniejszego stanu prawnego są niewielkie lecz istotne ze względu na brak jasnego stanowiska w przedmiotowych kwestiach, we wcześniejszych uregulowaniach.

Obecnie w Polsce w przypadku dostaw lub usług z zakresu informatyki coraz częściej wykorzystuje się umowę ramową, a zamawiający widząc finalny efekt propagują ten środek w swoich biuletynach dobrych praktyk. Co ciekawe ten instrument znalazł zastosowanie nie tylko w sektorze publicznym, ale również prywatnym. Przykładem takiego działania jest umowa ramowa podpisana przez Orange Polska a firmami Asseco POLAND, Atos IT Services oraz CGI Information Systems and Management Consultants, której przedmiotem jest zarządzanie aplikacjami w zakresie usług stacjonarnych i mobilnych oraz zarządzanie usługami IT i sieci[20]. Wykorzystaniem umowy ramowej w przedmiocie IT może pochwalić się Ministerstwo Spraw Zagranicznych, które zawarło umowę dotyczącą usług szkoleniowych i zapewnienia udziału w szkoleniach z zakresu informatyki dla pracowników[21]. Inną jednostką prężnie wykorzystującą i promującą to rozwiązanie prawne jest Ministerstwo Finansów, które w prezentacji multimedialnej pt. *Strategia w zamówieniach publicznych na przedsięwzięcia informatyczne Ministerstwa Finansów*, podkreśla jak wielką rolę w tym wypadku odgrywa

[19] W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych Komentarz,* Warszawa 2015, s. 40.

[20] *Orange Polska podpisała umowy na usługi IT i sieci*, 26.08.2013: http://serwisy.gazetaprawna.pl/telekomunikacja/artykuly/727566,orange-polska-podpisala-umowy-na-uslugi-it-i-sieci.html (dostęp: 14.06.2016).

[21] *Warszawa: Zawarcie umowy ramowej na Usługi szkoleniowe i zapewnienie udziału w szkoleniach z zakresu informatyki dla pracowników Ministerstwa Spraw Zagranicznych w 2015 roku*, 07.04.2015: https://www.pid.gov.pl/pl/zamowienia/warszawa-zawarcie-umowy-ramowej-na-uslugi-szkoleniowe-i-zapewnienie-udzialu-w-szkoleniach (dostęp: 14.06.2016).

umowa ramowa[22]. Na arenie europejskiej zwolennikiem stosowania umowy ramowej jest dr Zbigniew Raczkiewicz, stosując ją z powodzeniem w Urzędzie Publikacji Unii Europejskiej.

W mojej opinii ten środek w zakresie przetargów z sektora IT, przynosi obok przetargów

z wykorzystaniem dialogu technicznego czy konkurencyjnego, najwięcej dobrego i przyczynia się do prawidłowego przeprowadzenia całego postępowania. *Prima facie* zamawiający pozostawia sobie możliwość wyboru między kilkoma wykonawcami, a to przy ogromnej konkurencji jaka panuje na rynku znacznie zmniejsza wydatkowanie środków publicznych, podczas gdy dostawa czy usługa nie traci na jakości. Do tej pory to właśnie mała wiedza oraz brak rozeznania na temat umowy ramowej powodowało tak rzadkie jej stosowanie. Podsumowując, nie należy unikać korzystania z tego instrumentu, ponieważ, jak wskazuje dogłębna analiza rynku oraz samego rozwiązania prawnego, przynosi ona zdecydowane korzyści.

5. Opis przedmiotu zamówienia jako jeden z najważniejszych czynników w przypadku zamówień z sektora IT

Czynnikiem, który w zamówieniach na dostawy i usługi informatyczne budzi najwięcej kontrowersji jest opis przedmiotu zamówienia. To właśnie on jest zwykle głównym powodem wnoszenia przez wykonawców odwołań w przedmiotowych postępowaniach. Dlaczego ciężko stworzyć dobry opis przedmiotu zamówienia w dziedzinie IT ? Wynika to przede wszystkim z braku wiedzy zamawiającego na temat produktu, który chce nabyć. Często nie posiada on wyspecjalizowanych zespołów, które będą pracowały nad parametrami technicznymi systemu czy też sprzętu komputerowego, który ma zostać nabyty.

Wypracowanie przez Urząd Zamówień Publicznych wytycznych dotyczących dostaw sprzętu komputerowego miało na celu przede wszystkim wspomóc małe gminy, powiaty oraz urzędy miast. Niemożliwym jest jednak stworzenie wzoru wszystkich dokumentów dla wszystkich zamawiających. Wiążę się to w głównej mierze ze specyfiką branży informatycznej. Opis przedmiotu zamówienia jest najważniejszym instrumentem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż w dalszych etapach wpływa na udzielenie zamówienia oraz

[22]Robert Kietliński, Strategia zamówień publicznych w przedsięwzięciach informatycznych MF: https://mac.gov.pl/files/strategia_zamowien_publicznych_w_przedsiewzieciach_informatycznych_mf_-_material_z_konferencji_10.12.2014_0.pdf (dostęp: 14.06.2016).

warunkuje postanowienia później podpisanej umowy[23]. Z art. 29 Ustawy wynika, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Takie brzmienie przepisu jest realizacją zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego dostępu do zamówienia, które znajdziemy w art. 7 ust. 1 Ustawy.

Ze względu na szczególny charakter sektora IT, w mojej opinii ważnym postulatem *de lega ferenda* jest stworzenie rozbudowanego opisu przedmiotu zamówienia, w taki sposób by zamawiający po przeprowadzonej analizie potrafił wymienić czego oczekuje od wykonawców. Moje stanowisko w tej sprawie, wpisuje się jednak w sformułowanie zawarte w art. 29 przez ustawodawcę. Ponadto w tej dziedzinie kluczowy wydaje się również wyrok Krajowej Izby odwoławczej z 17.1.2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 80/07, który staje po stronie zamawiającego, stosującego rozbudowane i precyzyjne opisy przedmiotu zamówienia: „(...) Izba stwierdziła, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczył (...)"[24].

Stanowisko to jest istotne w przypadku sprzętu komputerowego czy też oprogramowania ze względu na fakt , że zmawiający w większości przypadków posiada już inne systemy bądź sprzęt. Rozpoczynając nowy przetarg, chce by nowo zakupione rzeczy były kompatybilne z już posiadanymi. Stąd dokładne i precyzyjne sformułowania pojawiające się w opisach przedmiotu zamówienia w tej dziedzinie. Przykładem takiego działania zamawiającego jest sprawa między Instytutem Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowy Instytut Badawczy a Asseco Poland S.A oraz Hewlett Packard Polska Sp. z o.o..

Przedmiotem zamówienia w tej sytuacji było zaprojektowanie, budowa i wdrożenie

[23] Opinia dotycząca opisu przedmiotu zamówienia dostępna na stronie Urzędu Zamówień Publicznych: https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/opinia-dotyczaca-opisu-przedmiotu-zamowienia (dostęp: 14.06.2016).

[24] http://sip.legalis.pl.sip-legalis.han3.lib.uni.lodz.pl/document-full.seam?documentId=mrswglryguytcojshaza (dostęp: 14.06.2016).

informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu. Odwołujący się w tej sprawie zarzucili m. in., że opis przedmiotu zamówienia jest na tyle rozbudowany, iż umożliwia realizację zamówienia tylko i wyłącznie podmiotom zajmującym się produkcją sprzętu lub oprogramowania, co w świetle art. 29 ust. 2 Ustawy jest złamaniem zasady równego dostępu do zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25.7.2012 r. o sygn. akt KIO 1475/12 i KIO 1476/12[25], uznała odwołanie za niezasadne, przyjmując stanowisko zamawiającego, który uzasadnił swoje działanie. Przyjął on, że nowy system informatyczny będący przedmiotem zamówienia musi być kompatybilny ze wcześniej stworzonymi systemami telemetrii oraz hydrologii, gdyż nie widział on sensu tworzenia wszystkiego od podstaw. Takie działanie umotywował oszczędnościami w wydatkowaniu środków publicznych oraz zachowaniem i ułatwieniem ciągu pracy. Stąd wymagania jakie postawił przed potencjalnym wykonawcą oraz precyzyjny opis przedmiotu zamówienia[26].

Kolejną sprawą pokazującą, że dokładny opis przedmiotu zamówienia w dostawach i usługach informatycznych działa na korzyść zamawiającego, nie powodując przy tym negatywnych skutków prawnych jest odwołanie wniesione przez AMG.NET S.A i BULL SAS przeciwko Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Centrala. Przedmiotem zamówienia było nabycie kompleksowej obsługi systemów informatycznych wspomagającej obsługę ubezpieczeń oraz świadczeń krótkoterminowych. Jeden z zarzutów względem zamawiającego tyczył się opisu zamówienia. Wykonawcy stwierdzili, iż termin 2 miesięcy na wykonanie dwóch etapów projektu powoduje wadliwość opisu przedmiotu zamówienia. W efekcie, według opinii odwołującego, realizacja może być dokonana tylko przez zwycięskie konsorcjum, w związku z czym doszło do naruszenia zasady równego dostępu do zamówienia wynikającego z art. 29 ust. 2 Ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14.8.2014 r. o sygn. akt KIO 1564/14[27] oddaliła zarzuty podnoszone przez wykonawców uzasadniając, że odwołujący wcale nie udowodnił, że termin zastrzeżony przez zamawiającego jest terminem niewykonalnym. W zamówieniach publicznych z zakresu IT, ważnym czynnikiem przy udzielaniu jest termin. Zamawiający nie może pozwolić sobie na długotrwałe wprowadzanie

[25] Wyrok KIO z 25.7. 2012 r. , sygn. akt KIO 1475/12 i KIO 1476/12, dostępny na stronie: ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2012_1475_1476.pdf (dostęp: 14.06.2016).
[26] Ibidem, s. 25.
[27] Wyrok z dnia 14.08.2014 r., sygn. akt KIO 1564/14, dostępny na stronie: ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2014_1564.pdf (dostęp: 14.06.2016).

udogodnień, które będą wpływały negatywnie na jego pracę, w związku sprawy petentów będą się wydłużały, dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła takie stanowisko.

To właśnie w tym kierunku powinno zmierzać orzecznictwo w sprawach z branży IT. Moim zdaniem trzeba być jak najbardziej pozytywnie nastawionym do rozbudowanych opisów przedmiotu zamówienia. Oczywiście wszystko powinno odbywać się w ramach litery prawa, dlatego też popieram każdorazowe badanie danego przypadku pod względem zgodności z zasadą uczciwej konkurencji oraz równowagi w dostępie do zamówienia. To właśnie rozbudowany i precyzyjny opis przedmiotu zamówienia pozwala na uzyskanie przez zamawiającego spersonalizowanego, przeznaczonego do wykonywanych przez niego zadań sprzętu komputerowego czy też oprogramowania. Dzięki taki działaniom oraz wykorzystywaniu w postępowaniach instrumentów miękkich takich jak bazy wiedzy, kodeksy dobrych praktyk, wytyczne czy też standardowe klauzule umowne zamawiający będą budować własny potencjał informatyczny, co być może spowoduje uniknięcie w przyszłości kazusu Państwowej Komisji Wyborczej z 2014 r.[28] W tej sprawie nieprecyzyjne stworzenie opisu przedmiotu zamówienia spowodowało stworzenie wadliwego kalkulatora do liczenia głosów. Informatycy zajmujący się tą sprawą zarzucają błędne jego zaprogramowanie. Było to spowodowane niedokładnym sformułowaniem opisu przedmiotu zamówienia.

Nie można również zapomnieć o aspektach pozaprawnych. Chodzi tu o odwoływaniu się w tego typu przetargach do norm technicznych. Dobrym tego przykładem jest kilka ośrodków w Polsce, które mogą się pochwalić wypracowaniem oraz zastosowaniem w przeprowadzonych postępowaniach bardzo dobrych opisów przedmiotów zamówień, które zawierają odwołania do wielu parametrów technicznych. Chodzi tu o Urząd Miasta Białystok, Powiat Brodnicki oraz Urząd Gminy Kamionka Wielka[29]. Przetargi w tych wypadkach dotyczyły zestawów komputerowych. Zamawiający w sposób bardzo dokładny sporządzili opisy przedmiotu zamówienia, odnosząc się do każdej części komputera.

Nie można pominąć również znaczenia dla zapewnienia neutralności technologicznej przepisów prawnych w zakresie informatyzacji sektora publicznego i zagadnienia interoperacyjności rozwiązań informatycznych, która osiągana jest dzięki zastosowaniu

[28] System się wiesza, członkowie komisji nie mogą się logować. PKW ma wielkie problemy z awarią, 17.11.2014: http://wyborcza.pl/1,76842,16980359,System_sie_wiesza__czlonkowie_komisji_nie_moga_sie.html (dostęp: 14.06.2016).

[29] Fundacja Wolnego i Otwartego Oprogramowania, *Analiza rynku zamówień publicznych na narzędzia informatyczne w okresie 1 stycznia do 30 czerwca 2013 r*., Poznań 2013, s. 25-40.

.

odpowiedniej architektury budowanych systemów (Service Oriented Architecture) oraz stosowanie otwartych standardów, zabezpieczających m.in. przed występowaniem problemu vendor lock-in.

6.Podsumowanie

Rynek IT, jak wielokrotnie zostało podkreślone w niniejszym artykule, jest rynkiem specyficznym, w związku z tym specyficzne są również postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym zakresie. Zamawiający organizując przetargi na dostawy i usługi informatyczne potrzebuje ogromnej wiedzy, nie zawsze ją posiadając. Dlatego moim zdaniem tak istotne jest stosowanie trybu dialogu technicznego bądź konkurencyjnego, precyzyjne formułowanie opisu przedmiotu zamówienia i korzystanie z pozacenowych kryteriów oceny ofert. Podjęcie takich działań w dużym stopniu gwarantuje realizację tego typu postępowań z sukcesem finansowym, a przede wszystkim zadowoleniem zamawiającego ze sprzętu bądź oprogramowania jakie zostało zakupione.

Justyna Pilśnik

Dobrowolne oznaczenia produktów żywnościowych wprowadzające w błąd konsumenta

Consumers across the EU are confronted with an increasing variety of foods. Consequently, it is becoming more and more difficult to make responsible choices while rushing through the supermarket aisles. Food labeling is the basic source of information about the product for consumers. Growing number of food labeling schemes often make it difficult for consumers to navigate through the vast amount of information. Certain information is mandatory, e.g. the food's name, list of ingredients, net quantity, expiry date, operator's name and address. Food information should not be misleading, especially by suggesting that the product has special characteristics or effects it does not have. Such information should be accurate, clear and easy for the consumer to understand. What is more food information provided on a voluntary basis, shall not be ambiguous or confusing for the consumer and where appropriate, based on the relevant scientific data. Incorrect labeling, presentation and advertising of foodstuffs are the most frequent irregularities found by official food inspections, especially in voluntary information.

1. Wprowadzenie

Współcześni konsumenci coraz częściej szukają produktów żywnościowych wysokiej jakości i o unikalnym smaku. W związku z tym, na rynku żywnościowym rośnie popyt na produkty oznaczone takimi deklaracjami oraz sugerujące, że pochodzą one z produkcji ekologicznej lub wyprodukowane zostały bez modyfikacji genetycznych oraz użycia syntetycznych składników[1]. Nic dziwnego, że sugerując się takimi oznaczeniami, coraz częściej sięgamy po tego typu produkty mając nadzieję, że będą one wyprodukowane wyłącznie z naturalnych składników, a swoim składem nie będą się różniły się od produktów, które moglibyśmy sami przygotować w domu. Z racji wzrastającej popularności takich produktów, daje się z łatwością zauważyć postępującą praktykę zamieszczania przez producentów żywności na etykietach produktów żywnościowych tego rodzaju oznaczeń i zapewnień. Niestety w wielu przypadkach jest to tylko zapewnienie, a już skład produktu zamieszczony na

[1] M. Korzycka-Iwanow, *Prawo żywnościowe, Zarys prawa polskiego i wspólnotowego*, Warszawa 2007, s. 217.

jego etykiecie pokazuje, że nie jest to z pewnością produkt, np. bez konserwantów czy sztucznych słodzików.

Unijne prawodawstwo żywnościowe wskazuje jako dobra podlegające ochronie przede wszystkim życie i zdrowie ludzkie, następnie interes ekonomiczny konsumentów, rzetelność transakcji handlowych, jak też zdrowie i warunki życia zwierząt, czy roślin[2]. Najważniejszym celem prawodawstwa żywnościowego Unii Europejskiej jest ochrona interesów konsumentów. Polega ona na umożliwieniu konsumentom świadomego wyboru produktu poprzez dostęp do rzetelnej informacji o produkcie. Zasada ta ma przeciwdziałać wprowadzaniu konsumentów w błąd. Zabezpieczenie realizacji tej zasady przejawia się w regulacjach dotyczących znakowania, reklamy i prezentacji żywności. Uczciwa informacja konsumenta wydaje się być, zaraz po ochronie zdrowia, najważniejszym celem regulacji prawa żywnościowego[3]. Prawo do rzetelnej informacji jest jednym z podstawowych praw konsumenta. Rzetelna informacja co do produktu spożywczego ma zatem przede wszystkim chronić zdrowie konsumenta, ale również jego interesy ekonomiczne.

Na współczesnym rynku żywnościowym, który jest obecnie rynkiem konsumenta, wśród producentów żywności pogłębia się coraz bardziej rywalizacja o pozyskanie dla siebie jak największej liczby konsumentów. Towarzyszy jej zalew dobrowolnych oznaczeń na produktach żywnościowych, przedstawianych jako unikalne, tradycyjne, ekologiczne, jedyne w swoim rodzaju itd. Przy obecnym spadku dochodowości szeroko rozumianej branży żywnościowej, spowodowanym m.in. nadmiarem produktów na rynku żywnościowym, proces fałszowania oznaczeń żywności oraz obniżenie jej jakości, co jest spowodowane stosowaniem na coraz szerszą skalę uprzemysłowionej, tańszej technologii jej wytwarzania, proces ten będzie z pewnością narastał. Motywowana powyższymi względami, autorka niniejszego artykułu podjęła w nim próbę dokonania oceny przepisów prawnych dotyczących znakowania żywności, zmierzając zwłaszcza do ustalenia, na ile przepisy te są w stanie skutecznie chronić wskazane już wyżej interesy konsumentów. Oceny tej dokonano w oparciu o analizę obowiązującego w tym zakresie stanu prawnego, także przy uwzględnieniu orzecznictwa sądowego kształtującego się w ramach praktyki jego stosowania, wyników kontroli prezentowanych przez urzędowe organy kontroli żywności i wreszcie w oparciu o własne obserwacje rynku żywnościowego, jako konsument.

---

[2] M. Taczanowski, *Prawo żywnościowe w warunkach członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 155.
[3] Ibidem, s. 56.

2. Przepisy regulujące oznakowanie produktu

W związku z ujednoliceniem prawa dotyczącego oznakowania produktów żywnościowych, większość regulacji dotycząca tej materii znajduje się w prawodawstwie unijnym. Zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności[4] na etykiecie produktu żywnościowego w opakowaniu obligatoryjnie powinna znaleźć się m.in. nazwa żywności, wykaz składników wraz z zaznaczonymi w nim alergenami, ilość produktu netto, termin przydatności do spożycia lub data minimalnej trwałości produktu, wszelkie instrukcje dotyczące specjalnych warunków przechowywania lub warunków użycia, nazwa lub firma i adres podmiotu odpowiedzialnego za wszelkie informacje na temat udostępnianej żywności. Od 13 grudnia 2016 r. obowiązkowa będzie także informacja o wartości odżywczej produktu. Natomiast na etykiecie żywności nieopakowanej musi znaleźć się nazwa producenta, wykaz składników z uwzględnieniem alergenów oraz nazwa środka spożywczego. Wszelkie inne oznaczenia na etykiecie produktu są dobrowolne. Większość regulacji dotyczących znakowania produktów znajduje się w dokumentach unijnych, dlatego też w polskim prawodawstwie kwestie te szczątkowo reguluje ustawa z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia[5].

Przepisy dotyczące obowiązkowych elementów oznakowania produktu nie brały pod uwagę elementów, które producenci dodatkowo umieszczali na etykietach produktów. W związku z pełną dowolnością opisywania produktów takimi dodatkowymi informacjami konieczna była dalsza regulacja, która zapewniałaby ochronę konsumenta przed nieuczciwymi praktykami producentów i sprzedawców. Z tego powodu przepisy unijne wskazują ogólne reguły jakimi muszą kierować się producenci przy umieszczaniu na etykietach informacji dodatkowych, aby były one zgodne z prawem.

Dobrowolne informacje na temat żywności nie mogą być niejednoznaczne ani dezorientować konsumenta, a w uzasadnionych przypadkach muszą być oparte na odpowiednich danych naukowych. Nie można także prezentować dobrowolnych informacji na temat żywności ze szkodą dla przestrzeni dostępnej do prezentacji obowiązkowych informacji na temat żywności. Warto wiedzieć, że niektóre dobrowolne informacje dotyczące żywności są uwarunkowane przepisami prawa[6]. Jako przykład należy wskazać doprecyzowanie

[4]Dz. Urz. UE 2011 Nr L 304/11.
[5]Dz. U. 2015 Nr 0 poz. 594 ze zm.
[6] Zob. § 19 rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 23.12.2014 r. w sprawie znakowania poszczególnych rodzajów środków spożywczych, Dz. U. z 2015 r. Nr 0, poz. 29.

w przepisach, kiedy oliwa z oliwek może być określona w oznakowaniu jako „łagodna" i kiedy jaja kurze mogą być oznakowane jako „ekstra". Pozostałe informacje podawane na opakowaniu podlegają ogólnym zasadom prawa żywnościowego.

Informacje przekazane na etykiecie zgodnie ze wspomnianym unijnym rozporządzeniem nie mogą wprowadzać w błąd, w szczególności co do charakteru środka spożywczego, jego właściwości, składu, ilości, trwałości, metod wytwarzania lub produkcji, lub poprzez przez sugerowanie, że środek spożywczy ma szczególne właściwości, gdy w rzeczywistości wszystkie podobne środki spożywcze mają takie właściwości, zwłaszcza przez szczególne podkreślanie obecności lub braku określonych składników lub składników odżywczych oraz przez sugerowanie poprzez wygląd, opis lub prezentacje graficzne, że chodzi o określony środek spożywczy lub składnik, mimo że w rzeczywistości komponent lub składnik naturalnie obecny lub zwykle stosowany w danym środku spożywczym został zastąpiony innym komponentem lub innym składnikiem (art. 7). W związku z ujednoliceniem prawa w zakresie znakowania żywności, po wprowadzeniu wspomnianego wcześniej rozporządzenia unijnego uchylono w polskim ustawodawstwie art. 46 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia, który mówił o zakazie wprowadzania konsumenta w błąd. Z powodu znacznego podobieństwa obu regulacji wydaje się prawidłowe przytoczenie tu zarówno poglądu orzecznictwa, jak i doktryny na temat wprowadzania w błąd poprzez etykietę produktu żywnościowego. Ustawa o bezpieczeństwie żywności nie definiowała pojęcia wprowadzania w błąd. Do jego wyjaśnienia stosuje się art. 5 ust. 1 ustawy z 3 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym[7], która również ma na celu ochronę interesów konsumenta. Zgodnie z art. 5 ust. 1 tej ustawy praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli "w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął".

3. Oznakowanie wprowadzające w błąd – kwestie praktyczne

Oznaczenie produktu nie musi faktycznie wprowadzać w błąd, a jedynie, w ocenie przeciętnego konsumenta, powodować taką potencjalną możliwość. Błąd taki musi mieć jednak charakter na tyle istotny, by mógł oddziaływać na decyzję konsumenta. Oceny takiej dokonuje się poprzez wypracowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości model przeciętnego

[7] Dz. U. 2016 Nr 0, poz. 3.

konsumenta. Wypracowany został on w kontekście zgodności regulacji krajowych państw członkowskich z traktatową swobodą przepływu towarów. Polega na założeniu, iż przeciętny konsument jest osobą dobrze poinformowaną, uważną i racjonalną[8]. Wzorzec taki jest względny, a więc zależny od okoliczności. Ustalenia powinny brać pod uwagę uwarunkowania społeczne, kulturowe, językowe, grupę docelową odbiorców produktu, a także fakt, czy środek spożywczy jest towarem nabywanym sporadycznie czy też jest towarem codziennego użytku. Wydaje się bowiem, iż w przypadku towarów codziennego użytku konsumenci w mniejszym stopniu zwracają uwagę na etykiety[9]. Zgodnie z polskim orzecznictwem "przeciętny konsument jest co prawda osobą należycie poinformowaną, uważną i racjonalną, który potrafi wykorzystać posiadany zasób informacji do samodzielnej analizy adresowanych do niego przekazów rynkowych, ale nie upoważnia to producenta do stosowania oznaczeń, które wprowadzają konsumenta w błąd"[10]. W jednym z wyroków sąd zgodził się z faktem, że w aktualnych warunkach rynkowych konsumenci świadomi są ogromnej różnorodności oferowanych im towarów i z rozwagą podchodzą do sposobu, w jaki są one prezentowane, ale uznał, że producent nie może wykorzystywać oznaczeń do wywołania skojarzeń z zupełnie innym produktem[11].

Kwalifikacja etykiety jako wprowadzającej w błąd nie zależy od zamiaru i woli podmiotu wprowadzającego produkt, ale od obiektywnej możliwości wprowadzenia w błąd przeciętego konsumenta. W myśl orzecznictwa sądów "oznakowanie wprowadzające w błąd to nie tylko oznakowanie nieprawdziwe czy mylące, ale również niepełne, niewystarczająco precyzyjne czy wieloznaczne"[12]. Warto w tym miejscu wskazać także na orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym "Jeżeli producent danego produktu spożywczego chce wyróżnić swój produkt przez podanie jego szczególnych cech lub właściwości czy też sposobu produkcji wyróżniających go od produktów tego samego rodzaju, to powinien przy oznaczeniu tej cechy lub właściwości podawać ją na tyle dokładnie i precyzyjnie, aby nie budzić

[8] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 16.07.1998 w sprawie C-210/96, ECR 1998, s. I-04657, pkt 37; Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 15.7.2004 r. w sprawie C-239/02, ECR 2004, s. I-07007, pkt 46.
[9] A. Szymecka-Wesołowska, *Bezpieczeństwo żywności i żywienia. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 635.
[10] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 15.12.2008 r., II GSK 543/08, LEX nr 515977.
[11] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 8.1.2008 r., VI SA/Wa 1774/07, LEX nr 463877.
[12] A. Szymecka-Wesołowska, *Bezpieczeństwo żywności i żywienia. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 637.
Por. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 24.9.2010 r., VI SA/Wa 901/10, Lex nr 759774.

u konsumentów nadmiernych oczekiwań i wyobrażeń o jakości tego produktu, które nie odpowiadają prawdzie lub też są przejawem nieuczciwych praktyk w handlu żywnością"[13].

Wprowadzeniem konsumenta w błąd jest także oznakowanie środka spożywczego w ten sposób, by sugerował posiadanie szczególnych właściwości, jeżeli wszystkie podobne środki spożywcze posiadają takie właściwości. Okoliczność ta obejmuje cechy produktu, które wynikają z wrodzonego charakteru produktu bądź z istniejącego wymogu prawnego obejmującego wszystkie produkty danej kategorii. Działaniem wprowadzającym w błąd będzie zatem nie tylko podawanie nieprawdziwych informacji, ale także podawanie informacji prawdziwych, które ze względu na sposób ich przedstawienia mogą prowadzić do pomyłek konsumentów i ich wyobrażeń o produkcie niezgodnych ze stanem rzeczywistym[14]. Oznakowanie produktu powinno bowiem odzwierciedlać w sposób rzetelny deklarowany przez producenta skład artykułu spożywczego i nie pozostawiać żadnych wątpliwości co do jego właściwości[15]. Użycie na opakowaniach zawierających soki owocowe określenia "bez dodatku słodzików" oraz "według prawa do soków owocowych nie można dodawać słodzików" wprowadza w błąd konsumenta, wpływając tym samym na jego wybór, albowiem sugeruje, iż produkty te mają specjalne właściwości, podczas gdy wszystkie soki, produkowane także przez innych producentów, nie zawierają słodzików[16].

4. Produkt tradycyjny

Producenci żywności w celu zmaksymalizowania swoich zysków często starają się uatrakcyjnić swoje produkty informując na opakowaniach o ich szczególnych cechach. Najczęściej obrazuje się to na przykładzie produktu tradycyjnego, który jest jednoznacznie pozytywnie odbierany przez klientów. W związku z tym ustalenie zasad oznakowania produktów związanych ze specjalnymi metodami produkcji lub specjalnym charakterem przyczynia się do ochrony interesów ekonomicznych producentów oraz nabywców[17].

Produkty tradycyjne traktowane są w Unii Europejskiej jako produkty wyjątkowe, są istotnym elementem promocji danego regionu lub kraju[18]. Nadawanie znaków żywności

[13] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28.4.2010 r., II GSK 580/09, LEX nr 596960.
[14] A. Szymecka-Wesołowska, *Bezpieczeństwo żywności i żywienia. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 638.
[15] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 16.12.2014 r., II GSK 2033/13, Lex nr 1643722.
[16] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26.08.2010 r., VI SA/Wa 1302/10, Lex nr 737913.
[17] P. Wojciechowski, *Wspólnotowy model urzędowej kontroli żywności*, Warszawa 2008, s. 133.
[18] B. Gulbicka, *Podstawowe regulacje prawne i promocja żywności tradycyjnej i regionalnej w Polsce*, Warszawa 2010, s. 40.

podkreśla ich szczególną jakość oraz zwiększa zaufanie klienta do tego produktu żywnościowego. Nie dziwi więc chęć znakowania także innych produktów, nieposiadających specjalnych znaków jakości, oznaczeniami typu „tradycyjny". Z tego powodu konieczne były szczegółowe regulacje określające podstawy kwalifikowania produktów jako tradycyjnych. Termin "tradycyjny" w odniesieniu do środków spożywczych jest w prawodawstwie w szczególny sposób chroniony. W prawie unijnym produktom tradycyjnym można nadać oznaczenie Gwarantowana Tradycyjna Specjalność, Chroniona Nazwa Pochodzenia lub Chronione Oznaczenie Geograficzne. Gwarantowana tradycyjna specjalność oznacza tradycyjny produkt rolny lub środek spożywczy uznany przez wspólnotę ze względu na jego specyficzny charakter poprzez jego rejestrację zgodnie z art. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 509/2006 z 20.3.2006 r. w sprawie produktów rolnych oraz środków spożywczych będących gwarantowanymi tradycyjnymi specjalnościami[19]. Aby dany produkt żywnościowy mógł zostać wpisany do rejestru gwarantowanych tradycyjnych specjalności, musi być produkowany przy użyciu tradycyjnych surowców lub musi charakteryzować się tradycyjnym składem lub sposobem produkcji lub przetwarzania odzwierciedlającym tradycyjny rodzaj produkcji lub przetwarzania. Zgodnie z rozporządzeniem nie można zarejestrować nazwy wyrażającej specyficzny charakter, jeżeli: odnosi się ona tylko do informacji natury ogólnej używanych w odniesieniu do grupy produktów rolnych lub środków spożywczych lub określonych w szczególnych przepisach wspólnotowych, a także gdy jest ona myląca, czego szczególnym przykładem jest odniesienie się do oczywistej cechy produktu lub do cechy nieodpowiadającej specyfikacji produktu, co może wprowadzać konsumenta w błąd w odniesieniu do cech produktu (art. 4 ust. 3). Szczegółową procedurę rejestracji takiego produktu zawiera rozporządzenie Komisji (WE) nr 1216/2007 z 18 października 2007 r. ustanawiające szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 509/2006 w sprawie produktów rolnych i środków spożywczych będących gwarantowanymi tradycyjnymi specjalnościami[20].

Kolejne oznaczenia nadawane są na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 510/2006 z 20.3. 2006 r. w sprawie ochrony oznaczeń geograficznych i nazw pochodzenia produktów rolnych i środków spożywczych[21]. Zgodnie z nim chroniona nazwa pochodzenia określa nazwę regionu, konkretne miejsce lub w niektórych przypadkach kraj produktu spożywczego pochodzącego z tego regionu lub którego jakość lub cechy charakterystyczne są wyłącznie lub

[19] Dz. Urz. UE 2006 Nr L 93/1.
[20] Dz. Urz. UE 2007 Nr L 275/3.
[21] Dz. Urz. UE 2006 Nr L 93/12.

głównie związane z danym regionem. Chronione oznaczenie geograficzne wskazuje natomiast nazwę regionu, konkretne miejsce lub nazwę kraju, z którego pochodzi produkt spożywczy, lub wskazuje na specyficzną jakość przypisywaną temu regionowi oraz jego produkcja odbywa się na tym terenie. Na obszarze unijnym Chroniona Nazwą Pochodzenia objęte są m.in. bryndza podhalańska, oscypek, podkarpacki miód spadziowy. Natomiast Chronionym Oznaczeniem Geograficznym rogal świętomarciński.

W Polsce produkty tradycyjne wpisywane są na Listę Produktów Tradycyjnych na podstawie ustawy z 17.12.2004 r. o rejestracji i ochronie nazw i oznaczeń produktów rolnych i środków spożywczych oraz o produktach tradycyjnych[22]. Podstawą wpisu na Listę Produktów Tradycyjnych jest jakość lub wyjątkowe cechy i właściwości wynikające ze stosowania tradycyjnych metod produkcji (art. 47 ust. 1). Odrębnym problemem są oznakowania produktów wynikające z prywatnych stowarzyszeń producentów, którzy oferują możliwość posługiwania się danym oznakowaniem w zamian za członkostwo w stowarzyszeniu. Problem tego typu oznakowań nie będzie jednak szerzej omawiany na gruncie artykułu.

Konsumenci zazwyczaj kojarzą termin „tradycyjny" z produktem wytworzonym inaczej niż przemysłowy, odpowiadający regulacjom ustawowym w tym względzie. W związku z tym producenci powinni w ostrożny sposób posługiwać się tym pojęciem, ponieważ oznakowanie środka spożywczego nie może wprowadzać konsumentów w błąd i ma stanowić rzetelną charakterystykę produktu, w szczególności co do metod wytwarzania czy produkcji. Zgodnie z orzecznictwem, gdy producent oznacza swój produkt przy wykorzystaniu słowa „tradycyjny", a równocześnie nie może wylegitymować się ani wpisem tego produktu na listę produktów tradycyjnych, ani żadnym właściwym dla tego produktu elementem czy to składu tradycyjnego, czy tradycyjnego sposobu produkcji, należy przyjąć, że oznaczenie narusza zakaz mylącego oznakowania środka spożywczego, stwarzając tym samym nierówne warunki konkurencji na rynku wobec tych producentów, którzy sprzedają taki sam towar, gdy idzie o skład i sposób produkcji, lecz nie używają mylącego oznaczenia[23]. Naczelny Sąd Administracyjny w swoim orzecznictwie jasno wskazuje, iż oznakowanie na opakowaniu powinno odzwierciedlać skład produktu oraz nie pozostawiać żadnych wątpliwości co do jego właściwości. A ocena etykiety produktu powinna być dokonywana z punktu widzenia

[22] Dz. U. 2005 Nr 10 poz. 68 ze zm.
[23] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 27.2.2014 r., II GSK 1832/12, Lex nr 1495112.

potencjalnego klienta oraz możliwości wprowadzenia go w błąd[24]. „Nazwa produktu nie powinna sugerować innego składu surowcowego, niż jest on w rzeczywistości. Podanie w wykazie składników rzeczywistego składu surowcowego nie zwalnia z obowiązku zastosowania nazwy zgodnej z rzeczywistym składem. O tradycyjnym charakterze produktu oprócz wykazania przez jego producenta, iż stosuje tradycyjne receptury i metody produkcji, zakorzenione w świadomości konsumentów od lat (przynajmniej 25), świadczy także jego skład i surowce użyte do produkcji, które są niezmienne od lat"[25].

Podobnie jak produkt „tradycyjny" interpretowany jest produkt „domowy". Nazwa produktu zawierająca określenie "domowy" sugeruje konsumentowi, że produkt ten został wyprodukowany w procesie produkcyjnym opartym na domowej metodzie produkcji bez dodatków, które nie są stosowane w użytku domowym przez konsumentów na etapie przygotowywania w warunkach domowych[26].

5. Produkt bezglutenowy

Bardzo istotnym problemem w ostatnich latach jest problem nietolerancji pokarmowej glutenu, czyli tzw. celiakii. W związku z tym, istotnym oznaczeniem produktu jest wskazanie jego bezglutenowości. Z powodu ochrony zdrowia konsumentów w tym przedmiocie powstały szczegółowe unijne regulacje dotyczące oznakowania tego typu produktu.

Obecnie coraz więcej produktów zostaje oznaczanych jako bezglutenowe. Zgodnie z prawem inne produkty, które mogą zawierać gluten powinny posiadać na swoich etykietach stosowne ostrzeżenie. Zgodnie z rozporządzeniem Komisji (UE) nr 828/2014 z 30.7.2014 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat nieobecności lub zmniejszonej zawartości glutenu w żywności[27], które będzie miało zastosowanie od 20 lipca 2016 roku określenie bezglutenowy może być użyte, jeżeli żywność w podstacji sprzedawanej konsumentowi końcowemu zawiera nie więcej niż 20 mg/kg glutenu. Natomiast sformułowanie „o niskiej zawartości glutenu" może być użyte, jeżeli w żywności składającej się z jednego lub większej ilości składników lub zawierającej jeden lub większą liczbę składników

[24] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12.8. 2014 r., II GSK 977/13, Lex nr 1499794. Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6.2.2014 r., II GSK 1641/12, Lex nr 1497860, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 5.3.2015 r., II GSK 2407/13, Lex nr 1682512.
[25] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Warszawie z 30.11.2011 r., VI SA/Wa 1748/11, Lex nr 1155655.
[26] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 29.9.2011 r., VI SA/Wa 1449/11, LEX nr 1155565.
[27] Dz. Urz. UE Nr L 228/5.

wytworzonych z pszenicy żyta, jęczmienia, owsa lub ich odmian krzyżowych, które zostały specjalnie przetworzone w celu zmniejszenia zawartości glutenu, nie przekracza 100 mg/kg glutenu w żywności przeznaczonej do sprzedaży konsumentowi końcowemu. Jeżeli żywność została specjalnie przygotowana dla osób nietolerujących glutenu, to można dodać informację „opracowane specjalnie dla osób nietolerujących glutenu" lub „opracowane specjalnie dla osób cierpiących na celiakię"[28]. Obecnie zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 41/2009 produkt bezglutenowy można stosować na opakowaniu jeżeli zawartości glutenu nie przekracza 20mg/kg żywności przygotowanej do sprzedaży konsumentowi końcowemu.

Przedmiotem zainteresowania są produkty bezglutenowe do tzw. „normalnej konsumpcji", które z racji swojej właściwości nie powinny zawierać glutenu. Ich oznaczenie jako bezglutenowe jest dobrowolne, a więc podlega ogólnym przepisom. Natomiast produkty specjalnego przeznaczenia żywieniowego muszą być zgłaszane do Głównego Inspektoratu Sanitarnego a ich etykieta powinna zawierać napis „produkt bezglutenowy". W lutym 2016 r. Polskie Stowarzyszenie Osób z Celiakią i na Diecie Bezglutenowej przeprowadziło badania na 50 produktach normalnej konsumpcji, które nie zawierały na etykiecie ostrzeżenia o możliwej zawartości glutenu[29]. W 6 przypadkach poziom glutenu w tych produktach kwalifikował je jako produktu glutenowe, co jest sprzeczne z przepisami dotyczącymi obligatoryjnego zawierania na opakowaniach informacji o zawartości alergenów w produktach. W omawianym badaniu znalazł się także produkt, na którego etykiecie widniało zapewnienie o jego bezglutenowości, a wynik analizy wskazał, iż zawierał on znaczne ilości glutenu, a co za tym idzie etykieta tego produktu wprowadzała konsumenta w błąd.

6. Oznakowanie wprowadzające w błąd w świetle wyników organów kontroli

Pod koniec 2014 roku Państwowa Inspekcja Handlowa przeprowadziła ogólnokrajową kontrolę oznakowania produktów spożywczych informacjami dobrowolnymi. Kontrola ta była ukierunkowana na użycie określeń: tradycyjny, bez konserwantów itp., które są stosowane jako częsty zabieg marketingowy, wskazując na szczególne właściwości oferowanego produktu. Państwowa Inspekcja Handlowa sprawdziła, czy te dobrowolne oznakowania są zgodne z obecnie obowiązującymi przepisami. Inspekcja sprawdzała, czy przedstawione informacje

[28]A. Szymecka-Wesołowska (red.) *Oświadczenia żywieniowe i zdrowotne w oznakowaniu, prezentacji i reklamie żywności. Komentarz*., Warszawa 2015, s. 87-88.
[29] Strona internetowa Polskiego Stowarzyszenia Osób z Celiakią i na Diecie Bezglutenowej: www.celiakia.pl (dostęp: 30.05.2016).

rzetelnie opisują produkt oraz czy nie wywołują mylnego wyobrażenia o produkcie lub jego cechach. W trakcie kontroli brano pod uwagę skład produktu oraz sposób rozmieszczenia dobrowolnych informacji na etykiecie. Kontroli zostało poddane 966 partii środków spożywczych. W 233 przypadkach stwierdzono nieprawidłowości w oznakowaniu informacji dobrowolnych, w szczególności nieprawidłowości dotyczyły używania określeń „domowe", „naturalne", „tradycyjne"[30]. Nieprawidłowości dotyczyły przede wszystkim produktów mięsnych. W przypadku przetworów mięsnych nieprawidłowości najczęściej dotyczyły użycia w nazwie nieuprawnionych określeń typu „wiejski", „domowy", „babuni" wraz z grafiką wzmacniającą ten przekaz. Zakwestionowane przez Inspekcję przetwory wyprodukowane były przy użyciu licznych substancji dodatkowych oraz przy użyciu innych dodatków, które nie są stosowane w produkcji domowej i tradycyjnej, np. mięsa oddzielonego mechanicznie. W przypadku przetworów mlecznych najczęściej stwierdzaną nieprawidłowością było użycie w nazwie produktu określenia „naturalny", który mógł sugerować konsumentom, iż produkt zawiera tylko składniki niezbędne do wytworzenia danego rodzaju przetworu mlecznego, np. „maślanka naturalna" – zawierała substancje zagęszczające, w tym żelatynę wieprzową. W przypadku przetworów owocowo-warzywnych najczęściej kwestionowano użycie w ich nazwie przymiotników „domowy", „wiejski", błędnie sugerujących konsumentom zastosowanie do produkcji takich składników, jakie stosuje się w warunkach domowych, w odróżnieniu od produkcji przemysłowej. W przypadku innej żywności zastrzeżenia Inspekcji Handlowej dotyczyły przede wszystkim takiego rodzaju wyrobów, które bywają przygotowywane w gospodarstwach domowych, a zatem zastosowanie w ich oznakowaniu określeń „domowe" itp. mogło budzić uzasadnione oczekiwania konsumentów, iż oferowany produkt wytworzono prostą metodą, przy użyciu składników stosowanych w gospodarstwach[31]. Pozytywnym ustaleniem kontroli były natomiast wyniki badań laboratoryjnych, które nie wykazały naruszeń w zakresie oznakowania produktów jako bez konserwantów, substancji słodzących, dodatków barwiących lub składników GMO.

[30] *Domowy, tradycyjny, naturalny, bez konserwantów, bez barwników, bez sztucznych słodzików, wolny od GMO; Kontrola Inspekcji Handlowej*, UOKiK, Warszawa 2014.

[31] *Domowy, tradycyjny, naturalny, bez konserwantów, bez barwników, bez sztucznych słodzików, wolny od GMO; Kontrola Inspekcji Handlowej*, UOKiK, Warszawa 2014.

7. Podsumowanie

Zasadniczym celem prawodawstwa żywnościowego jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego, a także ochrona interesów ekonomicznych konsumentów nabywających produkty żywnościowe. Obie te sfery mogą doznać uszczerbku zarówno w wyniku działań umyślnych, jak i nieumyślnych. W artykule niniejszym starano się wykazać, że dzieje się tak m.in. na skutek zafałszowywania etykiet produktów żywnościowych. Konsumenci nie mają obowiązku samodzielnego sprawdzania zgodności treści etykiety z rzeczywistą zawartością składników oferowanego produktu. Mają natomiast pełne prawo do rzetelnej informacji o nabywanym produkcie i to w takim zakresie, że niedozwolona jest już potencjalna możliwość wprowadzenia konsumenta w błąd. W pracy niniejszej starano się m.in. wykazać, że zasada zakazująca wprowadzania konsumenta w błąd dotyczy w równej mierze zarówno oznaczeń obowiązkowych, jak też dobrowolnych. W tym ostatnim przypadku producent ma większą możliwość ukrycia przed konsumentem rzeczywistych cech oferowanego produktu żywnościowego.

Do nadużyć w zakresie znakowania żywności zachęca możliwość uzyskania lepszej ceny za produkty posiadające charakterystyczne cechy wynikające z metody ich produkcji opartej zwłaszcza o składniki naturalnego pochodzenia lub wynikające z ich pochodzenia. Skłania to producentów i sprzedawców żywności do naruszania przepisów nie tylko przez niezgodne z prawem obowiązkowe oznaczenie produktu, ale także przez dodawanie dobrowolnych oznaczeń i informacji niemających związku z rzeczywistym składem produktu, czy też jego właściwościami lub metodą produkcji. Takie działania najczęściej mają na celu uatrakcyjnienie produktu dla konsumenta, a co za tym idzie wzrost sprzedaży danego produktu. Potrzeba uregulowania dobrowolnych oznakowań produktów pojawiła się wraz z koniecznością ochrony konsumenta przed nieuczciwymi praktykami producentów, którzy omijając konkretne przepisy dotyczące obowiązkowego oznakowania, dowolnie dodawali inne oznaczenia mające na celu uatrakcyjnienia produktu. W obecnym stanie prawnym nawet dobrowolne oznaczenia produktu żywnościowego podlegają ogólnym przepisom prawa w zakresie oznakowania żywności. Formułują one wymóg, że zapewnienia producenta nie mogą być niejednoznaczne, ani też nie mogą wprowadzać w błąd konsumenta. Niestety takie praktyki są nadal bardzo częste, dlatego zawsze warto porównać skład produktu z deklaracją producenta o jego naturalności lub produkcji bez konserwantów.

Warto także sprawdzić czy dany produkt znajduje się na ministerialnej lub unijnej liście produktów tradycyjnych, lokalnych, czy ekologicznych. Oznakowanie certyfikatami uznanymi przez Komisję Europejską Unii Europejskiej lub wpisanymi na krajową Listę Produktów Tradycyjnych i Lokalnych może wprawdzie gwarantować lepszą jakość produktu, nie może jednak dawać pewności, że produkt wskazywane cechy posiada. Potrzebna jest zatem tutaj rzetelna kontrola urzędowych organów kontroli żywności, sprawowana zarówno w procesie przyznawania uprawnień do znakowania produktów powyższymi certyfikatami, jak też w zakresie przestrzegania wymagań produkcyjnych tego rodzaju żywności.

Przeprowadzone kontrole wykazały, że do naruszeń prawa dochodzi zarówno w odniesieniu nie tylko do produktów opakowanych, ale także nieopakowanych. W wielu przypadkach, gdy oferowany towar sprzedawany jest na wagę, sprzedawcy nie podają konsumentom wykazu składników. Zgodnie z prawem, w miejscu sprzedaży produktów nieopakowanych lub pakowanych przy sprzedaży należy podać wykaz składników produktu, np. na wywieszce przy produkcie lub w innym w miejscu bezpośrednio dostępnym dla konsumentów. Bywają także przypadki, że sprzedawca samowolnie dodaje do nazwy produktu określenie „swojski" lub „bez konserwantów", co w jego zamyśle ma uatrakcyjnić produkt, podczas gdy nie ma to żadnego związku z faktycznym jego składem lub metodą produkcji.

Szczególną uwagę należy zwrócić na znakowanie produktów żywnościowych terminem „tradycyjny". Duże zainteresowanie produktami o tej cesze zwiększa bez wątpienia dochody zarówno ich producentom, jak też sprzedawcom. Prowadzi to często do nieuprawnionych naruszeń prawa w oznakowaniu tego rodzaju produktów. Bez wątpienia jest to problem narastający. W związku z tym w unijnym prawodawstwie żywnościowym przyjmowane są coraz to nowsze regulacje prawne, których celem ma być dyscyplinowanie procedur w zakresie przyznawania określonych uprawnień do znakowania tego rodzaju produktów, a także zapobieganie naruszeniom, wykazanym w niniejszej pracy.

Troska o zdrowie konsumenta, także jego racjonalne żywienie, staje się również przyczynkiem do wydawania nowych, szczegółowych przepisów dotyczących szczególnych kategorii produktów żywnościowych. Przykładem mogą być tutaj produkty bezglutenowe. Należy się spodziewać, że w związku z postępującym procesem uprzemysławiania produkcji żywności, zagrożenie zdrowotne produktami wytwarzanymi tymi metodami będzie coraz większe. W ślad za tym zdeterminuje to potrzebę wydawania coraz to nowych regulacji żywnościowych z myślą o zwiększonej ochronie życia i zdrowia konsumenta.

Należy zwrócić uwagę także na uregulowania prawnokarne odnoszące się do naruszeń norm prawa żywnościowego. W ocenie autora artykułu system przewidzianych tutaj sankcji karnych wymaga rzetelnej analizy jeśli zważyć, że ewentualne kary za naruszenie przepisów żywnościowych nie są czynnikiem odstraszającym dla przedsiębiorców, zwłaszcza w porównaniu do możliwych do osiągnięcia z tego tytułu zysków. Kwestią wartą przeanalizowania może być także rozważenie możliwości większego uzależnienia kary za stosowanie oznaczeń przewidzianych zarówno prawem unijnych, jak też krajowym, a zarezerwowanych dla produktów wpisanych na stosowne listy oraz posiadających w tym zakresie odpowiednie certyfikaty. Należy zastanowić się nad uzależnieniem wysokości i rodzaju kar od dochodu jaki producent lub sprzedawca uzyskał z tytułu sprzedaży danego produktu, co w ocenie autora w znacznym stopniu przyczyniłoby się do wypełnienia funkcji zarówno represyjnej jak i odstraszającej kary pieniężnej, co w obecnym stanie prawnym nie ma miejsca. Słusznym byłoby również nadanie odpowiedniej rangi sankcjom finansowym, które stanowiłyby czynnik prewencyjny przed naruszeniami norm prawnożywnościowych. Te zagadnienia wskazują na szereg problemów, które mogą stanowić przedmiot rozważań w odrębnym artykule.

Przedmiot rozważań kolejnego artykułu może również stanowić zagadnienie kompetencji oraz skuteczności kontroli sprawowanej przez urzędowe organy kontroli żywności. Zasygnalizowane w artykule przykłady kontroli sprawowanej przez te organy wskazują bowiem na jej niedosyt. Tak np. uzasadnionym wydaje się postulat, by niektóre z tych organów wyposażyć w uprawnienie do weryfikacji czy dany produkt rzeczywiście wyprodukowany jest zgodnie z chronioną specyfikacją lub pod zarejestrowana nazwą. W zakresie znakowania żywności byłby to istotny instrument prowadzący poprawy skuteczności podejmowanych działań kontrolnych. Na uwagę zasługują również podjęte prace legislacyjne w kwestii stworzenia jednego organu urzędowej kontroli żywności, który poprzez swoje wyspecjalizowanie oraz koordynację działań w lepszym stopniu mógłby zapewnić kontrolę producentów żywności w zakresie oznakowania produktów.

Aleksandra Płatek

Kara łączna przed i po nowelizacji z 2015 r.

This article is entitled *Concurrent sentence before and after the 2015 amendment*. The amendment has changed the basic principles of degree of penalty in the Polish criminal system. Currently it is a widely discussed topic since more and more requests to rule against concurrent sentence are submitted by sentenced persons. The concurrent sentence is one of the most important institution in Polish Criminal Law practice. Rules governing this institution allow to combine several penalties imposed upon one person into aggregated one. Therefore there is no need to execute all individual penalties one by one. As a general rule, such aggregated penalty may be imposed within the limits from the severest penalty to the sum of all penalties. In order to grant concurrent sentence the court is required to strictly follow various provisions. The amendment has changed the understanding of the cumulative concurrence.

1. Wprowadzenie

Zagadnienie kary łącznej z pozoru wydaje się być błahe, jednakże praktyka pokazuje, że instytucja ta spowodowała szereg problemów na płaszczyźnie orzeczniczej po nowelizacji Kodeksu karnego z lipca 2015 r. Co więcej, tematyka ta nie cieszy się szczególnym zainteresowaniem w literaturze[1]. Aby dobrze wyjaśnić i zrozumieć w czym tkwi problem, należy na samym początku odnieść się do dwóch pojęć prawa karnego, które są nierozerwalnie związane z omawianą instytucją. Są to: wielość przestępstw oraz zbieg realny. Zaczynając od pierwszego pojęcia, za wielość przestępstw uznaje się wyodrębnienie w działaniu sprawcy

[1] Rozważania na ten temat można znaleźć głównie w podręcznikach prawa karnego, gdzie tematyka ta poruszona jest bardzo wąsko, a także w komentarzach do kodeksu karnego i glosach. Wymienić można w tym miejscu również kilka artykułów. Dla przykładu: P. Kardas, *Zawiłości zbiegu przestępstw i kary łącznej*, „Rzeczpospolita", 1993, nr 282; Z. Kwiatkowski, *Kara łączna na tle orzecznictwa i doktryny*, „Problemy Praworządności" 1984, nr 8-9; J. Raglewski, *Kontrowersje związane z orzekaniem kary łącznej na tle kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo" 2003, nr 5 i inne.

dwóch lub więcej czynów, z których każdy jest kwalifikowany jako przestępstwo odrębne[2]. Zbieg realny stanowi zaś rodzaj wielości przestępstw. Jest to sytuacja, gdy sprawca popełnia przestępstwo, natomiast wyrok za ten czyn zostaje orzeczony dopiero po popełnieniu przez sprawcę kolejnego (lub kolejnych) przestępstwa (przestępstw)[3]. Inaczej rzecz ujmując – sprawca dopuszcza się kilku przestępstw zanim zapadł pierwszy wyrok co do któregokolwiek z nich. Stary model postępowania karnego został skrytykowany przez ustawodawcę jako przewlekły. Było to widoczne zwłaszcza patrząc z perspektywy wyznaczania rozprawy oraz kończenia spraw. Niejednokrotnie zanim sąd wydał wyrok za pierwsze przestępstwo, sprawca w czasie trwania postępowania zdążył popełnić już kilka innych czynów zabronionych.

2. Instytucja kary łącznej przed nowelizacją kodeksu karnego

Zgodnie z art. 85 Kodeksu karnego[4] (stan prawny przed 1 lipca 2015 r.), jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregokolwiek z nich i wymierzono kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, sąd orzeka karę łączną, biorąc za podstawę kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa. Z przytoczonego artykułu wynika, że zbieg przepisów zachodzi, gdy sprawca popełnił dwa lub więcej czynów zabronionych pod groźbą kary zanim sąd wydał pierwszy chronologicznie wyrok[5]. Taki zapis jest bardzo nieczytelny, dlatego też na potrzeby niniejszego artykułu skonstruowano hipotetyczny stan faktyczny.

Sprawca X popełnił:

a) pierwszy czyn wypełniający znamiona kradzieży z art. 278 § 1 Kodeksu karnego – popełniony w dniu 1 lutego 2014 r.;
b) drugi czyn wypełniający znamiona kradzieży z włamaniem z art. 279 § 1 Kodeksu karnego – popełniony w dniu 2 marca 2014 r.;
c) trzeci czyn wypełniający znamiona oszustwa w postaci doprowadzenia innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości z art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 1 Kodeksu karnego – popełniony w dniu 5 maja 2014 r.;

[2] Zob. A. Zoll, *Kodeks karny część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1022.
[3] Zob. Ł. Strycharczyk, *Kara łączna przed i po nowelizacji*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2015, nr 1, s. 117.
[4] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. 1997, Nr 88, poz. 553.
[5] Zob. Uchwała SN z 25 lutego 2005 r., sygn. I KZP 36/04, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna, 2005, nr 2, poz. 13.

d) czwarty czyn wypełniający znamiona oszustwa komputerowego mniejszej wagi z art. 287 § 2 Kodeksu karnego – popełniony w dniu 4 sierpnia 2014 r.;

Miejscem popełnienia powyższych czynów była Warszawa. Za powyższe przestępstwa różne sądy wydały następujące wyroki:

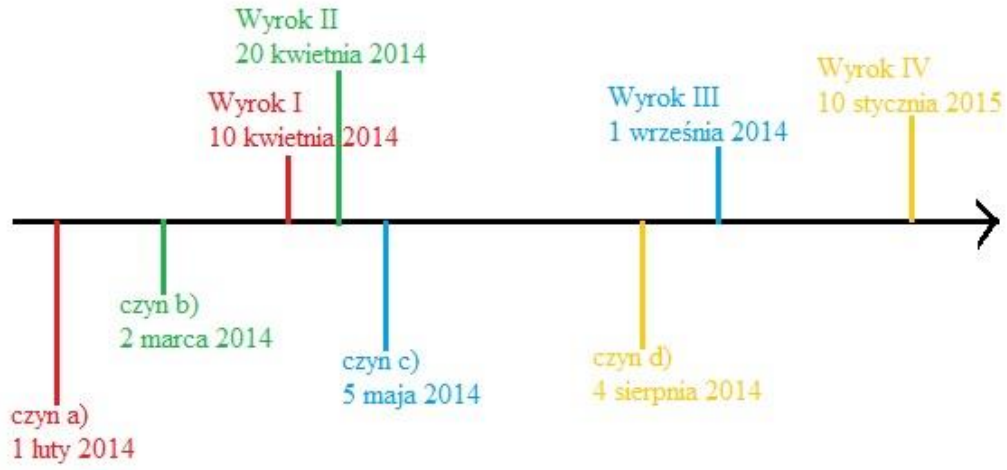
I. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy wydał wyrok skazujący za czyn z art. 278 § 1 Kodeksu karnego (punkt a) w dniu 10 kwietnia 2014 r. na karę 2 lat pozbawienia wolności;
II. Sąd Rejonowy dla Warszawy Mokotowa wydał wyrok skazujący za czyn z art. 279 § 1 Kodeksu karnego (punkt b) w dniu 20 kwietnia 2014 r. na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
III. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał wyrok skazujący za czyn z art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 1 Kodeksu karnego (punkt c) w dniu 1 września 2014 r. na karę 5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
IV. Sąd Rejonowy dla Warszawy Żoliborza wydał wyrok skazujący za czyn z art. 287 § 2 Kodeksu karnego (punkt d) w dniu 10 stycznia 2015 r. na karę 1 roku ograniczenia wolności.

Celowo w przedstawionym stanie faktycznym przyjęto, że poszczególne wyroki wydały różne sądy orzekające, aby jednocześnie ustalić sąd właściwy do wydania wyroku łącznego. Zasada ta została ujęta w art. 569 Kodeksu postępowania karnego[6]. Zgodnie z przywołanym przepisem, jeżeli zachodzą warunki do orzeczenia kary łącznej w stosunku do osoby prawomocnie skazanej wyrokami różnych sądów, właściwym do wydania wyroku łącznego jest sąd, który wydał ostatni wyrok skazujący w pierwszej instancji. Oznacza to, że w powyższym stanie faktycznym byłby to Sąd Rejonowy dla Warszawy Żoliborza. Jednakże, należy zwrócić uwagę na to, że wyżej wskazane sądy są sądami różnego rzędu. Wśród nich znajduje się sąd okręgowy, a więc zastosowanie ma wówczas § 2 omawianego artykułu, który stanowi, że jeżeli w pierwszej instancji orzekały sądu różnego rzędu, wyrok łączny wydaje sąd wyższego rzędu. W przypadku, gdyby skazany złożył wniosek do innego sądu (przykładowo w myśl pierwszej zasady do Sądu Rejonowego dla Warszawy Żoliborza, jako sądu, który ostatni wydał wyrok), wtedy sąd ten uzna się za niewłaściwy i przekaże sprawę do rozpoznania sądowi właściwemu. Zasadę tę należy uznać za słuszną, ponieważ nie każdy skazany posiada wystarczającą wiedzę prawniczą, aby od razu skierować swój wniosek do odpowiedniego sądu.

[6] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 1997, Nr 89, poz. 555.

Przekazanie wniosku do sądu właściwego wydłuża jedynie proces rozpoznania sprawy, jednakże interes skazanego nie zostaje w tym przypadku naruszony.

Po określeniu właściwości sądu przyszedł czas na ustalenie zbiegu realnego pomiędzy popełnionymi czynami, co może sprawiać więcej trudności. Czyny oraz wyroki przedstawione w wyżej wymienionym przykładzie zostaną naniesione na oś czasu. Na górze osi znajdują się uporządkowane chronologicznie wyroki sądów orzeczone za poszczególne przestępstwa. Poniżej zaś umiejscowiono daty popełnienia czynów.



Schemat 1: *opracowanie własne*

Tak jak zostało wcześniej wspomniane, wyrokiem łącznym można objąć te przestępstwa, które pozostają w zbiegu realnym, to znaczy zostały popełnione zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregokolwiek z tych przestępstw. Z powyżej przedstawionej osi czasu wynika, że możemy zaobserwować dwa ciągi. Po pierwsze – czyn a) oraz czyn b) pozostają w zbiegu realnym i mogą zostać objęte wyrokiem łącznym. Po drugie – czyn c) i czyn d) również w takim zbiegu pozostają i również mogą być objęte wyrokiem łącznym. Warto jednak podkreślić, że skazanemu za jeden z tych czynów sąd wymierzył karę ograniczenia wolności, a za pozostałe kare pozbawienia wolności. Przepis jasno wskazuje, że aby móc połączyć kary, musimy mieć do czynienia z karami tego samego rodzaju. Karą jednego rodzaju będą przykładowo same kary pozbawienia wolności, albo same kary grzywny, albo same kary ograniczenia wolności. Przepisy jednak dodają sformułowanie „lub kary podlegające łączeniu". Zgodnie z art. 87 Kodeksu karnego przy wymierzaniu kary łącznej można połączyć karę ograniczenia wolności z karą pozbawienia wolności. Jak wiadomo nie są to kary równego rzędu, gdyż pozbawienie wolności jest bardziej dolegliwe, aniżeli jej ograniczenie. Aby te kary podczas łączenia wyważyć należałoby obniżyć wysokość kary

ograniczenia wolności zgodnie z zasadą, że 30 dni ograniczenia wolności odpowiada 15 dniom pozbawienia wolności.

W dalszej kolejności należy ustalić wymiar kary łącznej. Za podstawę należy przyjąć tu artykuł 86 § 1 Kodeksu karnego. Na gruncie tego przepisu sąd wymierza karę łączną w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy. Nie jest to jednak zasada bezwzględna. Ustawodawca wprowadził pewne ograniczenia. Po zsumowaniu kar nie mogą one przekraczać 810 stawek dziennych grzywny, 2 lat ograniczenia wolności lub 15 lat pozbawienia wolności. Jeżeli mamy do czynienia z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności oraz dodatkowo została nałożona grzywna – górna granica kary, która może być orzeczona wynosi 270 stawek dziennych, natomiast w przypadku warunkowego zawieszenia kary ograniczenia wolności – 135 stawek dziennych.

W analizowanym przypadku sąd w wyroku łącznym orzekłby karę łączną za czyn a) i b) w wysokości od 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności (gdyż tyle wynosi najwyższa kara orzeczona za przestępstwa znajdujące się w zbiegu) do 5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności (ponieważ tyle wynosi suma kar orzeczonych za przestępstwa znajdujące się w zbiegu). Co do drugiego ciągu przestępstw, sąd orzekłby natomiast karę od 5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności do 6 lat pozbawienia wolności. Kara 1 roku ograniczenia wolności została zamieniona na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Z istoty kary łącznej wynika, że może ona zostać orzeczona z uwzględnieniem zasad absorpcji, asperacji lub kumulacji. Niektórzy wyróżniają także system mieszany redukcyjny[7]. Zasada absorpcji polega na pochłonięciu przez karę najsurowszą wszystkich pozostałych kar. Jest to najkorzystniejszy sposób dla skazanego. Zasada asperacji zakłada, że za podstawę wymiaru kary należy przyjąć najsurowszą wymierzoną za dane przestępstwo, którą należy obostrzyć w sposób przewidziany w przepisach. Zasada kumulacji kar zakłada natomiast dodanie do siebie każdej wymierzonej kary jednostkowej. Z punktu widzenia skazanego, jego sytuacja prawna się w zasadzie nie zmienia, oczywiście poza tym, że ma do wykonania jeden wyrok, a nie kilka. System mieszany redukcyjny zakłada możliwość obniżenia ustalonej kary na podstawie zsumowanych kar.

Na sam koniec warto przytoczyć zestawienie badań, które umieścił w swoim artykule J. Czabański. Zgodnie z nimi, sądy w 2005 r. wydały aż 10 699 orzeczeń w sprawie kary łącznej

[7] Zob. J. Czabański, *Kara łączna pozbawienia wolności w praktyce*, „Prokuratura i Prawo" 2006, nr 12, s. 38.

pozbawienia wolności lub warunkowego zawieszenia jej wykonania. Kara łączna najczęściej obejmowała 2 (6 306 przypadków, co daje 60%) lub 3 przestępstwa (2 319 przypadków, tj. ponad 20%). Największa liczba przestępstw objętych jedną karą to 91[8].

3. Instytucja kary łącznej po nowelizacji kodeksu karnego

Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw[9] dokonała zmiany rozdziału IX Kodeksu karnego w ten sposób, że od 1 lipca 2015 r. zaczęły obowiązywać zupełnie inne zasady wymierzania kary łącznej niż dotychczas. Zgodnie ze zmienionym art. 85, sąd orzeka karę łączną jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu. Zlikwidowano przesłankę realnego zbiegu przestępstw przed wydaniem pierwszego nieprawomocnego wyroku. Podstawą orzeczenia kary łącznej na nowych zasadach są wymierzone i podlegające wykonaniu w całości lub części kary lub kary łączne za te przestępstwa. Jest to krok w kierunku uproszczenia procedury orzekania kary łącznej. W starym porządku prawnym, jeżeli orzeczona została kara łączna za przestępstwa, które były w zbiegu realnym z kolejnymi popełnionymi czynami, to sąd tę karę rozwiązywał, aby móc orzec kolejną karę łączną. Po 1 lipca 2015 r. takiej konieczności już nie ma, gdyż na gruncie nowych przepisów można połączyć wszystkie kary podlegające wykonaniu, w tym także kary łączne. Przepis dodatkowo wprowadził nową przesłankę negatywną odnośnie do orzekania kary łącznej, która znajduje się w § 3. Zgodnie z tym przepisem, podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa, lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia czynu. W takim przypadku zasadą będzie wykonywanie kolejno jedna po drugiej orzeczonych kar[10]. W tym miejscu warto przytoczyć fragment uzasadnienia projektu nowej ustawy, który odnosi się właśnie do wyłączenia z § 3: „ma on zapobiegać sytuacjom, w których skazany na surową karę pozbawienia wolności (jednostkową lub łączną), zbliżającą się do górnej granicy zagrożenia, przed zakończeniem odbywania aktualnej kary mógłby popełnić nawet przestępstwa o znacznej szkodliwości społecznej, a kary za nie wymierzone w ogóle lub jedynie w minimalnym stopniu wpływałyby (z uwagi na niemożność przekroczenia

[8] Zob. tamże, s. 43.
[9] Dz. U. 2015, poz. 396.
[10] Zob. P. Kozłowska-Kalisz, *Komentarz do art. 85 Kodeksu karnego*, [w:] M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2015.

górnej granicy rodzajowej kary) na rozmiar kary pozostającej mu jeszcze do odbycia. Innym refleksem tej swoistej bezkarności byłby niewątpliwie fakt, że skazanym zależałoby w opisanej sytuacji na prawnym, bądź nawet bezprawnym odwlekaniu w czasie zakończenia odbywania kary pozbawienia wolności. Po jej zakończeniu musieliby bowiem odbyć nową karę w całości. Zgodnie z propozycją art. 85 § 3 k.k. karą łączną nie będzie można objąć kary wymierzonej za przestępstwo popełnione przed zakończeniem wykonywania innej kary (łącznej), która podlegałaby według zasad ogólnych łączeniu. W tym wypadku projektodawca przewiduje zasadę wykonywania po sobie orzeczonych kar (kar łącznych)”[11].

Dla zobrazowania omówionych powyżej przypisów, przytoczony zostanie następujący stan faktyczny.

Sprawca Y popełnił:

a) pierwszy czyn wypełniający znamiona przestępstwa groźby karalnej z art. 190 § 1 Kodeksu karnego – popełniony w dniu 2 lipca 2015 r.;
b) drugi czyn wypełniający znamiona przestępstwa utrwalenia wizerunku nagiej osoby bez jej zgody z art. 191a § 1 Kodeksu karnego – popełniony w dniu 10 września 2015 r.;
c) trzeci czyn wypełniający znamiona przestępstwa prezentowania treści pornograficznych z art. 202 Kodeksu karnego – popełniony w dniu 15 września 2015 r.;
d) czwarty czyn wypełniający znamiona przestępstwa naruszenia nietykalności z art. 217 Kodeksu karnego – popełniony w dniu 30 września 2015 r.;
e) piąty czyn wypełniający znamiona przestępstwa zniewagi z art. 216 Kodeksu karnego – popełniony w dniu 10 października 2015 r., lecz czyn ten nie został wystarczająco wcześnie wykryty;

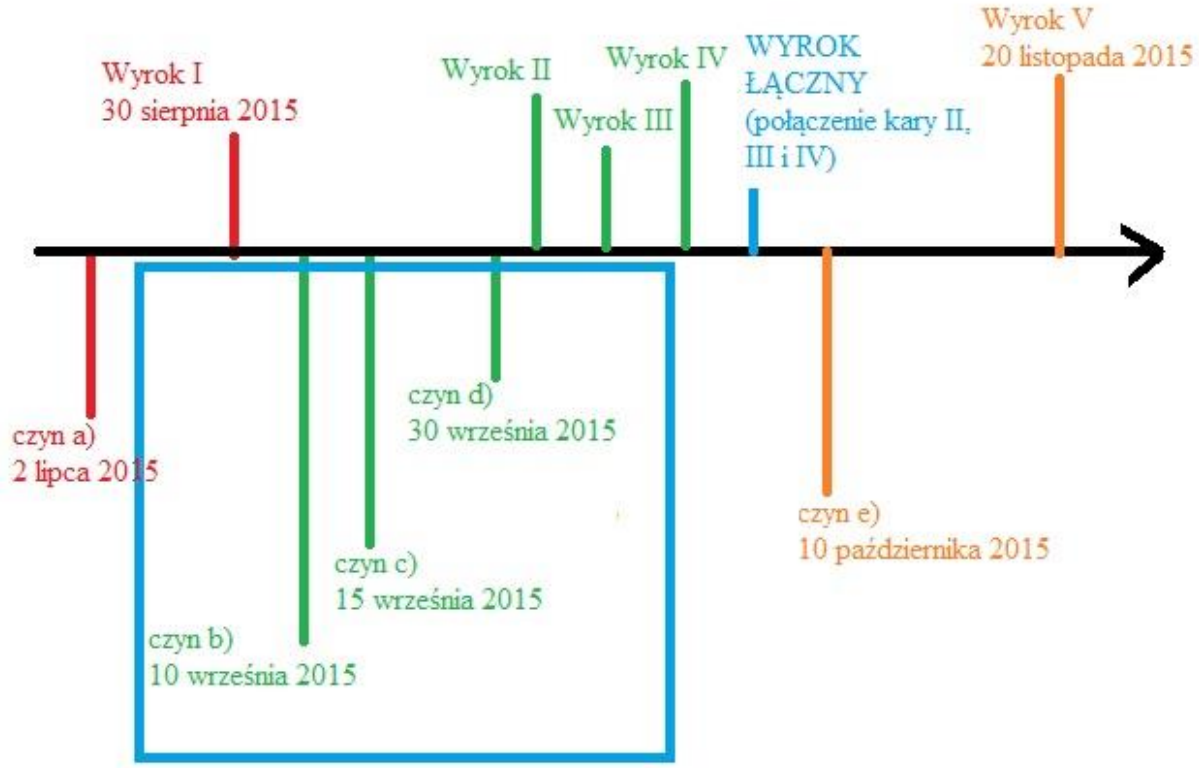
Sytuacja procesowa wygląda wówczas następująco:

I. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy wydał wyrok skazujący za czyn z art. 190 § 1 Kodeksu karnego (punkt a) w dniu 30 sierpnia 2015 r. na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, której to początek wykonywania datowany jest na dzień 11 października 2015 r.;
II. W stosunku do czynu b), c) i d) została orzeczona na podstawie kar jednostkowych kara łączna w wymiarze 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności w dniu 20 października 2015 r.;

[11] Zob. Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 20 lutego 2015 r., druk sejmowy nr 2393.

III. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy wydał wyrok skazujący za czyn z art. 216 Kodeksu karnego w dniu 20 listopada 2015 r. na karę 1 roku ograniczenia wolności.

W niniejszym przykładzie mamy do czynienia już z jedną orzeczoną karą łączną za przestępstwo opisane w punkcie b), c) oraz d). Nowe przepisy nie nakładają już obowiązku rozłączenia tej kary, aby móc orzec kolejną karę łączną. Po naniesieniu powyższego stanu faktyczne na oś czasu, będzie ona prezentowała się następująco:



Schemat 2: *opracowanie własne*

Skazany rozpoczął wykonywanie pierwszej orzeczonej kary oraz złożył wniosek do sądu o wydanie wyroku łącznego. Na gruncie nowych przepisów sytuacja jest bardzo klarowna. Wystarczy ustalić, która z kar podlega wykonaniu, a która jest już wykonywana. Z powyższego przykładu wynika, iż karą łączną można objąć jedynie wyrok II i wyrok III. Zasady orzekania są te same, tj. od najwyższej orzeczonej kary do ich sumy. Wobec tego sąd może orzec od 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności do 3 lat pobawienia wolności (1 rok ograniczenia wolności został zamieniony na 6 miesięcy pozbawienia wolności).

Ustawa z 20 lutego 2015 r. dodała do Kodeksu karnego art. 85a, który na sąd obowiązek uwzględniania celów zapobiegawczych i wychowawczych, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego. W grę wchodzi więc tak zwana pozytywna prognoza kryminologiczna skazanego.

Nowe przepisy dotyczące omawianej materii budziły szereg wątpliwości – zwłaszcza regulacja pozwalająca na połączenie w karze łącznej innej kary łącznej z karą jednostkową. W mojej ocenie taki sposób orzekania kary łącznej jest o wiele prostszy oraz z pewnością przyspiesza procedurę orzekania. Przede wszystkim zlikwidowano konieczność ustalenia zbiegu realnego, którego sprawdzenie niejednokrotnie powodowało nadmierne trudności – w szczególności, gdy skazany popełnił więcej niż 15 czynów.

Paulina Sawa

Kilka uwag na temat granicy pomiędzy tymczasowym aresztowaniem a aresztem wydobywczym

This article deals with issues related to preliminary detention in Polish Law. Nowadays it becomes more and more common to take suspect under arrest to pull out his statement, which could be beneficial for public prosecutor or other investigative authorities and may be used later in criminal proceedings. The author tries to explain the rules and possibilities of application of this institution. This article aims to present the line between available and not clearly legal opportunities of practicing the institution of preliminary detention.

1. Modelowy cel zastosowania tymczasowego aresztowania

Tymczasowe aresztowanie stanowi z założenia najsurowszy ze środków zapobiegawczych przewidzianych przez polski Kodeks postępowania karnego, dlatego możliwość jego zastosowania obwarowana jest szeregiem warunków, które muszą być spełnione, aby w danej sprawie ten właśnie środek izolacyjny mógł zostać orzeczony. Wydawać by się mogło, że dzięki temu w państwie prawa uda się uniknąć nadmiernej liczby niezasadnych tymczasowych aresztowań, zwłaszcza że analiza najnowszych statystyk ujawnia, iż jest to obecnie jeden z najczęściej stosowanych środków zapobiegawczych. Należy zadać sobie pytanie, ile z nich po czasie przybiera postać tak zwanych aresztów wydobywczych i czy część z nich już z góry nie jest orzekanych właśnie w celu wydobycia od podejrzanych zeznań, przy wykorzystaniu ich trudnego położenia.

Idea stosowania środków zapobiegawczych jako taka ma ogólnie służyć celom z art. 249 KPK, tj. :

a) zabezpieczeniu prawidłowego toku postępowania,

b) wyjątkowo zapobiegnięciu popełnienia przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa.

Przepis ten mówi także, że mogą być one orzeczone jedynie wtedy, gdy zebrane dowody pozwalają z dużą dozą prawdopodobieństwa przypuszczać, że oskarżony popełnił zarzucane mu przestępstwo. Dodatkowo w § 2 wspomnianego artykułu zastrzeżono, że zastosowanie

środka zapobiegawczego w postępowaniu przygotowawczym dopuszczalne jest jedynie względem osoby, wobec której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów.

Zgodnie z definicją skonstruowaną przez prof. Stanisława Waltosia, tymczasowe aresztowanie to prowizoryczne pozbawienie podejrzanego lub oskarżonego wolności, celem zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania[1]. Oznacza to zatem, że zastosowanie powyższego środka zapobiegawczego ma nastąpić jedynie czasowo, pozwalając organom ścigania przeprowadzić postępowanie karne, na etapie w jakim się ono w danej sprawie znajduje, w sposób, w jaki powinno być prowadzone w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa. Pojęcie prawidłowego toku postępowania mogłoby jednak być interpretowane bardzo szeroko, dlatego ustawodawca określił sytuacje, w których może zostać podjęta decyzja o tymczasowym aresztowaniu.

2. Normatywne podstawy zastosowania tymczasowego aresztowania

Art. 258 § 1 KPK stanowi, że tymczasowe aresztowanie może nastąpić, jeżeli:

1) zachodzi uzasadniona obawa ucieczki lub ukrywania się oskarżonego, zwłaszcza wtedy, gdy nie można ustalić jego tożsamości albo nie ma on w kraju stałego miejsca pobytu,
2) zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne[2].

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Krakowie, zachodząca uzasadniona obawa musi być konkretna, co należy wykazać w postanowieniu o zastosowaniu środka zapobiegawczego, wskazując na konkretne dowody i okoliczności z nich wynikające[3].

W odniesieniu do ust. 1 art. 258 § 1 KPK, sam brak możliwości ustalenia tożsamości podejrzanego nie musi determinować orzeczenia tymczasowego aresztowania, jeżeli pozostanie on do dyspozycji organów ścigania przez umieszczenie go w odpowiedniej placówce, takiej jak zakład opieki społecznej. Dotyczy to także osób, które nie posiadają w kraju stałego miejsca pobytu.

Co do ust. 2 art. 258 § 1 KPK, utrudnianie postępowania karnego musi wykazywać się cechą bezprawności, aby móc stanowić przesłankę do zastosowania tymczasowego aresztowania, a bezprawność ta nie może wynikać z przyznanych oskarżonemu uprawnień procesowych, takich jak odmowa składania wyjaśnień czy prawo do obrony.

---

[1] S. Waltoś, P. Hofmański: *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. 12, Warszawa 2016, str. 437.
[2] Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555 z późn. zm.
[3] Wyrok SA w Krakowie z 18 lutego 2010 r., II AKz 50/10, KZS 2010, z. 3, poz. 43.

Samodzielną, szczególną przesłankę zastosowania tego izolacyjnego środka zapobiegawczego zawiera przepis § 2 art. 258 KPK, zgodnie z którym „Jeżeli oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania może być uzasadniona grożącą oskarżonemu surową karą”[4].

Na tej podstawie dopuszcza się zatem możliwość zastosowania aresztu tymczasowego jedynie ze względu na grożącą podejrzanemu lub oskarżonemu o popełnienie określonego przestępstwa surową karę. Tak skonstruowany przepis może pociągać za sobą daleko idące i niebezpieczne z punktu widzenia państwa prawa konsekwencje. Istnieje obawa, że na etapie postępowania przygotowawczego prokuratura, nie posiadając jeszcze dostatecznych dowodów do skonstruowania solidnego aktu oskarżenia, przedstawi podejrzanemu zarzuty co do czynu zagrożonego wysoką karą i na tej podstawie złoży do sądu wniosek o orzeczenie środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania, zakładając, że umieszczenie podejrzanego w areszcie śledczym może skutkować zmianą jego zeznań ze względu na trudne położenie oraz chęć szybkiego odzyskania wolności. Jak pokazuje praktyka, już sama groźba trafienia do aresztu, wywołuje u osoby potencjalnie narażonej na takie doświadczenie, (szczególnie, gdy wcześniej w żaden sposób nie miała do czynienia z wymiarem sprawiedliwości) skłonność do złożenia nawet niekorzystnych dla siebie zeznań pod wpływem presji ze strony organu prowadzącego postępowanie. Dodatkowo weźmy pod uwagę osoby znajdujące się w trudnej sytuacji życiowej, spowodowanej przykładowo samotnym rodzicielstwem czy też opieką nad chorym lub niedołężnym członkiem rodziny. Co prawda, KPK w art. 262 nakłada na odpowiednie organy obowiązek zapewnienia osobom pozostającym w pieczy tymczasowo aresztowanego stosownej opieki, jednak trudno wyobrazić sobie, że bez oporów podda się on orzeczonemu środkowi, nawet świadomy przejęcia kontroli nad jego sytuacją rodzinną przez państwo, jeżeli zda sobie sprawę z istnienia perspektywy uniknięcia umieszczenia w areszcie śledczym.

Reasumując, zamieszczenie w KPK przesłanki surowej kary jako samodzielnej do orzeczenia tymczasowego aresztowania może skutkować zbyt arbitralnymi działaniami ze

[4] Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555 z późn. zm.

strony organów ścigania, a także prowadzić do przekształcenia z góry prowizorycznej izolacji w areszt wydobywczy.

3. Ograniczenia zastosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego

W celu zredukowania do minimum ryzyka wystąpienia zjawiska opisanego powyżej, w postanowieniu z 3 kwietnia 2007 roku Sąd Najwyższy orzekł, że warunek, aby potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania była uzasadniona „grożącą oskarżonemu surową karą", spełniony jest wówczas, gdy nie tylko trafnie postawiono zarzut popełnienia zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, ale gdy nadto z okoliczności sprawy wynika, że rzeczywiście może zostać oskarżonemu wymierzona surowa kara pozbawienia wolności[5].

Zatem u podstaw oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z przestępstwem określonym w art. 258 § 2 KPK powinien znajdować się czyn opisany w zarzucie, a nie przyjęta przez prokuratora w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów lub akcie oskarżenia jego kwalifikacja prawna. Z tego względu sąd orzekając w postępowaniu przygotowawczym o zastosowaniu środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania lub o jego przedłużeniu, ma obowiązek pochylić się nad trafnością przyjętej przez prokuratora kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego podejrzanemu .

4. Prewencyjny charakter tymczasowego aresztowania

Swoista, różna od poprzednich ze względu na swoją istotę, przesłanka zastosowania tymczasowego aresztowania opisana została przez ustawodawcę w § 3 omawianego art. 258 KPK. Określa on, iż tymczasowe aresztowanie może wyjątkowo nastąpić także wtedy, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub umyślnego występku, popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, a zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa groził.

Może być ona zatem zastosowana jedynie w wyjątkowych przypadkach, co zostało wyraźnie podkreślone w przepisie, celem orzeczenia tymczasowego aresztowania w znaczeniu prewencyjnym, już nie o tyle, by zabezpieczyć prawidłowy przebieg prowadzonego postępowania, ale by zapobiec popełnieniu kolejnego przestępstwa. To kodeksowe rozwiązanie spotkało się z falą krytyki, spowodowanej wyłomem od zasady procesowego charakteru

[5] Uchwała. SN z 27.01.2011r., I KZP 23/10, ONSKW 2011, Nr 1 poz. 1.

przesłanek stosowania środków zapobiegawczych. W mojej opinii, należy jednak podzielić pogląd Komisji Kodyfikacyjnej, która tego typu odstępstwo uznała za zasadne. Ograny ścigania nie mogą pozostać obojętne na realną groźbę popełnienia przez oskarżonego kolejnego przestępstwa lub, co gorsza, dokonania tego, którego poprzednio przykładowo tylko usiłował, tym bardziej, jeżeli mają one świadomość istnienia takiego zagrożenia.

5. Ustawowe unormowania a praktyka stosowania tymczasowego aresztowania

Wszystkie znajdujące się obecnie w ustawie procesowej przypadki zastosowania aresztu tymczasowego lub innego środka zapobiegawczego odznaczają się fakultatywnością[6]. Nie mamy zatem, w przeciwieństwie do okresu, kiedy obowiązywał Kodeks postępowania karnego z 1969 roku, do czynienia z sytuacjami, kiedy tego typu rozwiązania stosowane byłoby w sposób obligatoryjny[7]. W tamtym czasie w razie skazania oskarżonego w sądzie I instancji na karę pozbawienia wolności powyżej 2 lat za przestępstwo popełnione z winy umyślnej lub powyżej 3 lat za przestępstwo popełnione z winy nieumyślnej przewidziane było zastosowanie środków zapobiegawczych z urzędu. Potem obligatoryjne stosowanie środka zapobiegawczego w polskim ustawodawstwie pojawiło się ponownie, wraz z wprowadzeniem w 2007 roku postępowania przyspieszonego (chuligański charakter czynu stanowił samoistna podstawę do zastosowania środka zapobiegawczego). Wskazane regulacje kodeksowe nie miały jednak nic wspólnego z zabezpieczeniem prawidłowego toku postępowania, odznaczały się za to wyjątkową represyjnością, dlatego Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 7 października 2008 roku uznał je za niezgodne z konstytucyjną zasadą proporcjonalności i wyłączył ich stosowanie w tym zakresie[8].

Ustawodawca zawarł w KPK także negatywne przesłanki tymczasowego aresztowania o charakterze względnym. Odnoszą się one do dwóch rodzajów sytuacji: kiedy środek ten nie został jeszcze orzeczony oraz do zdarzeń, które wystąpiły już w czasie trwania tymczasowego aresztowania. Zgodnie z kodeksowymi dyspozycjami:

a) tymczasowego aresztowania nie stosuje się, jeżeli wystarczający jest inny środek zapobiegawczy (art. 257 § 1 KPK),

---

[6] Szerzej na ten temat P. Pałaszewski, *Podstawy stosowania tymczasowego aresztowania*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego", Tom 27, Wrocław 2011, str. 151-167.

[7] Szerzej na ten temat: A. Kwieciński, Pałaszewski, *Kształtowanie się polskiego modelu wykonywania tymczasowego aresztowania w latach 1945-1969*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego", Tom 32, Wrocław 2014, str. 81-99.

[8] Wyr. TK z 7.10.2008r., P 30/07, OTK-A 2008, Nr 8, poz. 135.

b) jeżeli szczególne względy nie stoją temu na przeszkodzie, należy odstąpić od tymczasowego aresztowania, zwłaszcza gdy pozbawienie oskarżonego wolności spowodowałoby dla jego życia lub zdrowia poważne niebezpieczeństwo lub pociągałoby wyjątkowo ciężkie dla niego lub jego najbliższej rodziny skutki (art. 259 § 1 KPK).

Należy zauważyć, że wskazane powyżej warunki odstąpienia od tymczasowego aresztowania ze względów humanitarnych zajdą wówczas, gdy nie będą im stały na przeszkodzie „szczególne względy". Pod tym pojęciem będziemy rozumieć takie okoliczności, które pozwolą jednoznacznie wskazać, że pozostawienie oskarżonego na wolności będzie zagrażało prawidłowemu przebiegowi toczącego się postępowania karnego. W związku z tym, przesłanki te jako wyjątkowe powinny być interpretowane zawężająco oraz poparte dowodami. Ciężar dowodu spoczywa na tej stronie postępowania, która domaga się zastosowania danego przepisu.

W obowiązującym w Polsce porządku prawnym o zastosowaniu tymczasowego aresztowania może orzec tylko sąd (art. 250 § 1 KPK). Wspomniany artykuł w § 2 określa właściwość rzeczową sądu do wydania postanowienia w takiej sprawie. Tymczasowe aresztowanie może nastąpić wyłącznie na wniosek prokuratora prowadzącego postępowanie przygotowawcze i wydaje je sąd rejonowy, w okręgu którego prowadzi się to postępowanie, a w wypadkach niecierpiących zwłoki może to zrobić również inny sąd rejonowy. Po wniesieniu aktu oskarżenia postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania wydaje sąd, przed którym toczy się dana sprawa. Prokurator, który występuje z takim wnioskiem przesyła go do właściwego sądu wraz z aktami sprawy, zarządzając jednocześnie doprowadzenie podejrzanego do sądu (art. 250 § 3 KPK).

Chyba najbardziej kontrowersyjne regulacje dotyczące tymczasowego aresztowania zawiera art. 263 KPK. Traktuje on o maksymalnych okresach zastosowania tego środka zapobiegawczego oraz formułuje zasady jego wydłużania. I tak, okres zastosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym nie może zasadniczo przekroczyć 3 miesięcy (art. 263 § 1 KPK). Jednak już § 2 tego samego przepisu dopuszcza możliwość przedłużenia na wniosek prokuratora stosowania tymczasowego aresztowania na okres nieprzekraczający łącznie 12 miesięcy, jeżeli ze względu na szczególne okoliczności nie jest możliwe ukończenie postępowania przygotowawczego w terminie wskazanym w § 1. W art. 263 § 3 KPK jest mowa o tym, że tymczasowe aresztowanie do chwili wydania pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji nie może trwać dłużej niż 2 lata. Podsumowując, tymczasowe aresztowanie w teorii do czasu pierwszego rozstrzygnięcia

merytorycznego w sprawie może trwać nawet 2 lata. Co za tym idzie, istnieje ryzyko, że zanim zapadnie wyrok uniewinniający lub nastąpi umorzenie postępowania, niesłusznie posądzony o popełnienie przestępstwa człowiek może już spędzić za kratami aresztu nawet do 24 miesięcy.

Co więcej, w § 4 art. 263 KPK znajduje się następująca dyspozycja:

Przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania na okres oznaczony, przekraczający terminy określone w § 2 i 3 może dokonać sąd apelacyjny, w którego okręgu prowadzi się postępowanie na wniosek sądu, przed którym sprawa się toczy, a w postępowaniu przygotowawczym na wniosek właściwego prokuratora bezpośrednio przełożonego wobec prokuratora prowadzącego lub nadzorującego śledztwo – jeżeli konieczność taka powstaje w związku:

a) z zawieszeniem postępowania karnego,

b) czynnościami zmierzającymi do ustalenia lub potwierdzenia tożsamości oskarżonego,

c) wykonywaniem czynności dowodowych w sprawie o szczególnej zawiłości lub poza granicami kraju,

d) celowym przewlekaniem postępowania przez oskarżonego.

Przepis ten określa aż cztery przesłanki dopuszczalności przedłużenia tymczasowego aresztowania przez sąd apelacyjny na wniosek właściwego organu, ale nie zawiera w sobie maksymalnego okresu, na jaki w takim przypadku środek ten mógłby zostać orzeczony. Oznacza to, że biorąc pod uwagę potencjalną możliwość niezwykle szerokiego rozumienia niektórych warunków z art. 263 § 4 KPK, tymczasowe aresztowanie w niektórych przypadkach z czasem przekształci się w klasyczny areszt wydobywczy.

Reasumując, na próżno szukać w ustawie maksymalnego czasu trwania tymczasowego aresztowania, którego przekroczenie skutkowałoby jego nielegalnością. Brak maksymalnego terminu wprowadza także osobę, w stosunku do której stosowany jest ten środek w stan niepewności, w praktyce bowiem bardzo trudno określić, jak długo będzie trwał areszt.

Analizując statystyki z lat 1997-2015 opracowane prze Ministerstwo Sprawiedliwości, należy wskazać, że dopiero od 2005 roku liczba tymczasowych aresztowań zaczęła sukcesywnie spadać. Rekordowy pod względem ilości osób tymczasowo aresztowanych przed wydaniem wyroku był rok 2001, kiedy ich liczba wyniosła prawie 20 tysięcy. W latach 2013-2015 liczba osób poddanych temu izolacyjnemu środkowi zapobiegawczemu utrzymywała się na poziomie poniżej 4 tysięcy ze stałą tendencją do regresji[9].

[9] Dane pochodzą z informacji statystycznej o osobach dorosłych osądzonych w pierwszej instancji w sądach rejonowych w latach 1997-2015, opublikowanej w Bazie statystycznej Informatora Statystycznego Wymiar

Warto zaznaczyć, że na przestrzeni lat 2002-2014 średnia ilości uwzględnianych wniosków o wydanie postanowienia o tymczasowym aresztowaniu wyniosła aż 89,94%[10]. Dane te pozwalają z jednej strony na optymistyczne spojrzenie w przyszłość z uwagi na sukcesywnie zmniejszającą się liczbę tymczasowo aresztowanych, z drugiej zaś strony niepokoi fakt, iż niemal wszystkie składane w tej kwestii wnioski są przez sądy aprobowane. Biorąc pod uwagę, że funkcjonariusze wymiaru sprawiedliwości, od momentu zatrzymania osoby podejrzanej, dysponują jedynie 48 godzinami na zebranie niezbędnych materiałów i podjęcie decyzji o skierowaniu wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, przy jednoczesnym ogromnym obłożeniu pracą poszczególnych jednostek prokuratury, wysoka wartość przychylnych stanowisk sędziów w takiej sprawie budzi usprawiedliwiony niepokój. Należałoby zatem rozważyć, czy taki stan rzeczy ma swoje źródło w dobrze przygotowanym materiale dowodowym w sprawie oraz przekonywującym uzasadnieniu wniosku sporządzonym przez prokuratora, czy też tak wysoki poziom wskaźnika orzeczonych tymczasowych aresztowań ma umocowanie w podłożu o zgoła odmiennym charakterze[11].

6. Pozakodeksowe instrumenty ograniczające możliwość zastosowania tymczasowego aresztowania

Należy wskazać, iż żeby zapobiec nadmiernemu i nie do końca uzasadnionemu przedłużaniu tymczasowego aresztowania, doktryna wypracowała pewne reguły, według których muszą być opracowywane postanowienia o zastosowaniu tego środka:

1) każde postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania musi wskazywać czas jego trwania i jego termin końcowy (zasada ta wynika z art. 251 § 2 KPK, termin końcowy musi być zakreślony w każdorazowym postanowieniu o przedłużeniu tymczasowego aresztowania),

2) po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu (w czasie, gdy tymczasowe aresztowanie zostało orzeczone w postępowaniu przygotowawczym i jest wykonywane) sąd ma obowiązek rozważenia dalszego stosowania tymczasowego aresztowania i wydania stosownej decyzji,

Sprawiedliwości na stronie: https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/, dostępnej na dzień 11.04.2015 r.

[10] Opracowanie na podstawie: Tablica 30. *Tymczasowe aresztowanie w postępowaniu przygotowawczym* [w:] S. Waltoś, P. Hofmański: *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. 12, Warszawa 2016, str. 441.

[11] Szerzej: T. Kalisz, *Cele tymczasowego aresztowania a powszechność jego stosowania w praktyce sądów polskich*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego", t. 28, Wrocław 2012, str. 111-126.

3) niedopuszczalne jest stosowanie tymczasowego aresztowania poza granicami maksymalnych kodeksowych terminów.

Jak widać, trzecia reguła może okazać się nieskuteczna w kontekście § 4 art. 263 KPK, ma ona jednak za zadanie każdorazowo przypominać sędziom o kodeksowych wskazaniach oraz konieczności orzekania w zgodzie z konstytucyjną zasadą proporcjonalności.

7. Polska praktyka a zalecenia ETPCz

W ostatnim czasie szczególnie nagłośniono w mediach szereg przypadków osób, które kilka lat spędziły w areszcie śledczym, podczas gdy sąd ostatecznie uznał je za niewinne zarzucanych im czynów. Do tej pory rekordowy czas tymczasowego aresztowania to 8 lat, średni czas stosowania tego środka wynosi 3 lata. Coraz więcej skarg w tej kwestii wpływa też do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Skarżący podnoszą, że po aresztowaniu prokuratura przestaje się nimi interesować, nikt ich nie przesłuchuje i w ogóle niewiele się w ich sprawie dzieje. Aresztanci piszą, że w ten sposób łamie się zasadę domniemania niewinności, a sądy bez dowodów przyjmują argument prokuratury, że podejrzany może mataczyć. Maciej Bernatt z Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka tak podsumował obecną sytuację: „Pomimo, że polskie przepisy odpowiadają europejskim standardom, są one stosowane w sposób blankietowy. Areszt tymczasowy powinien być zastosowany w przypadku obawy ucieczki czy groźby mataczenia. Niestety w Polsce jest stosowany niemal z automatu, bez względu na zarzut i osobę podejrzaną”. Trudno nie zgodzić się z powyższymi twierdzeniami, szczególnie biorąc pod uwagę takie przypadki, jak sprawy Lecha Jeziornego i Pawła Rey’a, Władysława Jamrożego czy Jacka Turczyńskiego. To właśnie ich skargi to ETPCz wywołały falę dyskusji na temat stosowania w Polsce tymczasowego aresztowania. Do tej pory Trybunał wydał ok. 70 wyroków uznających winę Polski i zasądzających zadośćuczynienia w podobnych sprawach. Najczęściej formułowane zarzuty to:

- zbyt częste stosowanie aresztu, który powinien być środkiem absolutnie nadzwyczajnym,
- zbyt rzadkie stosowanie innych środków zabezpieczających, jak dozór policyjny, odebranie paszportu, poręczenie majątkowe,
- niemal automatyczne przedłużanie aresztu tylko dlatego, że prokuratura niespiesznie prowadzi postępowanie.

8. Podsumowanie

Patrząc na powyższe, nie można nie pokusić się o stwierdzenie, że kodeksowa regulacja tymczasowego aresztowania wymaga jak najszybszej modyfikacji, przede wszystkim w sposób jednoznaczny i sztywny określającej maksymalny czas, na jaki może zostać orzeczony izolacyjny środek zapobiegawczy. Świadczą o tym wartości liczbowe, pokazujące skalę problemu, jak również niewspółmierny do europejskiej średniej przeciętny czas trwania tymczasowego aresztowania oraz rosnąca w związku z tym ilość niekorzystnych dla Polski wyroków ETPCz. Niestety, kolejne zmiany kodeksu postępowania karnego, jak na razie, nie wprowadziły precyzyjnego rozwiązania w tym zakresie.

Dominika Szafran

Wpływ ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny przed i po 1 stycznia 2016 r.

Impact of insolvency on arbitration clause and arbitration proceedings has changed a lot in the last few months. Under Polish law, parties of legal relationship may submit their dispute to be resolved by arbitration. It is considered as much more cheaper and quicker than litigation. However, there is an issue regarding the impact of insolvency on arbitration clause and possibility to commence proceedings before arbitration tribunal. Prior to January 1, 2016, in the case of insolvency of one of the parties, arbitration clause became null and void. Currently, due to amendment of Polish Insolvency Act this issue looks completely different. In case of insolvency of one of the arbitration parties the arbitration court shall act in the same way as state courts. It means that proceedings before arbitration should be suspended. This amendment is the effect of critical opinions of academics and commentators.

1. Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie problematyki wpływu ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny. Zmiany, jakie dokonały się w tym zakresie po 1 stycznia 2016 roku uzasadniają konieczność ich analizy poprzez odwołanie się zarówno do regulacji dotychczasowych, jak i tych, które weszły w życie wraz z początkiem bieżącego roku. Ustawodawca bowiem całkowicie zmienił podejście do tej problematyki. Ogłoszenie upadłości jednej ze stron jak dotąd powodowało utratę mocy umowy o arbitraż. Wraz z wejściem w życie zmian, kwestia ta uległa całkowitej zmianie. Niewątpliwie wpłynęła na to konieczność ochrony jednej ze stron zapisu na sąd polubowny, która nie powinna zostać pozbawiona możliwości dochodzenia swoich roszczeń w postępowaniu przed sądem polubownym po ogłoszeniu upadłości kontrahenta przed sąd.

2. Zapis na sąd polubowny jako warunek wszczęcia i prowadzenia postępowania przed sądem polubownym

Arbitraż jako metoda rozstrzygania sporów znany był już w czasach starożytnych, w szczególności w starożytnym Rzymie. W Polsce regulacje na ten temat zawierała już ustawa procesowa z 1930 roku. Istota arbitrażu pozostała niezmienna od tamtych czasów, ponieważ jego celem było i nadal jest poddanie sporu pod rozstrzygnięcie osoby niezwiązanej z sądownictwem państwowym poprzez zawarcie przez strony stosownej umowy. Dziś arbitraż jest zaliczany do tzw. alternatywnych metod rozstrzygania sporów (ADR – *Alternative Dispute Resolution*). Przez ADR rozumie się najczęściej różne metody służące rozwiązywaniu sporów, które stanowią alternatywę dla sądownictwa powszechnego[1]. Genezy wszystkich tych metod należy poszukiwać w Stanach Zjednoczonych, gdzie na skutek kryzysu sądownictwa państwowego związanego głównie z rosnącymi kosztami postępowania sądowego w latach 60. XX w. upowszechniły się alternatywne formy rozstrzygania sporów[2]. Właśnie w ten sposób można wytłumaczyć ogólną nazwę zbiorczą dla tych metod –stanowią one alternatywę dla sądownictwa państwowego. Aktualnie liczba tych metod i ich zróżnicowanie zmienia się i obok tradycyjnych, takich jak arbitraż, mediacja i koncyliacja, można wyróżnić mniej znane, takie jak mini-proces (*mini-trial*), Med-Arb (*Mediation-Arbitration*) czy wczesną obiektywną ocenę sprawy (*Early Neutral Evaluation*). Niektórzy przedstawiciele doktryny uważają zaliczanie arbitrażu do ADR za niezasadne. Zwolennikiem poglądu zgodnie z którym bardziej uzasadnione jest niezaliczanie arbitrażu do zakresu ADR jest R. Morek, który swoje stanowisko opiera na uznaniu, że arbitraż jest metodą opartą na modelu adjukacyjnym. To z kolei nie pozwala na zaliczenie go do zakresu alternatywnych metod rozstrzygania sporów, ponieważ cechą tych ostatnich jest zdecydowanie przeważające występowanie elementów koncyliacyjnych z mniejszą rolą takich kwestii jak miejsce postępowania czy osoba rozstrzygająca konflikt[3].

Sąd arbitrażowy określany jest w literaturze jako niepaństwowy sąd powołany zgodną wolą stron stosunku cywilnoprawnego do wydania wiążącego orzeczenia równego mocą wyrokowi sądu państwowego, które nie jest jednak wydawane w imieniu państwa. Sądy arbitrażowe zaliczane są jednak do części systemu postępowania cywilnego, mającej jednak prywatny, a nie państwowy charakter. Możliwość poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu

[1] Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 27.
[2] Ł. Błaszczak [w:] E. Marszałkowka-Krześ (red.), *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2013, s. 557.
[3] R. Morek, *ADR w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s. 2.

polubownego przewiduje wprost Kodeks postępowania cywilnego[4] w art. 1161 §1. Wskutek zawarcia przez strony określonego stosunku prawnego zapisu na sąd polubowny wyłączona zostaje możliwość rozpoznania sprawy przez sąd powszechny po spełnieniu dodatkowych przesłanek, określonych przez przepisy prawa procesowego. Podstawą poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego jest zawarcie przez strony umowy o arbitraż, zwanej także zapisem na sąd polubowny.

Zgodnie z ogólną definicją przyjętą w literaturze zapis na sąd polubowny jest umową, na mocy której strony poddają już istniejący lub mogący wyniknąć w przyszłości spór pod rozstrzygnięcie sądu polubownego[5]. Zapis na sąd polubowny może być zawarty jeszcze przed powstaniem sporu, w umowie głównej i dotyczyć sporów mogących wyniknąć z danej umowy. Taki zapis nazywany jest klauzulą arbitrażową. Zawarcie zapisu na sąd polubowny jest możliwe także po powstaniu sporu, w umowie głównej i wówczas określa się go jako kompromis. Zdecydowanie częściej ma miejsce sytuacja, gdy zapis zawierany jest jeszcze przed powstaniem potencjalnego sporu, gdyż po jego powstaniu strony często nie mogą dojść do porozumienia w wielu kwestiach, w tym co do sposoby rozstrzygnięcia danego sporu. Niezwykle istotną kwestią jest relacja klauzuli arbitrażowej do umowy w jakiej została zawarta. Sygnalizując jedynie to zagadnienie należy stwierdzić, że obecnie w większości jurysdykcji respektowany jest pogląd mówiący o odrębności tych dwóch umów. Oznacza to, że wszelkie wady umowy głównej nie wpływają na ważność zapisu na sąd polubowny. W prawie anglosaskim pogląd ten znany jest jako *separability doctrine*[6]. Największe kontrowersje wzbudza charakter prawny zapisu na sąd polubowny. W literaturze pojawiły się koncepcje uznające zapis na sąd polubowny za czynność procesową[7] lub materialnoprawną[8]. Mniej popularne są koncepcje uznające umowę o arbitraż za czynność mieszaną lub umowę *sui generis*. Problem ten ma także znaczenie praktyczne, gdyż przyjęcie jednej z tych teorii determinuje wybór reżimu prawnego, który powinien zostać zastosowany przy rozwiązywaniu problemów dotyczących umowy o arbitraż. Aktualnie zdania co do charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny są podzielone, a dyskusja związana z tym problemem toczy się zarówno w polskiej, jak i zagranicznej literaturze. Kwestia ta ma znaczenie nie tylko teoretyczne, ale

[4] Ustawa z 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296).
[5] T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 78.
[6] M. L. Moses, *The principle and practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge 2012, s. 19.
[7] R. Kulski, *Charakter prawny umów procesowych* [w:] „Państwo i Prawo"2002, nr 1, s.53.
[8] F. Zedler, *Umowy w obrocie gospodarczym*, Kraków 2006, s. 386.

wpływa także na praktykę stosowania prawa, stąd wydaje się uzasadnione wypracowanie jednolitego stanowiska w tym zakresie.

W literaturze wskazuje się na wiele zalet postępowania arbitrażowego. Wśród nich najczęściej wymienia się stosunkowo niskie koszty, szybkość, bezstronność oraz poufność. Wszystkie te cechy powodują, że ta metoda rozstrzygania sporów staje się coraz bardziej popularna, przede wszystkim w stosunkach między przedsiębiorcami, którym szczególnie zależy na szybkości postępowania. Arbitrzy często posiadają także specjalistyczną wiedzę, gdyż do pełnienia tej funkcji nie jest konieczne ukończenie studiów prawniczych. W sporach charakteryzujących się szczególnym stopniem skomplikowania oraz wymagających specjalistycznej wiedzy bardziej korzystne dla stron jest powierzenie rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy osobie posiadającej np. wykształcenie ekonomiczne lub techniczne. Strony w postępowaniu arbitrażowym mają wpływ na wiele elementów związanych z przebiegiem tego postępowania. Zawierając zapis na sąd polubowny mogą bowiem ustalić w nim miejsce prowadzenia postępowania, osoby rozstrzygające spór, język postępowania oraz kwestie dotyczące środków zabezpieczających, co nie jest możliwe w postępowaniu przed sądem powszechnym. Jednak to, co stanowi największą korzyść postępowania przed sądem polubownym dotyczy samego wyroku.

Wyrok wydany przez sąd polubowny, którego uznanie oraz stwierdzenie wykonalności zostało stwierdzone w odpowiedniej procedurze wywiera takie same skutki jak wyrok sądu państwowego. Oznacza to, że po nadaniu klauzuli wykonalności jest on tytułem wykonawczym. Strona może zatem dochodzić roszczeń w nim stwierdzonych na drodze postępowania egzekucyjnego. Jak wskazuje się jednak w literaturze, wykonalność wyroku sądu polubownego należy rozumieć jedynie jako możliwość jego wykonania w drodze egzekucji, co nie obejmuje wszystkich aspektów dotyczących pojęcia wykonalności[9]. Największą zaletą postępowania arbitrażowego jest jednak możliwość uznania i wykonywania orzeczeń zagranicznych sądów arbitrażowych w innym państwie niż państwo wydania tego wyroku. Taką możliwość zapewnia Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku 10 czerwca 1958 roku. Z uwagi na dużą ilość państw-stron tej konwencji uznanie i wykonanie zagranicznego orzeczenia arbitrażowego jest możliwe w odniesieniu do większości krajów, co jest dużą zaletą z uwagi na fakt, że postępowanie arbitrażowe często toczy się w innym państwie niż państwo wykonania wyroku.

[9] E. Marszałkowka-Krześ (red.), *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2013, s. 583-584.

3. Skutki ogłoszenia upadłości

Ogłoszenie upadłości przez sąd wywołuje szereg skutków, zarówno w odniesieniu do osoby upadłego, jak i jego majątku. Skutki odnoszące się do osoby upadłego uregulowane zostały w art. 57-60[1] ustawy Prawo upadłościowe[10]. Jednym z nich jest obowiązek wskazania oraz wydania syndykowi całego majątku upadłego oraz wydanie dokumentów dotyczących jego działalności, majątku oraz rozliczeń. Ustawodawca przykładowo wskazuje, że chodzi przede wszystkim o księgi rachunkowe, wszelkie ewidencje prowadzone dla celów podatkowych oraz korespondencję. Ponadto z chwilą ogłoszenie upadłości na upadłym ciąży obowiązek udzielania wszelkich potrzebnych wyjaśnień dotyczących majątku sędziemu-komisarzowi oraz syndykowi. Najdalej idący skutek dotyczący osoby upadłego odnosi się do możliwości postanowienia przez sędziego-komisarza, że upadły będący osobą fizyczną nie może bez zezwolenia opuszczać terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Możliwość ta dotyczy także członków organu zarządzającego upadłego niebędącego osobą fizyczną. W związku z tym, że takie postanowienie znacząco ogranicza prawo do swobodnego przemieszczania się, przysługuje na nie zażalenie. Po ogłoszeniu upadłości sędzia-komisarz może zastosować środki przymusu w stosunku do upadłego. Może to nastąpić jedynie w przypadku, gdy upadły ukrywa się lub ukrywa swój majątek w sprawie, w której wydano postanowienie o ogłoszeniu upadłości. Środki, jakie może w takiej sytuacji zastosować sędzia-komisarz zostały ściśle określone przez ustawodawcę. Zgodnie z art. 58 Prawa upadłościowego mogą to być środki przymusu określone w Kodeksie postępowania cywilnego dla egzekucji świadczeń niepieniężnych. Sędzia-komisarz ma zatem do dyspozycji środki określone w art. 1052-1059 k.p.c., czyli obejmujące grzywnę z możliwością zamiany na areszt. Jak zauważa P. Zimmerman: „Celem stosowania środków przymusu nie jest ukaranie upadłego, lecz doprowadzenie jego zachowania się w postępowaniu do stanu oczekiwanego przez normy Prawa upadłościowego. Nie można zatem stosować środków przymusu, gdy upadły nie wydaje majątku, gdyż go nie posiada lub nie wie, gdzie się on znajduje. To samo dotyczy niezawinionego zaniechania innych obowiązków przewidzianych przepisami Prawa upadłościowego, np. gdy upadły nie wydaje dokumentacji, gdyż takiej nie posiada lub nie wie, gdzie się ona znajduje”[11]. Z takim stanowiskiem należy się w pełni zgodzić, gdyż wynika z niego jednoznacznie, że zastosowanie środków przymusu może mieć miejsce tylko w sytuacji zawinionego niewypełniania obowiązków ustawowych przez upadłego, a nie jedynie samym

[10] Ustawa z 28.2.2003 r. Prawo upadłościowe, Dz.U. Nr 60 poz. 535.
[11] P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 141.

faktem zaistnienia tych okoliczności. Kolejny skutek ogłoszenia upadłości odnosi się do firmy upadłego i został określony w art. 60^1 Prawa upadłościowego. Zgodnie z tym przepisem, po ogłoszeniu upadłości przedsiębiorca występuje w obrocie pod dotychczasową firmą z dodaniem oznaczenia „w upadłości". Celem tej regulacji jest przede wszystkim umożliwienie potencjalnym kontrahentom upadłego zapoznania się z sytuacją upadłego. Obowiązek określony we wskazanym przepisie powstaje w momencie ogłoszenia upadłości i trwa do uprawomocnienia się postanowienia o zakończeniu postępowania upadłościowego, uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu tego postępowania lub do chwili uprawomocnienia się postanowienia o oddaleniu lub odrzuceniu wniosku o ogłoszenie upadłości[12]. Jeśli chodzi o skutki odnoszące się do majątku upadłego, to najbardziej znaczącym jest ten określony w art. 57 Prawa upadłościowego. Stanowi on, że z dniem ogłoszenia upadłości majątek upadłego staje się masą upadłości, która służy zaspokojeniu wierzycieli upadłego. Jak podkreśla się w literaturze, masa upadłości nie stanowi podmiotu praw, ale jest przedmiotem praw. Oznacza to, że masa upadłości nie posiada osobowości prawnej oraz zdolności prawnej, a tym samym nie może pozywać i być pozywana[13]. Ustawa określa także szczegółowo skutki odnoszące się do poszczególnych zobowiązań upadłego oraz postępowań sądowych i administracyjnych. Z uwagi na tematykę niniejszego artykułu omówiona zostanie jedynie problematyka wpływu ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny oraz postępowanie toczące się przed sądem polubownym. Należy jednak podkreślić, że skutki związane z ogłoszeniem upadłości mają znaczący wpływ na sferę praw oraz obowiązków zarówno samego upadłego, jak i jego wierzycieli, a niekiedy także osób trzecich, przede wszystkim pracowników upadłego. Szczegółowa regulacja tej problematyki była zatem konieczna do skutecznej ochrony interesów poszczególnych podmiotów.

4. Skutki ogłoszenia upadłości odnoszące się do zapisu na sąd polubowny – stan prawny przed 1 stycznia 2016 r.

Przed 1 stycznia 2016 roku kwestia wpływu ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny uregulowana była tak samo w przypadku upadłości likwidacyjnej oraz upadłości z możliwością zawarcia układu. W ustawie z dnia 28.2.2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze w odniesieniu do obu rodzajów postępowań problem ten został uregulowany w art. 142 i art. 147, które miały identyczne brzmienie. Przepisy te stanowiły, że: „Zapis na sąd

[12] Ibidem, s. 142.
[13] R. Lewandowski, P. Wołowski, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Warszawa 2014, s. 106.

polubowny dokonany przez upadłego traci moc z dniem ogłoszenia upadłości, a toczące się już postępowania przed sądem polubownym ulegają umorzeniu". Zatem zarówno w odniesieniu do upadłości likwidacyjnej, jak i upadłości z możliwością zawarcia układu efekt był taki sam, a skutek w postaci utraty mocy zapisu na sąd polubowny następował z mocy prawa. Z kolei do umorzenia postępowania przez sąd polubowny niezbędne było wydanie odpowiedniego postanowienia. Rozwiązanie to było przedmiotem krytyki przez wielu przedstawicieli nauki i praktyki. Wskazywano, że takie rozwiązanie jest sprzeczne z prawem międzynarodowym wiążącym Polskę (m.in. z Protokołem o klauzulach arbitrażowych podpisanym w Genewie 24.9.1923 r. oraz Konwencją nowojorską z 10.6.1958 r. o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych) oraz znacząco ingeruje w zarówno w pewność obrotu[14]. Ponadto zwracano także uwagę na naruszenie zasady *pacta sunt servanda,* gdyż zapis na sąd polubowny to właśnie umowa, na mocy której strony decydują się poddać spór pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Przede wszystkim jednak regulacja ta wpływała na wizerunek Polski jako miejsca niesprzyjającego prowadzeniu postępowań arbitrażowych. Ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze stwierdził, że: „Z uwagi na charakter sądownictwa polubownego i możliwość orzekania przez sąd polubowny według zasad słuszności projekt przyjmuje, że w razie ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu, zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego traci moc z chwilą ogłoszenia upadłości. Dla zapewnienia ochrony praw wierzycieli celowym jest były rozpoznawane przez sądy państwowe, które przy orzekaniu zobowiązane są stosować prawo. Możliwość przekazywania sprawy do rozstrzygnięcia sądom polubownym winna być poddany ścisłej kontroli wierzycieli. W żadnym wypadku nie może się to opierać na decyzji upadłego"[15]. Jak uznał jeden z najwybitniejszych znawców prawa upadłościowego, S. Gurgul, takie stanowisko należy ocenić krytycznie. Do zwolenników takiego rozwiązania należał m.in. A. Jakubecki, który twierdzi, że: „Złożoność problemów materialnoprawnych i procesowych, które niesie ze sobą ogłoszenie upadłości dłużnika sprawia, iż rozstrzyganie sporów po tej dacie nie powinno być pozostawione sądowi polubownemu. Realizacja celów postępowania upadłościowego wymaga, aby spór którego stroną jest upadły został rozstrzygnięty ściśle z literą prawa materialnego przy uwzględnieniu wszelkich uwarunkowań prawa procesowego

[14] W. Sadowski, *Ogłoszenie upadłości a zapis na sąd polubowny – uwagi krytyczne na tle ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze*, „ADR Arbitraż i Mediacja" 2008, nr 4, s. 153-180.
[15] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 519-520.

cywilnego(…)”[16]. Głosy krytyczne były jednak przeważające, w związku z czym ustawodawca postanowił dokonać daleko idących zmian w tej materii poprzez nowelizację ustawy.

5. Skutki ogłoszenia upadłości odnoszące się do zapisu na sąd polubowny – stan prawny po 1 stycznia 2016 r.

1 stycznia 2016 r. weszła w życie ustawa nowelizująca prawo upadłościowe. Wprowadziła ona daleko idące zmiany w wielu obszarach związanych z upadłością. Przede wszystkim ustawodawca zrezygnował z podziału na upadłość likwidacyjną i upadłość z możliwością zawarcia układu. Zamiast tego dłużnik będzie miał możliwość skorzystania z postępowania restrukturyzacyjnego. Wprowadzono cztery rodzaje tych postępowań: postępowania o zatwierdzenie układu, postępowanie układowe i przyspieszone postępowanie układowe oraz postępowanie sanacyjne. Szczególnie istotne z punktu widzenia dłużników zmiany zaszły także w zakresie samego pojęcia niewypłacalności oraz odpowiedzialności za niezłożenie wniosku we właściwym terminie. Nowelizacja prawa upadłościowego była odpowiedzią na krytyczne głosy doktryny i praktyki, które dotyczyły przede wszystkim czasu trwania i skuteczności postępowania upadłościowego. Wprowadzone zmiany dotyczą także wpływu postępowania upadłościowego na zapis na sąd polubowny oraz postępowania przed sądami polubownymi, co także nastąpiło pod wpływem poglądów przedstawicieli nauki. Zgodnie ze znowelizowanym art. 147 ustawy Prawo upadłościowe: „Do postępowań przed sądami polubownymi przepisy art. 174 § 1 pkt 4 i 5 oraz art. 180 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego, a także art. 144 i art. 145 stosuje się odpowiednio”. Jak wskazywano w uzasadnieniu do projektu ustawy: „Poprzednia regulacja, zgodnie z którą wskutek ogłoszenia upadłości likwidacyjnej postępowania polubowne podlegały umorzeniu, a zapis na sąd polubowny tracił moc, była mocno krytykowana. W szczególności wątpliwości budziła utrata mocy zapisu na sąd polubowny, zwłaszcza w świetle regulacji art. 372 ust. 1 PrUpN. Stąd wprowadzone do prawa upadłościowego zrównanie ich z postępowaniami sądowymi poprzez wprowadzenie regulacji, że do postępowań polubownych stosuje się odpowiednio przepisy art. 144 i art. 145 oraz art. 174 § 1 pkt 4 i 5 i art. 180 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego”[17]. Zatem jak wynika z przytoczonych regulacji, sąd polubowny w przypadku ogłoszenia upadłości jednej ze stron umowy o arbitraż, powinien podobnie jak sąd powszechny zawiesić

[16] A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Zakamycze 2003, s. 389.
[17] Uzasadnienie projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, Druk Sejmu VII kadencji Nr 2824: http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2824 (dostęp: 04.06.2016).

postępowanie. Przepis ten nakazuje stosowanie odpowiednie wymienionych tam regulacji, co oznacza, że sąd polubowny powinien każdorazowo ustalić w jakim zakresie dany przepis nadaje się do stosowania bezpośredniego, a kiedy należy uwzględnić specyfikę postępowania arbitrażowego. Należy także podkreślić, że po ogłoszeniu upadłości jednej ze stron umowy o arbitraż nie ma możliwości wszczęcia przeciwko niej postępowania przed sądem polubownym. Regulacja ta dotyczy zatem jedynie sytuacji, kiedy postępowanie przed sądem polubowny toczy się w momencie ogłoszenia upadłości przez sąd. Jednak jak wskazuje art. 145 Prawa upadłościowego: „Postępowanie sądowe, administracyjne lub sądowoadministracyjne w sprawie wszczętej przeciwko upadłemu przed dniem ogłoszenia upadłości o wierzytelność, która podlega zgłoszeniu do masy upadłości, może być podjęte przeciwko syndykowi tylko w przypadku, gdy w postępowaniu upadłościowym wierzytelność ta po wyczerpaniu trybu określonego ustawą nie zostanie umieszczona na liście wierzytelności". Jak wynika z tego przepisu, postępowanie będzie mogło być podjęte już z udziałem syndyka dopiero po wyczerpaniu trybu przewidzianego dla ustalenia listy wierzytelności. Odnosi się to jednak sytuacji, gdy postępowanie to dotyczy majątku upadłego[18]. Należy także mieć na uwadze brzmienie art. 206 ust. 1 pkt 6, zgodnie z którym dla wszczęcia postępowania przed sądem polubownym przez syndyka po ogłoszeniu upadłości wymagana jest zgoda rady wierzycieli. Zezwolenie takie wymagane jest pod rygorem nieważności. Ustawodawca pozostawił jednak pewien zakres swobody syndykowi poprzez dodanie art. 147a. Jeżeli bowiem w dniu ogłoszenia upadłości postępowanie przed sądem polubownym nie zostało jeszcze wszczęte, syndyk może (za zgodą sędziego-komisarza) odstąpić od zapisu na sąd polubowny. Oznacza to, że w przypadku skorzystania z tego uprawnienia przez syndyka umowa o arbitraż nie wywoła żadnych skutków prawnych. Ustawodawca postanowił jednak ograniczyć swobodę syndyka w tym zakresie poprzez wprowadzenie warunku, że odstąpienie możliwe jest jedynie w przypadku, gdy dochodzenie roszczenia przed sądem polubownym utrudnia likwidację masy upadłości, w szczególności jeżeli stan masy upadłości uniemożliwia pokrycie kosztów wszczęcia i prowadzenia postępowania przed sądem polubownym. Chroniąc interes drugiej strony umowy o arbitraż, wprowadzono możliwość żądania przez nią pisemnego oświadczenia, czy syndyk odstępuje od zapisu na sąd polubowny. Żądanie takie powinno zostać złożone na piśmie, a syndyk ma trzydzieści dni na ustosunkowanie się do niego. Jeżeli zatem uzna, że bardziej korzystne będzie odstąpienie od zapisu na sąd polubowny, powinien wystąpić do

[18]P. Zimmerman, op.cit, s. 142.

sędziego-komisarza o wydanie odpowiedniego postanowienia w tym przedmiocie. Jeżeli syndyk nie złoży drugiej stronie oświadczenia w terminie trzydziestu dni, uważane to będzie za równoznaczne z odstąpieniem od umowy o arbitraż. W celu ochrony kontrahenta upadłego, ustawodawca postanowił, że druga strona także może odstąpić od zapisu na sąd polubowny w sytuacji, gdy pomimo nieodstąpienia od zapisu na sąd polubowny, syndyk odmawia udziału w kosztach postępowania przed sądem polubownym. Jak wskazuje P. Zimmerman: „Pojęcie odmowy udziału w kosztach należy rozumieć w ten sposób, iż będzie nim zarówno bezpośrednia deklaracja syndyka o odmowie pokrywania kosztów postępowania, jak i bezskuteczny upływ terminu na uiszczenie którejkolwiek z opłat żądanych przez sąd polubowny”[19]. Zgodnie z art. 147a ust. 4 Prawa upadłościowego, na skutek odstąpienia zapis na sąd polubowny traci moc, co oznacza, że syndyk chcąc dochodzić jakichkolwiek roszczeń przeciwko drugiej stronie zapisu na sąd polubowny, może wszcząć postępowanie jedynie przed sądem państwowym. Nie zmienia to z kolei znacznie sytuacji drugiej strony, która po ogłoszeniu upadłości może dochodzić roszczeń od upadłego jedynie w trybie przewidzianym przez przepisy ustawy. W przypadku utraty mocy zapisu na sąd polubowny zostaje bowiem wyłączona możliwość rozpoznania sprawy w drodze arbitrażu. Oznacza to, że ewentualny zarzut istnienia zapisu na sąd polubowny zostałby w takiej sytuacji oddalony przez sąd powszechny. Jeżeli pomimo tego doszłoby jednak do rozpoznania sprawy przez sąd polubowny oraz wydania wyroku przez ten sąd, możliwe jest jego uchylenie, co wynika jednoznacznie z art. 1206 §1 pkt 1 Kodeksu postępowania cywilnego.

6. Podsumowanie

Ustawodawca regulując kwestię wpływu ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny zdecydował się na radykalną zmianę. Niewątpliwie przyczyniły się do tego liczne głosy krytyczne dotyczące wcześniejszego rozwiązania. Zmiana ta była także niewątpliwie podyktowana chęcią uczynienia z Polski miejsca sprzyjającego polubownemu rozstrzyganiu konfliktów. Wcześniejsze uregulowania nie tylko nie spełniały tej roli, a wręcz wywoływały odmienne spostrzeżenia. Zmianę, jaka została wprowadzona do Prawa upadłościowego należy zatem ocenić pozytywnie. Świadczą o tym aprobujące głosy przedstawicieli doktryny i praktyki, którzy od dawna postulowali zmianę podejścia poprzez wprowadzenie w Polsce rozwiązań przyjętych w innych krajach europejskich.

[19]P. Zimmerman, op.cit., s. 301.

Ewa Wójcik

„Wymowne milczenie" czyli instytucja „milczącej zgody" organu administracji publicznej z art. 30 ust. 5 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane

This article concerns the problem of a specific kind of disposal the administrative matters, known in polish judicature as „tacit agreement". This construction, widely used in other European countries, such as Germany, France or Spain is not very popular in Poland. "Tacit consent" is a situation when a party files a motion and unless authority conducting the administrative proceedings answers the application after the limited time, we make an assumption, that it had accepted a demand, because a legal rule allows us to do it. There are acts which contain this construction, but rather as an exception than as a rule. One of them is the Act of 7 July 1994 – Building Law (consolidated text J.L. of 2013, item 1409, as amended). Due to its unusual nature, "tacit agreement" is not placed it The Code of Administrative Proceedings as one of the possible types of disposing the administrative matters. Article tries to present different opinions about its legal nature and justification for each of them. Many authors consider for example the administrative court review of this legal form, reopening the proceedings or else declaring the decision invalid. The problem presented in the article is really important to solve, because "tacit consent" could make complicated proceedings faster and easier, so it is essential to settle a dispute over its legal nature.

1. Informacje ogólne

Instytucja „milczącej zgody" organu administracji jest stosunkowo nową i niezbyt rozpowszechnioną na gruncie prawa polskiego konstrukcją prawną. Jej zastosowanie stanowi wyjątek i jest dopuszczalne jedynie, jeśli wynika wyraźnie z przepisów ustawowych. Zatem, jak zauważa Z. Snażyk: „jedynie jeśli przepis szczególny tak stanowi, niewydanie rozstrzygnięcia w terminie skutkuje przyjęciem fikcji rozstrzygnięcia zgodnego z wnioskiem"[1].

[1] Z. Snażyk., *Milcząca zgoda administracji – wnioski de lege ferenda*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu" 2015, nr 1(45) Warszawa 2015, s. 33.

Jak dotychczas nie powstała definicja legalna „milczącej zgody". Pozostaje ona zatem wytworem doktryny prawa, której przedstawiciele niejednokrotnie podejmowali próby jej bliższego scharakteryzowania. O sprawczym charakterze milczenia organu pisał T. Bacewicz, opierając swoje ustalenia na teorii wypowiedzi performatywnych J.L. Austina. Przyjął on, iż milczenie w prawie będzie miało sprawczy charakter przy łącznym spełnieniu trzech warunków. Po pierwsze, procedura, w której określona wypowiedź sprawcza ma być zastąpiona milczeniem, musi przewidywać milczenie jako dopuszczalny sposób rozstrzygnięcia. Po drugie, musi istnieć reguła znaczeniowa przypisująca milczeniu określone znaczenie prawne, uznająca je za dokonanie czegoś. Po trzecie, milczenie jako sposób realizacji wypowiedzi sprawczej musi się dać sprowadzić do konkretnej wypowiedzi słownej, konkretnego stwierdzenia[2]. Tłumacząc myśl Bacewicza na przykładzie można by stwierdzić, że jeżeli istnieje przepis prawa materialnego dopuszczający formę „milczącej zgody" i wiążący milczenie organu z wywołaniem określonego skutku prawnego oraz treść określającą skutek prawny, jaki niesie za sobą milczenie, można by wyrazić w formie zdania twierdzącego, to opisana w tym przepisie konstrukcja prawna jest właśnie milczeniem organu o charakterze performatywnym. Zatem za zgodę organu wyrażoną w sposób milczący możemy uznać sytuację, kiedy organ administracji publicznej, po otrzymaniu od zainteresowanego podmiotu wniosku (w postaci np. zgłoszenia, zawiadomienia, czy prośby o dokonanie interpretacji podatkowej) w określonym przez ustawę terminie nie podejmie żadnego działania – a tym samym rozstrzygnie sprawę zgodnie z żądaniem zainteresowanego, ponieważ istnieje przepis nadający takiemu zachowaniu organu znaczenie prawne. Brak reakcji nie będzie oznaczał zatem jego bezczynności, a stanie się jedynie formą wyrażenia zgody w stosunku do żądania strony[3].

W polskim postępowaniu administracyjnym zgodnie z art. 104 § 1 k.p.a.[4] zasadą jest rozstrzyganie spraw w drodze decyzji, a więc jednostronnego zewnętrznego aktu administracyjnego, w sposób władczy kształtującego prawa lub obowiązki stron[5]. Kodeks nie wymienia fikcji pozytywnego rozstrzygnięcia jako jednej z form rozstrzygania sprawy administracyjnej. Konstrukcję tę znajdujemy jedynie w przepisach szczególnych. W każdej

[2] T. Bacewicz, *Milczenie w prawie. Milczenie performatywne* [w:] J. Stelmach (red.) *Studia z filozofii prawa*, t.2., Kraków 2003, s.139.
[3] W. Bochenek, *Bezczynność a milczenie organu administracji*, „Samorząd Terytorialny" 2003, nr 12, s. 44.
[4] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, tekst jednolity, Dz.U. z 2016 r., poz. 23.
[5] B. Adamiak, J, Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne,* Warszawa 2013, s. 249.

z ustaw przybiera ona nieco inny charakter. Przepisy prawa budowlanego przewidują jej zastosowanie w procedurach zgłoszenia: robót budowlanych (art. 30), rozbiórki obiektów budowlanych (art. 31 ust. 2) przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego (art. 54), zmiany sposobu użytkowania obiektu budowlanego (art. 71)[6]. Na gruncie tej ustawy zauważalnymi cechami milczenia organu są między innymi: wszczęcie procedury za pomocą dokonania zgłoszenia przez zainteresowany podmiot; ustawowe określenie terminu, w trakcie którego organ administracji architektoniczno-budowlanej może wnieść sprzeciw przybierający formę decyzji administracyjnej albo nie podjąć żadnej reakcji, co jest równoznaczne z akceptacją planowanych przez zgłaszającego zachowań i zgodą na ich podjęcie; a także nałożenie przez ustawodawcę na organ obowiązków informacyjnych polegających na opublikowaniu w Biuletynie Informacji Publicznej danych dotyczących doręczenia zgłoszenia, wniesienia sprzeciwu czy wreszcie informację o braku wniesienia przez organ sprzeciwu po upływie określonego terminu.

Inne akty prawne, korzystające z konstrukcji „milczącej zgody" to m.in.[7] Prawo ochrony środowiska (art. 152 ust. 4 – zgłoszenie instalacji mogącej negatywnie oddziaływać na środowisko, z której emisja nie wymaga uzyskania pozwolenia[8]), Ustawa z 25 sierpnia 2006 r. o systemie monitorowania i kontrolowania jakości paliw (art. 9 ust. 1 i 2 – zgłoszenie Prezesowi UOKiK stosowania w wybranych flotach biopaliw ciekłych, spełniających wymagania jakościowe określone w przepisach odrębnych[9]), Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej (art.11 ust. 9 – nierozpatrzenie przez organ administracji publicznej wniosku przedsiębiorcy w terminie skutkujące uznaniem, że organ wydał pozytywne dlań rozstrzygnięcie, chyba że przepisy ustaw odrębnych ze względu na nadrzędny interes publiczny stanowią inaczej[10]), Ordynacja podatkowa (art. 14o § 1 – tzw. milcząca interpretacja podatkowa[11]), czy wreszcie Prawo telekomunikacyjne (art. 48 – milcząca akceptacja przez Prezesa UKE projektów cenników i regulaminów świadczenia usług przedsiębiorców telekomunikacyjnych[12]). Instytucja „milczącej zgody" ma zatem szczególne znaczenie w tych

[6] Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, tekst jednolity, Dz.U. z 2013 r., poz. 1409 ze zm.
[7] Katalog aktów prawnych wykorzystujących konstrukcję „milczącej zgody" podaję za: A. Kubiak, *Fikcja pozytywnego rozstrzygnięcia w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo" 2009, nr 11, s.32-46.
[8] Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, tekst jednolity, Dz.U. z 2013r., poz. 1232 ze zm.
[9] Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o systemie monitorowania i kontrolowania jakości paliw, tekst jednolity, Dz.U. z 2014 r., poz. 1728 ze zm.
[10] Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tekst jednolity, Dz.U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.
[11] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, tekst jednolity, Dz.U. z 2015 r., poz. 613 ze zm.
[12] Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, tekst jednolity, Dz.U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.

dziedzinach prawa, w których zagwarantowanie szybkości postępowania jest niezwykle istotne ze względu na szczególnego rodzaju interes stron.

„Wobec różnorodności zjawiskowych form <milczenia administracji>, które jest konstrukcją doktrynalną, ocena proceduralnego znaczenia konkretnego typu milczenia powinna być dokonywana w kontekście norm prawa materialnego. Niezależnie jednak od tych trudności doktryna podejmuje się zdefiniowania istoty i funkcji milczenia administracji. Można w tym zakresie wyróżnić następujące stanowiska, według których milczenie administracji jest: swoistym aktem stosowania materialnego prawa administracyjnego, konkretyzującym ustawowo określone prawa i obowiązki stron albo niezastosowaniem – do upływu określonego ustawą terminu – prawa materialnego przez właściwy organ administracji publicznej, z którym ustawa wiąże skutek prawny w postaci przyznania stronie określonego ustawą prawa" [13]. Konsekwencją przyjęcia pierwszego albo drugiego stanowiska może być uznanie milczącej zgody odpowiednio za: „decyzję", konkludentny akt administracyjny albo swoistą czynność materialno-techniczną.

2. „Milcząca zgoda" z art. 30 ust. 5 Prawa budowlanego

Ze względu na różnorodny kształt, jaki przybiera w aktach prawnych ta konstrukcja w niniejszym artykule zostaną zaprezentowane poglądy doktryny odnośnie do charakteru czynności organu, o jakiej mowa w art. 30 ust. 5 Prawa budowlanego (dalej: Pr Bud). Postarajmy się wpierw przybliżyć treść tej regulacji. Wprowadzona już w pierwotnej wersji ustawy[14], a uszczegółowiona nowelą z dnia 20 lutego 2015 r.[15] instytucja „milczącej zgody" organu administracji architektoniczno-budowlanej dotyczy sytuacji, gdy inwestor dokonuje zgłoszenia zamiaru rozpoczęcia robót budowlanych obiektu, którego budowa, zgodnie z art. 29 Pr Bud nie wymaga uprzedniego uzyskania pozwolenia na budowę. Zgłoszenie to – które dotyczy robót budowlanych o mniejszym stopniu zagrożenia dla dobra publicznego – inicjuje jedno z postępowań, które mogą być uruchomione przed rozpoczęciem realizacji inwestycji[16]. Złożenie zgłoszenia jest więc wyjątkiem wobec wyrażonej w art. 28 ust.1 Pr Bud zasady, zgodnie z którą strona jest obowiązana uzyskać decyzję o pozwoleniu na budowę, aby móc

[13] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U.00.98.1071),* LEX/el 2016

[14] Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, (wersja pierwotna), Dz.U. z 1994 r., nr 89, poz. 414 (art. 30 ust. 1 i 2).

[15] Ustawa z dnia 20.02.2015r. o zmianie ustawy – Prawo budowalne oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r., poz. 443.

[16] K. Małysa–Sulińska, *Administracyjnoprawne aspekty inwestycji budowlanych*, Warszawa 2012, s.121.

rozpocząć prace budowlane. Przepisy nakazują stronie planującej rozpocząć budowę zgłosić ten zamiar właściwemu organowi (co do zasady – wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta) przed planowanym terminem zamierzonego wszczęcia robót budowlanych (art. 30 ust. 5). Ustawodawca pozostawia jednak inwestorom swobodę wyboru, gdyż zgodnie z art. 30 ust 1a „inwestor zamiast dokonania zgłoszenia dotyczącego robót budowlanych, o których mowa w ust. 1 może wystąpić z wnioskiem o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę". Do zgłoszenia należy dołączyć odpowiednie dokumenty: oświadczenie o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane oraz, w zależności od potrzeb, odpowiednie szkice lub rysunki, a także pozwolenia, uzgodnienia i opinie wymagane odrębnymi przepisami. W jego treści natomiast należy określić rodzaj, zakres i sposób wykonywania robót budowlanych oraz termin ich rozpoczęcia. Właściwy organ, w terminie 30 dni od dnia doręczenia zgłoszenia, może, w drodze decyzji wnieść sprzeciw. Przy czym wniesienie sprzeciwu jest dopuszczalne jedynie w sytuacjach enumeratywnie wymienionych w art. 30 ust. 6 Pr Bud. Wnosząc sprzeciw, organ może też (fakultatywnie) nałożyć obowiązek uzyskania pozwolenia na budowę w odniesieniu do określonego obiektu lub robót budowlanych, jeżeli ich wykonanie mogłoby spowodować naruszenie ustaleń planu miejscowego albo − między innymi − zagrażać bezpieczeństwu ludzi lub mienia bądź wprowadzić, utrwalić lub zwiększyć ograniczenia lub uciążliwości dla terenów sąsiednich (art. 30 ust. 7). Jeśli organ nie wniesie sprzeciwu w oznaczonym terminie, należy przyjąć domniemanie, że akceptuje on przewidziane w zgłoszeniu rozwiązania projektowe i zezwala na rozpoczęcie robót budowlanych. W przypadku gdy sprzeciw nie został wniesiony, projekt budowlany podlega ostemplowaniu a informacja o upływie terminu do zajęcia negatywnego stanowiska przez organ zostaje umieszczona w Biuletynie Informacji Publicznej obsługującego go urzędu. Roboty należy rozpocząć przed upływem 3 lat od terminu określonego w zgłoszeniu.

Obecny kształt przepisów regulujących procedurę zgłoszeniową jest efektem wielokrotnych zmian i – wedle założeń ustawodawcy – ulepszeń poprzednio przyjmowanych rozwiązań. Początkowa długotrwałość wydawania decyzji i liczne wymogi formalne dotyczące wniosku o pozwolenie budowlane znacznie utrudniały, a nawet hamowały rozwój przemysłu budowlanego w Polsce oraz powodowały wzrost liczby budynków wznoszonych w warunkach samowoli budowlanej[17]. Reakcją na taki stan rzeczy miało być dokonanie dość rewolucyjnych zmian, jakie zamierzano wprowadzić ustawą z dnia 23 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy

[17] K. Małysa, *Nowe regulacje procesu inwestycyjno-budowlanego,* Kraków 2004, s.87-88.

Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw[18]. Nowelizacja zamiast obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę miała wprowadzić zgłoszenia o zamiarze jej rozpoczęcia także w przypadku zamiaru rozpoczęcia budowy budynków wywierających wpływ na inne nieruchomości znajdujące się w obszarze ich oddziaływania, a nawet budynków o charakterze publicznym, których obszar oddziaływania wykraczał daleko poza teren nieruchomości gruntowych, na których zostały usytuowane.

Konstytucyjność nowego kształtu ustawy, na wniosek prezydenta Lecha Kaczyńskiego została zbadana przez TK w trybie kontroli prewencyjnej pod kątem zgodności art. 1 pkt 11 ustawy z dnia 23 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw, w części dotyczącej art. 28 ust. 1 w związku z art. 1 pkt 14 w części dotyczącej dodanego art. 30a ust. 4: a także w części dotyczącej art. 28 ust. 1 i art. 29 ust. 1, art. 1 pkt 14 w części dotyczącej dodanego art. 30a ust. 1 i art. 30b ust. 2 i 3, art. 1 pkt 32 w części dotyczącej art. 55 z art. 1 oraz art. 33 ust. 2 - z art. 2 oraz 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP[19]. Wyrokiem TK z dnia 20 kwietnia 2011 r. o sygn. Kp 7/09[20] zaskarżone przepisy zostały uznane za niezgodne z Konstytucją. Jako jedną z głównych przyczyn ich niekonstytucyjności Trybunał wskazał właśnie zbyt częste wykorzystywanie formy „milczącej zgody" organu uzyskiwanej w procedurze zgłoszeniowej. Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, iż „zgłoszenie budowy, jako instytucja prawna jest niewątpliwie wystarczająco skutecznym rozwiązaniem w odniesieniu do przedsięwzięć budowlanych o mniej skomplikowanym charakterze i znikomym oddziaływaniu na otoczenie" [21]. Intencją TK było jednakże niezbędne wskazanie na konieczność zachowania odpowiednich proporcji między katalogiem obiektów wymagających pozwolenia na budowę a katalogiem obiektów dopuszczonych do realizacji w ramach zgłoszenia. Uznał on, że obranie takiej formy działania organu utrudnia stronom postępowania w sprawie pozwolenia na budowę, a zwłaszcza właścicielom, użytkownikom wieczystym lub zarządcom nieruchomości znajdujących się w obszarze oddziaływania obiektu dochodzenie swoich praw ze względu na brak możliwości zaskarżenia rozstrzygnięcia dokonanego przez organ, a przybierającego formę „milczącej zgody", do sądu administracyjnego.

[18] Projekt : Ustawa z dnia 23 kwietnia 2009 o zmianie ustawy Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw, *dostępny na stronie:* http://grafik.rp.pl/grafika2/699651 (dostęp:30.05.2016).
[19]Treść wniosku Prezydenta do Trybunału Konstytucyjnego opublikowany na stronie: http://www.prezydent.pl/archiwum-lecha-kaczynskiego/ustawy/ustawy-odeslane-do-tk/art,2,ustawa-o-zmianie-ustawy-prawo-budowlane.html (dostęp: 30.05.2016).
[20] Wyrok TK z dnia 20.04.2011 r., sygn. akt: Kp 7/09, OTK-A 2011, nr 3, poz. 26, MP 2011, nr 33, poz. 394.
[21] Ibidem, s.12.

Trybunał orzekł, że zaskarżone przepisy nie gwarantują ochrony interesów indywidualnych, przedkładając nad ich znaczenie interes publiczny, a zwłaszcza nie zapewniają odpowiedniej ochrony praw osób trzecich, które nowelizacja pozbawiła statusu strony w postępowaniu zgłoszeniowym, co z kolei narusza konstytucyjną zasadę sprawiedliwości społecznej. Stwierdził, że złożenie zgłoszenia nie jest równoznaczne ze wszczęciem postępowania administracyjnego, w trakcie którego weryfikowane są stanowiska wszystkich stron, włącznie z osobami trzecimi, czyli właścicielami, zarządcami lub użytkownikami wieczystymi nieruchomości znajdujących się w obszarze oddziaływania obiektu budowalnego. W przeciwieństwie do dawnych przepisów, które nadawały osobom trzecim status strony w tym postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym, nowa regulacja narażała te osoby na potencjalną ingerencję w ich prawa majątkowe, bez stworzenia im możliwości skutecznej ochrony tych praw. Nowelizacja przewidywała, że w razie naruszeń praw osób trzecich, mogłyby one występować z roszczeniami o charakterze cywilnoprawnym do sądów powszechnych. W praktyce jednak wystąpienie na drogę cywilnoprawną przerzuca ciężar dowodu na osobę, która doznała szkody. Zaś udowodnienie tejże w wielu przypadkach może być niezmiernie utrudnione i – co oczywiste – możliwe dopiero po nastąpieniu szkody. Z kolei roszczenia negatoryjne, choć zapewne uwzględniane przez sądy w wypadku oczywistych naruszeń praw właścicieli nieruchomości sąsiednich, nawet potwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu, mogłyby być trudne do wyegzekwowania w praktyce[22]. Zdaniem TK brak możliwości zaskarżania „milczącej zgody" organu w procedurze zgłoszeniowej oznaczał, że państwo rezygnuje z ochrony praw osób trzecich o charakterze prewencyjnym, nie dokonując racjonalnego wyważenia interesu publicznego i prywatnych interesów właścicieli nieruchomości sąsiadujących. Takie rozwiązanie zaś narusza wyrażoną w art. 8 k.p.a. zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa.

Przepisy prawa budowlanego w obecnie obowiązującym kształcie uwzględniają wytyczne zawarte w uzasadnieniu tego wyroku. W aktualnej ustawie zaproponowano zatem, aby katalog inwestycji podlegających zgłoszeniu z projektem budowlanym nie ingerował w sferę praw właścicieli, użytkowników wieczystych bądź zarządców nieruchomości sąsiadujących z działkami, na których realizowana ma być inwestycja[23]. Na dzień dzisiejszy zastosowanie procedury zgłoszeniowej co do zasady jest więc możliwe jedynie w odniesieniu

[22] Ibidem, s. 37.
[23] *Uzasadnienie projektu Ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw,* Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 2710**,** s. 15.

do obiektów, których obszar oddziaływania mieści się w całości na działce lub działkach, na których zostały projektowane. Zgodnie z art. 3 pkt 20 Pr Bud, obszarem oddziaływania obiektu jest obszar wyznaczony w otoczeniu obiektu budowlanego na podstawie przepisów odrębnych (w tym warunków technicznych), wprowadzających związane z tym obiektem ograniczenia w zagospodarowaniu tego terenu. Nowela z 20.02.2015 r. poszerzyła wcześniejszy katalog tychże obiektów o wolnostojące budynki mieszkalne jednorodzinne, choć także w ich przypadku obszar oddziaływania nie może przekraczać ustawowo zakreślonych granic (art. 29 ust. 1 pkt 1a). Uzyskania pozwolenia na budowę nie wymaga obecnie ponadto m.in. budowa zbiorników bezodpływowych na nieczystości ciekłe o pojemności do 10 m^3 (art. 29 ust. 1 pkt 3a Pr Bud), czy wiat o powierzchni zabudowy do 50m^2, sytuowanych na działce, na której znajduje się budynek mieszkalny lub przeznaczonej pod budownictwo mieszkaniowe, jeżeli łączna liczba tych wiat na działce nie przekracza dwóch na każde 1000m^2 jej powierzchni (art. 29 ust. 1 pkt 2c Pr Bud)[24].

Trybunał w przytoczonym powyżej wyroku, poza oceną konstytucyjności zaskarżonych przepisów, wypowiedział się także na temat charakteru prawnego „milczącej zgody" z procedury zgłoszeniowej. Jednoznacznie odmówił przyznania jej charakteru decyzji administracyjnej. Stwierdził jedynie, że „milczenie, stanowiące akceptację czynności zgłoszenia budowy, można – co prawda – uznać za określone zdarzenie prawne, ale tylko za zdarzenie należące do sfery pozajurysdykcyjnej, które z upływem terminu przewidzianego dla podjęcia czynności przez organ administracji publicznej wywołuje skutek materialnoprawny z mocy samego prawa. »Milcząca zgoda« pozostaje poza bezpośrednią kontrolą, albowiem nie podlega zaskarżeniu ani w drodze administracyjnej, ani sądowej"[25].

Charakter prawny czynności organu z art. 30 Pr Bud nie jest jednoznacznie określony także w samej ustawie, jak ma to miejsce w przypadku sprzeciwu, który ustawodawca jednoznacznie klasyfikuje jako decyzję administracyjną (art. 30 ust. 5 Pr Bud). Prawodawca, formułując przepisy art. 29 i 30 Pr Bud, kładzie nacisk na konstrukcję uprawnienia istniejącego *ex lege* związanego jedynie z dokonaniem zgłoszenia i unika jednocześnie wszelkich sformułowań sugerujących wymóg uzyskania akceptacji dla zamierzonego przedsięwzięcia ("Pozwolenia na budowę nie wymaga...", "zgłoszenia właściwemu organowi wymaga...")[26]. Wydaje się, że uprawnionym byłoby wyprowadzenie z treści przepisów wniosku, że „milcząca

[24] Art. 29 ust 1 pkt: 1a, 3a, 2c *Ustawy z dnia 7 lipca 2015 Prawo budowlane* dodane *Ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. z 2015 r., poz. 443.
[25] Wyrok TK z dnia 20.04.2011, sygn. akt: Kp 7/09, OTK-A 2011, nr 3, poz. 26, MP 2011, nr 33, poz. 394.
[26] B. Majchrzak, *Procedura zgłoszenia robót budowlanych*, Warszawa 2008, s. 74-75.

zgoda" organu administracji architektoniczno-budowlanej nie może być decyzją administracyjną w rozumieniu art. 104 k.p.a. Ustawodawca wskazuje bowiem, że alternatywą wobec dokonania zgłoszenia zamiaru wszczęcia robót budowlanych jest wystąpienie przez inwestora z wnioskiem o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę (art. 30 ust 1a)[27]. Ponadto warto pamiętać, że intencją przyświecającą nowelizacji Prawa budowlanego, wprowadzającej szerokie zastosowanie instytucji „milczącej zgody", było zwalczanie przewlekłości postępowania, jaką powodowała konieczność każdorazowego uzyskiwania pozwolenia na budowę[28]. Dlatego wydaje się nielogiczne, ażeby zachowanie organu polegające na niewniesieniu sprzeciwu uznawać za decyzję administracyjną a zarazem przyznawać mu wszystkie związane z taką klasyfikacją cechy. Czyniąc takie założenie można by bowiem dojść do wniosku, że organ byłby uprawniony do wyznaczenia sobie dłuższego terminu na niewniesienie sprzeciwu niż ustawowe 30 dni po uprzedniej notyfikacji tego zamiaru stronie (art. 36 k.p.a.). Z użytych przez ustawodawcę sformułowań nie wynika natomiast, czy w myśl jego intencji „milcząca zgoda" mogłaby zostać uznana za czynność materialno-techniczną i czy dopuszczalna byłaby jej sądowoadministracyjna kontrola.

Różne poglądy na temat charakteru prawnego omawianej regulacji znajdziemy także w orzecznictwie sądów administracyjnych, zarówno NSA, jak i sądów wojewódzkich. W wyroku z dnia 17 maja 1999 r. NSA opowiedział się za uznaniem niewniesienia sprzeciwu z art. 30 ust. 5 Pr Bud za decyzję administracyjną. Stwierdził bowiem, iż: „niewniesienie sprzeciwu przez właściwy organ w terminie 30 dni od dnia doręczenia zgłoszenia (…), w praktyce oznacza udzielenie zgody na realizację zamierzeń inwestycyjnych określonych w zgłoszeniu. Zgodnie z konstrukcją redakcyjną przepisu art. 30 ust. 2 Prawa budowlanego niewniesienie sprzeciwu przez organ w określonym terminie, jest również formą rozstrzygnięcia sprawy co do istoty, gdyż kończy to sprawę w danej instancji (art. 104 § 2 *in fine* k.p.a.)[29]".

Kolejnym orzeczeniem, w którym NSA skłonił się raczej ku przyznaniu „milczącej zgodzie" statusu aktu administracyjnego niż czynności materialno-technicznej był wyrok NSA z dnia 17.02.2010 r., sygn. akt II OSK 346/09. Brak sprzeciwu organu dokonanego

[27]A. Plucińska-Filipowicz (red.), M. Wierzbowski (red.), K. Buliński, A. Despot-Mładanowicz, T. Filipowicz, A. Kosicki, M. Rypina, M. Wincenciak, *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX/el.

[28] *Uzasadnienie projektu Ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw,* Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 2710**,** s. 15.

[29] Wyrok NSA z dnia 17.05.1999, IV SA 747/97, Lex nr 47285.

w ustawowym terminie sąd określił w nim jako „milczącą akceptację zgłoszenia", wskazując na to, że „akceptacja organu może nawet nastąpić przed upływem 30 dni, gdy sprawa jest oczywista, zaś organ powziął wcześniej przekonanie, iż sprzeciwu nie wniesie. Wyraz woli organu, wówczas gdy następuje wyraźnie przed terminem, powinien nastąpić na piśmie[30]". Tym samym sąd przyjął, że skutek w postaci przyznania prawa do rozpoczęcia budowy nie nastąpi z mocy prawa po upływie 30 dni w wyniku faktycznej (bez)czynności organu, tylko zostanie skonkretyzowany w drodze (milczącego) oświadczenia woli. Co więcej NSA odwołując się do art. 110 k.p.a., który literalnie dotyczy przecież decyzji administracyjnych, uznał, że wyrażenie akceptacji dla zgłoszenia przed upływem terminu do wniesienia sprzeciwu nie może być zmienione, bowiem godziłoby to w podstawowe zasady, takie jak zasada praworządności, czy też zasada pogłębiania zaufania do organów administracji publicznej.

Natomiast w wyroku NSA z 22.10.2013 r. uwidoczniona została tendencja do uznawania milczącej zgody raczej za czynność materialno-techniczną niż za akt administracyjny. W uzasadnieniu tego wyroku czytamy bowiem, że w przepisie art. 30 ust 5 Pr Bud „wprowadzono konstrukcję tzw. milczącego załatwienia sprawy, które polega na wywołaniu skutku materialnoprawnego z mocy prawa w sytuacji upływu ustawowego terminu przy braku skierowanej do jednostki czynności organu administracji. Upływ omawianego terminu wywołuje też skutek procesowy, albowiem powoduje utratę przez organ kompetencji do wniesienia sprzeciwu wobec zgłoszonego przez inwestora zamiaru budowy" [31].

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku WSA w Białymstoku z 16.04.2013 r. Zdaniem sądu „organ, który nie wniósł sprzeciwu w 30-dniowym terminie liczonym od dnia doręczenia mu zgłoszenia, ani też nie nałożył obowiązku uzupełnienia dokumentów, traci także kompetencje do dalszego działania w sprawie. W szczególności nie może on pozbawić inwestora uprawnienia do wykonywania zgłoszonych robót budowlanych poprzez uruchomienie jednego z przewidzianych w procedurze administracyjnej nadzwyczajnych trybów postępowania" [32] (wznowienie postępowania, stwierdzenie nieważności decyzji). A zatem, skoro nie jest dopuszczalne wykorzystywanie środków nadzwyczajnych, mających według k.p.a. odniesienie jedynie w stosunku do decyzji, milczącej zgody nie można uznać za decyzję administracyjną[33].

[30] Wyrok NSA z dnia 17.02.2010, II OSK 346/09, *www.orzeczenia.nsa.gov.pl*
[31] Wyrok NSA z dnia 22.10.2013, II OSK 166/13, *www.orzeczenia.nsa.gov.pl*
[32] Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 16.04.2013, II SA/Bk 979/12, *www.orzeczenia.nsa.gov.pl*,
[33] Podobnie WSA w Warszawie: wyrok z dnia 24.01.2006, VII SA/Wa1166/05, *www.orzeczenia.nsa.gov.pl*

Do zbliżonego wniosku doszedł WSA w Poznaniu, stwierdzając, że „zgłoszenie budowy nie powoduje wszczęcia postępowania administracyjnego, nie stanowi bowiem wniosku (podania) zainteresowanego podmiotu, który w myśl k.p.a. wymagałby załatwienia przez organ administracji architektoniczno-budowlanej sprawy administracyjnej” [34].

Kwestia charakteru prawnego milczącej zgody była szeroko komentowana także w doktrynie. W początkach istnienia regulacji procedury zgłoszeniowej w Ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane niektórzy jej przedstawiciele opowiadali się za przyznawaniem „milczącej zgodzie” przymiotu decyzji administracyjnej (104 § 2 k.p.a)[35]. Uważali zgłoszenie za podanie wszczynające postępowanie administracyjne (63 §1 k.p.a.) zakładając stosowanie w procedurze zgłoszeniowej art. 50 i 64 k.p.a. Przewidywano również możliwość pozostawienia zgłoszenia bez rozpatrzenia, co powinno zdaniem L. Bara i E. Radziszewskiego znaleźć swój wyraz w decyzji[36].

Także Z. Leoński uznał niewniesienie przez organ sprzeciwu za pozytywny akt administracyjny lub quasi-pozytywną decyzję[37]. Jego zdaniem po dokonaniu zgłoszenia organ prowadzi swoiste postepowanie administracyjne i wydaje rozstrzygnięcie bądź to w formie sprzeciwu, bądź w formie niewniesienia sprzeciwu (przyjęcia zgłoszenia). O zaprzeczaniu odrębnemu od aktu administracyjnego charakterowi „milczącej zgody” świadczy fakt, iż autor twierdzi, że nie ma przeszkód by organ administracji wyraził zgodę na rozpoczęcie robót budowlanych przed ustawowo określonym terminem 30 dni, jeśli nie ma zamiaru wnieść sprzeciwu. Podobny pogląd wyraża T. Babiel, wskazując ponadto, że takie zachowanie organu może przyczynić się do pogłębiania zaufania obywatela do organów państwa[38]. Tymczasem jednak, jeżeli nie przyznalibyśmy milczącej zgodzie charakteru decyzji administracyjnej, takie powiadomienie inwestora dokonane przez organ byłoby pozbawione znaczenia prawnego, bowiem jedynie w przypadku wydania decyzji administracyjnej organ jest nią związany od momentu jej ogłoszenia lub doręczenia (110 k.p.a.) [39]. W przeciwnym razie nic nie stałoby na przeszkodzie, aby organ, który przed upływem 30 dniowego terminu powiadomił inwestora, że nie zamierza sprzeciwiać się zamiarowi budowlanemu, następnie wniósł sprzeciw w drodze decyzji z zachowaniem przesłanek ustawowych.

[34] Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 02.04.2014., V SA/Po 1074/13, *www.orzeczenia.nsa.gov.pl*
[35] L. Bar, E. Radziszewski, *Nowy Kodeks budowlany. Komentarz*, Warszawa 1995, s. 58.
[36] Ibidem, s. 58-59.
[37] Z. Leoński, *Elementy prawa procesowego w prawie budowlanym* (w:) *Księga pamiątkowa profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 1999, s. 191.
[38] T.B. Babiel, *Pozwolenie budowlane. Warunki zabudowy. Tryb zaskarżania. Wzory*, Warszawa 2000, s.91.
[39] Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 15.12.2008, I SA/Wa 1163/08 (Lex nr 569561).

Pogląd Z. Leońskiego podziela W. Bochenek. Zdaniem tego autora milczenie organu to „bierny i równorzędny z czynnym sposób załatwienia określonej sprawy przez organ”[40]. Taki charakter posiada jego zdaniem niewniesienie sprzeciwu z art. 30 Pr Bud, co więcej jest ono „formą rozstrzygnięcia sprawy co do istoty, gdyż kończy to sprawę w danej instancji (art. 104 § 2 *in fine* k.p.a)[41]”. Stanowi realizację kompetencji organu, mimo że nie znajduje wyrazu w formie zewnętrznej. Nie przybiera zatem kształtu pisemnej lub ustnej decyzji, lecz w odrębny sposób konkretyzuje uprawnienia strony[42].

W doktrynie spotyka się również pogląd, jakoby „milcząca zgoda” budowlana była swoistą czynnością materialno-techniczną. Jeden z przedstawicieli takiego stanowiska – M. Szewczyk kwalifikuje przyjmowanie zgłoszeń jako czynności faktyczne wykonywane przez organy administracji publicznej w ramach sprawowania funkcji nadzoru, stanowiącego instytucję materialnego prawa administracyjnego[43]. W takim przypadku milczenie nie jest skierowane na wywołanie bezpośrednio i konkretnie skutków prawnych poprzez zewnętrzny akt organu, a raczej stanowi fakt, z którego zaistnieniem może być w dalszej kolejności związany skutek prawny[44].

Zdaniem A. Kubiak uznanie „milczącej zgody” (fikcji rozstrzygnięcia pozytywnego) za czynność materialno-techniczną zawiera w sobie sprzeczność – gdyż milczenie nie jest czynnością (działaniem), lecz prawnie dopuszczalnym zaniechaniem (zachowaniem polegającym na zaniechaniu wydania negatywnego aktu administracyjnego)[45]. Przeciwną tezę można odnaleźć w opracowaniu W.L. Jaworskiego, który wyraził następujący pogląd: „tak, jak liczby są dodatnie i ujemne, jak ciepło oznacza temperaturę powyżej i poniżej zera, także i pojęcie czynności można by rozszerzyć w górę i w dół, objąć tym pojęciem także i ujemną stronę, to jest bierne zachowanie się (organu)”[46].

Kolejny istotny fakt zauważa M. Laskowska, zwracając uwagę, że wprowadzenie obowiązku zgłoszenia nie wiąże się ze zniesieniem wolności zachowań w danej dziedzinie ani z obowiązkiem ubiegania się o „prawo” do podjęcia danych działań, gdyż takie uprawnienie

[40] W. Bochenek, op. cit., s. 45.
[41] Autor powołuje się na wyrok NSA z dnia 17.05.1999, sygn.. akt : IV SA 747/79 (Lex nr: 47285)
[42] W. Bochenek, op. cit., s.50.
[43] M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym. Administracja wobec wolności i innych praw podmiotowych jednostki*, Poznań 1995, s.119.
[44] K. M. Ziemski, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji,* Poznań 2005, s.466.
[45] A. Kubiak, op. cit., s. 40.
[46] W.L. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1924, s. 92.

przysługuje *ex lege* a nie wypływa z czynności organu administracji[47]. Wolność zabudowy jest uprawnieniem gwarantowanym konstytucyjnie (wynikającym z prawa własności[48]), a zatem przyjmowanie przez organ zgłoszenia budowanego nie jest przyznawaniem inwestorowi prawa do zabudowy jego nieruchomości; a raczej kontrolą, czy realizacja przynależnego właścicielowi *ex lege* prawa zabudowy nie będzie sprzeczna z szeroko pojętym interesem publicznym.

Warto pamiętać, że rozstrzygnięcie kwestii charakteru prawnego „milczącej zgody" nie jest jedynie zagadnieniem teoretycznym, lecz ma również doniosłe znaczenie praktyczne, gdyż z uznaniem jej za decyzję administracyjną albo za czynność materialno-techniczną łączą się określone skutki w sferze proceduralnej. Przyznanie jej przymiotu decyzji wiązałoby się z koniecznością odniesienia przepisów k.p.a. do procedury zgłoszeniowej. Jak zauważa się w literaturze, ze względu na specyficzny charakter tej procedury przy jej przeprowadzaniu nie jest możliwe bezpośrednie zastosowanie wszystkich przepisów regulujących ogólnojurysdykcyjne postpowanie administracyjne, gdyż ma ona charakter procedury szczególnej[49]. Postępowanie administracyjne, jeżeli nie jest wszczynane z urzędu, wymaga wniosku zainteresowanego podmiotu. W przypadku procedury zgłoszeniowej do wniosku o wszczęcie postepowania trzeba by przyrównać zgłoszenie o zamiarze wszczęcia robót budowlanych. W orzecznictwie jednak przeważa pogląd o niedopuszczalności takiego rozwiązania. W uzasadnieniu wyroku NSA z 06.03.2009 r. czytamy że „próby wtłoczenia instytucji zgłoszenia budowy w ramy k.p.a. poprzez traktowanie go jako <wniosku> o załatwienie sprawy administracyjnej nie tylko nie przystają do tej instytucji, ale wręcz są zaprzeczeniem woli ustawodawcy, bowiem prowadzić mogą faktycznie do zrównania jej w pewnym zakresie z wnioskiem o pozwolenie na budowę, np. poprzez przyjmowanie, że zgłoszenie powoduje, iż w tak rozumianej <sprawie administracyjnej> udział mogłyby brać jeszcze inne podmioty poza inwestorem, co skutkowałoby przedłużeniem procesu inwestycyjnego" [50]. Tymczasem, w odniesieniu do wspomnianego powyżej art. 28 k.p.a. wyznaczającego zakres uczestników postępowania, w orzecznictwie istnieje również pogląd, zgodnie z którym art. 28 Pr Bud stanowi *lex specialis* wobec art. 28 k.p.a[51]. Pomiędzy tymi

[47] M. Laskowska, *Instytucja zgłoszenia robót budowlanych w ustawie - Prawo budowlane*, GSP 2005, nr XIV,s.438-439 .
[48] W. Jakimowicz, *Konstrukcja i istota wolnościowego prawa zabudowy*, „Samorząd Terytorialny" 2005, nr 6, s. 51-52 i 54.
[49] B. Majchrzak, op.cit.,s.183.
[50] Wyrok NSA z dnia 06.03.2009, II OSK 307/08, *www.orzeczenia.nsa.gov.pl*
[51] Wyrok NSA z dnia 16.03.2009, II OSK 1540/08,*www.orzeczenia.nsa.gov.pl*

przepisami nie zachodzi zatem relacja wykluczania, a raczej stosunek zawierania, gdyż art. 28 Pr Bud wymienia wśród stron postępowania inwestora oraz właścicieli, zarządców i użytkowników nieruchomości znajdujących się w bezpośrednim obszarze oddziaływania obiektu, co zawiera się i praktycznie wyczerpuje katalog osób legitymujących się interesem prawnym w postępowaniu o zgłoszenie robót budowlanych.

Z uwagi na szczególną postać „milczenia" jako rozstrzygnięcia, nie ma natomiast przesłanek do zastosowania wobec niego środków prawnych służących w postępowaniu administracyjnym[52]. Przepisy Prawa budowlanego nie wskazują organu wyższego stopnia, który mógłby rozpatrzyć ewentualne odwołanie od „milczącej zgody". Zgodnie z regułami ogólnymi wywodzonymi z art 17 k.p.a. takim organem byłoby Samorządowe Kolegium Odwoławcze.

W omawianym trybie nie ma zastosowania także art. 64 § 2 k.p.a., zgodnie z którym nieusunięcie braków w terminie powoduje pozostawienie podania bez rozpoznania. Konsekwencją nieuzupełnienia, w zakreślonym terminie, zgłoszenia zamiaru wykonywania robót budowlanych jest zawsze wniesienie sprzeciwu przez organ administracji architektoniczno-budowlanej[53]. Do instytucji zgłoszenia budowy nie może być stosowany także art. 97 k.p.a. przewidujący zawieszenie postępowania administracyjnego w sytuacji gdy zaistnieje określona w nim przesłanka[54].

Kolejnym problemem jest zakres zastosowania przepisów art. 138 k.p.a., określających treść możliwych decyzji organu II instancji wydanych w związku z wniesieniem odwołania. W orzecznictwie znajdujemy pogląd, zgodnie z którym termin z art. 30 ust. 5 Pr Bud jako termin prawa materialnego nie ulega przedłużeniu, a wniesienie odwołania od decyzji o sprzeciwie nie sprawia, że termin ten rozpoczyna bieg na nowo. „Wydanie decyzji przez organ I instancji nie powoduje także przerwania terminu z art. 30 ust. 5 Pr Bud ani zawieszenia jego biegu do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez organ II instancji. W związku z tym, organ II instancji nie jest uprawniony do wydania decyzji opartej na przepisie art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a. w zakresie, jakim uchyla zaskarżoną decyzję w całości i orzeka co do istoty sprawy, tj. wnosi sprzeciw z naruszeniem tego terminu" [55].

Z kolei w przypadku uznania milczącej zgody za czynność materialno-techniczną dochodzimy do wniosku, że niezgłoszenie sprzeciwu stanowi tylko zachowanie w sferze

[52] L. Bar, E. Radziszewski, op. cit., s.58-59.
[53] K. Małysa-Sulińska, *Administracyjnoprawne aspekty*…, op. cit., s.126.
[54] Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 04.11.2010, II SA/Gd 274/10, *www.orzeczenia.nsa.gov.pl*
[55] Wyrok NSA z dnia 06.06.2014, II OSK 35/13, *www.orzeczenia.nsa.gov.pl*.

faktycznej, z dokonaniem którego przepisy ustawy wiążą skutki prawne. Niewniesienie sprzeciwu byłoby zatem jedynie wykonywaniem prawa przez kompetentny organ, a nie jego konkretyzacją możliwą do oceny pod kątem celowości. W związku z tym nie istniałaby możliwość uznania takiego działania za rozstrzygnięcie i kwestionowania jego treści za pomocą środków prawnych, jakie przysługują stronie w odniesieniu do decyzji administracyjnej. Jedynym rozwiązaniem przysługującym stronie kwestionującej czynność organu byłaby weryfikacja milczącej zgody pod kątem legalności dokonana przez sąd administracyjny; zgodnie z art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a.[56], który stanowi, że kontrola działalności administracji publicznej obejmuje orzekanie w sprawach skarg na akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa. W myśl art. 52 § 3 p.p.s.a. skarga do WSA mogłaby zostać wniesiona dopiero po uprzednim wezwaniu na piśmie właściwego organu – w terminie 14 dni od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub mógł się dowiedzieć o podjęciu czynności – do usunięcia naruszenia prawa. Termin na jej wniesienie, zgodnie z art. 53 § 2 p.p.s.a. wynosiłby 30 dni od dnia doręczenia odpowiedzi organu na wysłane przez skarżącego wezwanie, a jeżeli organ nie udzielił na nie odpowiedzi – 60 dni od dnia wniesienia wezwania o usunięcie naruszenia prawa. Natomiast w razie uwzględnienia skargi sąd byłby zobligowany do stwierdzenia bezskuteczności czynności, a w wyroku mógłby jednocześnie uznać uprawnienie bądź obowiązek wynikający z przepisów prawa (art. 146 § 1 p.p.s.a.). Przewidziane w tym przepisie uruchomienie sankcji bezskuteczności jest ukierunkowane nie tyle na wyeliminowanie następstw prawnych działań administracji, ile na przekreślenie ich urzędowej rangi i mocy[57]. Fakty, w odróżnieniu od aktów, nie poddają się zabiegowi uchylenia, dlatego też nie dochodzi do uchylenia czynności materialno-technicznej a jedynie do zanegowania przypisywanego jej znaczenia w zakresie wywoływania określonych skutków prawnych. W razie stwierdzenia przez sąd bezskuteczności czynności niezbędne jest zatem wypowiedzenie się co do możliwości ich kontynuowania lub powtórnego podjęcia[58].

[56] *Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, tekst jednolity, Dz.U. z 2012 r., poz. 270 ze zm.
[57] J. Goździewicz-Biechońska, *Wadliwość decyzji administracyjnych w procesie inwestycyjno-budowlanym*, LEX /el 2011.
[58] Postanowienie NSA z dnia 22.12.2015, I FSK 1817/15, *www.orzeczenia.nsa.gov.pl.*

3. Podsumowanie

Moim zdaniem trudno rozstrzygnąć o charakterze prawnym „milczącej zgody". Z jednej strony bowiem konstrukcja ta posiada cechy charakterystyczne dla aktu administracyjnego, z drugiej natomiast dla czynności materialno-technicznej. Za uznaniem jej za akt administracyjny przemawia oprócz wskazanych w artykule argumentów postulowane przez B. Adamiak domniemanie formy decyzji administracyjnej[59]. Jego przyjęcie ma na celu uwzględnienie interesów wszystkich stron postępowania, gdyż przyznaje niesklasyfikowanym w żaden sposób formom działania organu przymiot decyzji. Zastosowanie go w odniesieniu do „milczącej zgody" byłoby o tyle korzystne, że pozwoliłoby wszystkim właścicielom, użytkownikom wieczystym i zarządcom nieruchomości znajdujących się w bezpośrednim oddziaływaniu obiektu budowlanego na bezpośrednią ochronę ich interesów za pomocą środka odwoławczego lub skargi do WSA. Jednakże do zastosowania domniemania w odniesieniu do „milczącej zgody" wypowiada się raczej negatywnie J. Borkowski, twierdząc, że „treść regulacji prawnej nie daje podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z konstrukcją domniemanej decyzji administracyjnej pozytywnej dla inwestora, gdyż akt administracyjny indywidualny, jako władcza i jednostronna ingerencja w sferę prawną jednostki, powinien mieć do jego wydania wprost określoną podstawę prawną w przepisach prawa powszechnie obowiązującego"[60]. Zatem w obecnym stanie prawnym ochronie interesów stron postępowania zgłoszeniowego służyć może jedynie art. 30 ust. 7 pkt 4 Pr Bud, zgodnie z którym organ może nałożyć w drodze decyzji obowiązek uzyskania pozwolenia na budowę obiektów, których realizacja mogłaby spowodować wprowadzenie, utrwalenie bądź zwiększenie ograniczeń lub uciążliwości dla terenów sąsiednich. W praktyce jednak organ nie zawsze jest w stanie przewidzieć wszystkie praktyczne konsekwencje, jakie może nieść za sobą wykonanie inwestycji budowlanej, na której dokonanie wyraził zgodę. Ponadto nałożenie tego obowiązku ma charakter fakultatywny, dlatego też może nie gwarantować pełnej ochrony. Gdyby uznać postępowanie zgłoszeniowe za postępowanie administracyjne (o charakterze szczególnym) z pewnością dałoby się uniknąć wielu niejasności, jakie niesie ze sobą stosowanie tej procedury. Zrealizowany byłby główny cel, a więc zapewnienie szybkości i sprawności postępowania, a zarazem nie odbyłoby się to kosztem dbałości o interesy wszystkich osób, których ono dotyczy.

---

[59] B. Adamiak, J, Borkowski, *op.cit*., s.242-244.
[60] J. Borkowski, *Glosa do wyroku WSA w Lublinie z dnia 19 października 2004, II SA/Lu 161/04* (LEX).

Z kolei za uznaniem milczącej zgody za czynność materialno-techniczną przemawia istnienie w systemie prawnym analogicznych procedur, w których postępowanie toczy się dwutorowo. W takich przypadkach organ dokonuje czynności materialno-technicznej, w razie gdy przychyla się do żądania strony; natomiast gdy sprzeciwia się jej żądaniu – wydaje decyzję administracyjną[61]. Przekonujący wydaje się w tym kontekście pogląd wyrażony w orzeczeniu NSA z dnia 06.03.2009 r. o sygn. akt. II OSK 307/08, zgodnie z którym „do dnia wydania decyzji o sprzeciwie w sprawie zgłoszenia nie toczy się postępowanie administracyjne w zakresie regulowanym przepisami k.p.a. Natomiast postępowaniem administracyjnym prowadzonym przez organ architektoniczno-budowlany po dokonaniu zgłoszenia budowy, jest dopiero postępowanie w sprawie sprzeciwu (…) będącego decyzją administracyjną wydawaną z urzędu i to tylko wówczas, gdy organ dojdzie do przekonania, że zachodzą ustawowe przesłanki do wydania takiej decyzji" [62]. Istnienie tego typu procedur jest uwarunkowane założeniem, że skoro organ przychyla się do żądania strony, to może uczynić to w formie czynności materialno-technicznej, gdyż interes strony został w pełni uwzględniony, a zatem nie jest wymagane przyznawanie jej szczególnej ochrony, przewidzianej w razie wydania decyzji administracyjnej. Moim zdaniem przyjęcie tej koncepcji w odniesieniu do procedury zgłoszeniowej mogłoby być uzasadnione, ponieważ z założenia obejmuje ona głównie obiekty, których obszar oddziaływania nie wykracza poza teren nieruchomości, na której zostały wzniesione. Zatem wystarczające jest zaakceptowanie zamierzenia inwestora w drodze czynności materialno-technicznej. Natomiast dla inwestycji o większym znaczeniu i potencjalnie dużym wpływie na inne nieruchomości przewidziano wymóg uzyskania pozwolenia na budowę (art. 28 Pr Bud). Warto mieć na uwadze, że w praktyce nie wszystkie sytuacje są oczywiste, a potencjalny obszar oddziaływania niektórych inwestycji – bardzo trudny do określenia. Dlatego też nie można jednoznacznie przesądzić, czy uznanie „milczącej zgody" za czynność materialno-techniczną byłoby zgodne z wolą ustawodawcy, którego celem jest wszechstronna ochrona interesów poszczególnych jednostek oraz interesu publicznego, co znajduje wyraz chociażby w zasadzie ogólnej z art. 7 k.p.a.

Brak jednoznacznej linii orzeczniczej i spory w doktrynie mogą wskazywać na to, że „milcząca zgoda" jest prawną formą działania administracji, wyłamującą się z tradycyjnie przyjmowanych klasyfikacji. Jej przyjęcie jednakże niewątpliwie uławia prowadzenie

[61] J. Goździewicz-Biechońska, op. cit. Autorka jako przykład podaje procedurę udzielenie informacji publicznej z art 10 ust. 1 w zw. z art. 16 *Ustawy z dnia 6 września 2001r. o dostępie do informacji publicznej*, tekst jednolity, Dz. U. z 2015 r., poz.2058 ze zm.
[62] Wyrok NSA z dnia 06.03.2009, II OSK 307/08, *www.orzeczenia.nsa.gov.pl.*

postępowania przyczyniając się do poprawy jego szybkości i sprawności, a zarazem zbliża polskie ustawodawstwo do rozwiązań przyjętych w porządkach prawnych innych państw Unii Europejskiej[63].

[63] Instytucja milczącej zgody jest znana m.in. ustawodawstwu niemieckiemu, francuskiemu i hiszpańskiemu. Por. A. Kubiak, op. cit., s.33.

Sebastian Zasada

Status brokera

The purpose of the article is to present the specifics of the institution of insurance broker in Polish legal system. First of all the author presents provisions regarding functioning and development of broker in Poland and in the European Union. Then, the author compares professional activity of insurance broker and insurance agent. Finally, the matters of broker's remuneration, broker's statutory obligations, and specificity of brokerage agreements are discussed.

1. Wstęp

Analizując pochodzenie określenia „broker", należy wskazać, że początkowo przyjmowano, iż jest to termin angielski, dopiero z czasem spostrzeżono, że wyraz ten ma francuską etymologię. Jak przyjmuje się w literaturze przedmiotu, pojęcie to wywodzi się od starofrancuskiego wyrazu *brocheor*, oznaczającego handlarza lub pośrednika winem[1]. W polskiej terminologii obok terminu broker funkcjonuje termin makler, który co prawda w nawiasie, ale został wprowadzony obok terminu broker w ustawie z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej[2]. W obecnie obowiązującej ustawie z dnia 22 maja 2003 roku o pośrednictwie ubezpieczeniowym[3] możemy odnaleźć już tylko sformułowanie broker ubezpieczeniowy. Za ustawodawcą należy przyjąć, że broker jest pośrednikiem ubezpieczeniowym działającym w interesie i na zlecenie ubezpieczającego. Wobec ubezpieczającego broker świadczy swoje usługi w sposób nieodpłatny, wynagrodzenie natomiast otrzymuje od ubezpieczyciela w sytuacji zawarcia umowy ubezpieczenia.

2. Regulacje prawne działalności brokerskiej

Instytucja brokera ubezpieczeniowego nie ma większych tradycji w Polsce, jest to instytucja względnie nowa, której początków można upatrywać w okresie międzywojennym. Rozkwit instytucji brokera nastąpił w Polsce w latach 90-tych wraz z pojawieniem się dużej

[1]Zob. E. Kowalewski, *Kim jest broker na rynku ubezpieczeniowym – kilka refleksji na tle wielofunkcyjności i aleatoryjności profesji brokera ubezpieczeniowego* [w:] M. Serwach (red.), *Broker w świetle prawa i praktyki ubezpieczeniowej*, Łódź 2012.
[2] Dz. U. z 1996 r., Nr 11, poz. 62.
[3] Dz. U. z 2014 r., poz. 1450.

ilości ubezpieczycieli. Pierwszym polskim aktem prawnym, w którym została uregulowana sytuacja prawna brokera było Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 października 1934 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym[4]. Następnym aktem prawnym, powstałym już w III Rzeczpospolitej, była ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej, ustawa ta uregulowała możliwość wykonywania pośrednictwa ubezpieczeniowego przez brokerów ubezpieczeniowych. Uzupełnieniem wyżej wymienionych aktów były zarządzenia Ministra Finansów, pierwsze z dnia 29 listopada 1990 r.[5] oraz drugie z dnia 14 grudnia 1993 r.[6], określające dopuszczalny zakres działalności brokerskiej.

Kolejnym etapem w kształtowaniu instytucji brokera ubezpieczeniowego była nowelizacja z dnia 8 czerwca 1995 r.[7] do ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej, która wprowadziła definicję pośrednictwa ubezpieczeniowego oraz działalności brokerskiej. Dalsze prace nad pośrednictwem ubezpieczeniowym to ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym z dnia 22 maja 2003 r.

Znacząca aktywność polskiego ustawodawcy w dziedzinie działalności ubezpieczeniowej miała następnie miejsce w związku z koniecznością dostosowania prawa polskiego do regulacji unijnych. Dyrektywą, od której należy zacząć jest Dyrektywa Rady 77/92/EWG z dnia 13 grudnia 1976 r. w sprawie środków mających ułatwić skuteczne osiągnięcie swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług w odniesieniu do działalności agentów i brokerów ubezpieczeniowych (ISIC grupa 630) i w szczególności środków przejściowych dotyczących tych działalności[8]. Celem Dyrektywy 77/92/EWG była koordynacja warunków podejmowania i prowadzenia działalności agenta i brokera ubezpieczeniowego oraz wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Kolejnym znaczącym dokumentem odnoszącym się do działalności agenta i brokera ubezpieczeniowego na gruncie prawa unijnego były zalecenia Komisji 92/48/EWG z dnia

[4] Dz. U. z 1934 r., Nr 96, poz. 864.
[5] Zarządzenie w sprawie wymogów, jakie muszą spełnić osoby fizyczne i prawne ubiegające się o zezwolenie na prowadzenie działalności brokerskiej w zakresie ubezpieczeń i reasekuracji, trybu wydawania tych zezwoleń oraz dopuszczalnego zakresu działalności brokerskiej (MP Nr 47, poz. 355).
[6] Zarządzenie w sprawie wymogów, jakie muszą spełnić osoby fizyczne i prawne ubiegające się o zezwolenie na prowadzenie działalności brokerskiej w zakresie ubezpieczeń i reasekuracji, trybu wydawania tych zezwoleń oraz dopuszczalnego zakresu działalności brokerskiej (MP Nr 67, poz. 593).
[7] Dz.U. z 1995 r., Nr 96, poz. 478.
[8] Dz. Urz. Nr L 26 z dn. 31.01.1977 r., s. 14, uchylona.

18 grudnia 1991 w sprawie pośredników ubezpieczeniowych[9], które pomogły w większym zbliżeniu przepisów krajowych w sprawie wymogów zawodowych i rejestracji pośredników ubezpieczeniowych. Wyżej wymieniona Dyrektywa Rady 77/92/EWG z dnia 13 grudnia 1976 r. została następnie zastąpiona przez Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/92/WE z dnia 9 grudnia 2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego[10], która miała zlikwidować nadal występujące znaczące różnice między przepisami krajowymi, tworzącymi bariery dla podejmowania i prowadzenia działalności pośredników ubezpieczeniowych i reasekuracyjnych na rynku wewnętrznym. W Polskim porządku prawnym postanowienia Dyrektywy 2002/92/WE z dnia 9 grudnia 2002 r. zostały wdrożone za pomocą ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym.

3. Czynności brokerskie

Rozważania co do statusu brokera należy rozpocząć od omówienia zakresu czynności wykonywanych przez brokera. Działalność brokerska to zawodowe pośredniczenie przy zawieraniu umów ubezpieczenia na rzecz ubezpieczającego oraz w imieniu ubezpieczającego[11]. Zgodnie z art. 20 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, aby uzyskać możliwość podjęcia i prowadzenia działalności brokerskiej osoba fizyczna albo osoba prawna musi uzyskać zezwolenie na wykonywanie działalności brokerskiej wydawane przez organ nadzoru oraz musi zostać wpisana do rejestru brokerów ubezpieczeniowych. Obowiązek posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w związku z pośrednictwem ubezpieczeniowym nie dotyczy agentów, co budzi wiele kontrowersji w doktrynie.

Zakres czynności dokonywanych przez brokera jako pośrednika ubezpieczeniowego został sprecyzowany w art. 4 pkt 2 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym – jest to wykonywanie czynności w imieniu lub na rzecz podmiotu poszukującego ochrony ubezpieczeniowej, zwane dalej "czynnościami brokerskimi", polegające na zawieraniu lub doprowadzaniu do zawarcia umów ubezpieczenia, wykonywaniu czynności przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w zarządzaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia (także w sprawach o odszkodowanie), jak również na organizowaniu i nadzorowaniu czynności brokerskich (działalność brokerska).

[9] Dz. Urz. Nr L 19 z dn. 28.01.1992 r., s. 32.
[10] Dz. Urz. Nr L 9 z dn. 15.01.2003 r., s. 3.
[11] Zob. E. Kowalewski, *Makler ubezpieczeniowy – broker*, Bydgoszcz 1991, s 19.

Przywołany wyżej katalog czynności brokerskich jest swoistym ustawodawczym doprecyzowaniem definicji brokera w aspekcie przedmiotowym. Należy pamiętać, że czynności te mogą być wykonywane przez osobę, która dodatkowo musi spełniać wymogi z art. 28 ust. 3 pkt 1 lit. a-g ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Wykonywanie czynności przez osobę fizyczną nie oznacza, że muszą one być wykonywane osobiście przez brokera, gdyż istnieje możliwość przekazania tych czynności innym podmiotom, które będą działać w imieniu i na rzecz brokera tzw. pośrednicy brokerscy.

Samo podjęcie działalności gospodarczej przez brokera wiąże się z pewnym obowiązkiem. W przypadku osób prawnych jest to obowiązek uzyskania wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego (KRS), natomiast w przypadku osób fizycznych obowiązek złożenia wniosku o wpis w Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej (CEIDG).

Oprócz wpisu do KRS lub CEIDG ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym wymaga uzyskania wcześniej wspomnianego zezwolenia organu nadzoru, czyli Komisji Nadzoru Finansowego oraz uzyskania wpisu do rejestru pośredników ubezpieczeniowych prowadzonego przez Komisję Nadzoru Finansowego. Zgodnie z art. 28 ust. 3 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym Komisja Nadzoru Finansowego wydaje zezwolenia w formie decyzji na wniosek osoby fizycznej albo osoby prawnej, po spełnieniu wymagań określonych w tym artykule. Jeżeli o zezwolenie wnioskuje osoba fizyczna, to powinna ona posiadać pełną zdolność do czynności prawnych, dawać rękojmię należytego wykonania działalności brokerskiej, posiadać co najmniej średnie wykształcenie, zdać egzamin przed Komisją Egzaminacyjną dla Brokerów Ubezpieczeniowych i Reasekuracyjnych, posiadać co najmniej dwuletnie doświadczenie zawodowe w zakresie ubezpieczeń zdobyte w okresie ośmiu lat bezpośrednio poprzedzających złożenie wniosku o uzyskanie zezwolenia na wykonywanie działalności brokerskiej, zawrzeć umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności brokerskiej (są to tzw. pozytywne przesłanki uzyskania zezwolenia brokerskiego). Dodatkowo osoba fizyczna musi spełnić tzw. negatywną przesłankę uzyskania zezwolenia brokerskiego czyli osoba taka nie może być prawomocnie skazana za umyślne przestępstwa, o których mowa w art. 28 ust. 3 pkt 1b ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym.

Komisja Nadzoru Finansowego może wydać zezwolenie także na wniosek osoby prawnej, wówczas zgodnie z art. 28 ust. 3 pkt 2 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym wszyscy członkowie zarządu powinni posiadać pełną zdolność do czynności prawnych, posiadać co najemnie średnie wykształcenie, dawać rękojmie należytego wykonywania

działalności brokerskiej. Oprócz tego co najmniej połowa członków zarządu osoby prawnej powinna dodatkowo zdać egzamin przed Komisją Egzaminacyjną dla Brokerów Ubezpieczeniowych i Reasekuracyjnych odpowiednio do zakresu działalności albo uzyskać zwolnienie z egzaminu oraz posiadać co najmniej dwuletnie doświadczenie zawodowe w zakresie ubezpieczeń zdobyte w okresie ośmiu lat bezpośrednio poprzedzających złożenie wniosku o uzyskanie zezwolenia na wykonywanie działalności brokerskiej. Poza tym dana osoba prawna jest obowiązana zawrzeć umowę ubezpieczenia OC z tytułu wykonywania działalności brokerskiej. Co więcej wszyscy członkowie zarządu osoby prawnej nie mogą być prawomocnie skazani za umyślne przestępstwa, o których mowa w art. 28 ust. 3 pkt 1b ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym.

W myśl art. 28 ust. 4 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym wniosek, o którym mowa w art. 28 ust. 3 ustawy o pośrednictwie, powinien zawierać firmę przedsiębiorcy, jego siedzibę i adres, numer w rejestrze przedsiębiorców albo numer identyfikacji podatkowej (NIP), określenie zakresu działalności brokerskiej, na którą ma być udzielone zezwolenie, a w przypadku osoby prawnej także wskazanie imion i nazwisk członków zarządu.

W przypadku gdy wniosek o wydanie zezwolenia na wykonywanie działalności brokerskiej składa osoba fizyczna, to zgodnie z § 1. Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 8 września 2014 r. w sprawie wykazu dokumentów dołączanych do wniosku o wydanie zezwolenia na wykonywanie działalności brokerskiej[12] zobowiązana jest dołączyć do wniosku dokumenty, o których mowa w tym paragrafie. Natomiast gdy taki wniosek składa osoba prawna, to do wniosku o wydanie zezwolenia na wykonywanie działalności brokerskiej zobowiązana jest dołączyć dokumenty, o których mowa w § 3 niniejszego rozporządzenia.

Broker ubezpieczeniowy podlega wpisowi do rejestru brokerów ubezpieczeniowych w ramach rejestru pośredników ubezpieczeniowych. Rejestr ten prowadzony jest przez Komisję Nadzoru Finansowego i jest jawny.

Mimo iż czynności brokerskie zostały wymienione w ustawie, ich zakres w dalszym ciągu zależy od treści zawartej umowy z ubezpieczającym. Nie ma wątpliwości, że zawieranie umowy ubezpieczenia jest czynnością prawną i aby taka czynność była skuteczna, brokerowi musi być udzielone pełnomocnictwo, gdyż wszelka czynność prawna realizowana przez

[12] Dz. U. z 2014 r., poz. 1275.

brokera ubezpieczeniowego w ramach udzielonego mocowania wywołuje bezpośrednie skutki dla ubezpieczającego, który reprezentowany jest przez brokera[13].

4. Działalność brokerska a działalność agencyjna

Pod pojęciem agenta, należy rozumieć agenta, o którym mowa w Kodeksie Cywilnym[14], natomiast pojęcia agent ubezpieczeniowy i broker ubezpieczeniowy zostały uregulowane na gruncie ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Opisując działalność wykonywaną przez brokera, należy wspomnieć o różnicach pomiędzy tą instytucja a instytucją agenta ubezpieczeniowego. Jak zostało to już wcześniej wspomniane działalność brokera polega na wykonaniu zlecenia od podmiotu szukającego ochrony ubezpieczeniowej, natomiast w przypadku agenta zlecenie pochodzi od ubezpieczyciela. Należy zatem przyjąć, że zasadniczym obowiązkiem brokera jest dbanie o interesy ubezpieczającego, w kontraście do obowiązku agenta, który powinien być lojalny wobec ubezpieczyciela i w pierwszej kolejności dbać o jego interesy[15]. Zgodnie z definicją agenta ubezpieczeniowego, która zawarta jest w art. 7 ust. 1 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, agentem ubezpieczeniowym jest przedsiębiorca wykonujący działalność agencyjną na podstawie umowy agencyjnej zawartej z zakładem ubezpieczeń i wpisany do rejestru agentów ubezpieczeniowych. Umowa agencyjna, do której odniesienie znajdujemy w definicji agenta ubezpieczeniowego, jest umową nazwaną i jest uregulowana art. 758 § 1 Kodeksu cywilnego. W ramach definicji umowy agencyjnej określonej w art. 758 § 1 Kodeksu cywilnego wyróżnia się w dwa rodzaje pośrednictwa:

a. agencja pośrednicząca, określona w art. 758. § 1 Kodeksu cywilnego, która polega na tym, że agent przyjmujący zlecenie zobowiązuje się za wynagrodzeniem, i w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, do stałego pośredniczenia przy zawieraniu umów z klientami na rzecz dającego zlecenie przedsiębiorcy,
b. agencja przedstawicielska, która charakteryzuje się tym, że agent dokonuje, w imieniu dającego zlecenie, czynności prawnych, do czego uprawniony jest, gdy ma stosowne umocowanie (art. 758 § 2 Kodeksu cywilnego).

[13] Zob. E. Wieczorek, *Komentarz do art. 4 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym* [w:] *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz Tom I. Komentarz do przepisów prawnych o funkcjonowaniu rynku ubezpieczeń*, LEX 2010.
[14] Dz. U. z 2014 r., poz. 121.
[15] Zob. B. Kucharski, *Broker jako pośrednik handlowy* [w:] M. Serwach (red.), op. cit.

5. Wynagrodzenie brokera

Przedstawiając podstawę prawną prowizji otrzymywanej przez brokera, należy przywołać art. 2 ust. 1 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, która definiując przedmiotowe pośrednictwo ubezpieczeniowe, kwalifikuje je jako działalność wykonywaną za wynagrodzeniem. Sformułowanie charakteryzujące pośrednictwo ubezpieczeniowe jako działanie za wynagrodzeniem nie wskazuje jednak, że za działalność polegającą na pośrednictwie broker powinien otrzymać wynagrodzenie od jakiegoś podmiotu – wynagrodzenie to jest podstawą do opłacalności wykonywania zawodu brokera[16].

Wynagrodzenie brokera najczęściej przybiera postać prowizji brokerskiej. Obok niej wyróżnia się również w prawie prowizję od zrealizowanych roszczeń, prowizję od zainkasowanych składek, opłatę od sporządzenia polisy, prowizję *del credere.* Jak zaznacza J. Pokrzywniak: „Prowizja od zrealizowanych roszczeń (odpowiedzialnościowa), których dochodzi od ubezpieczyciela broker płacona jest, zgodnie z obserwacjami nauki, przez ubezpieczającego i obliczona zostaje w stosunku do dochodzonego odszkodowania.[…]Prowizja inkasowa związana jest z wieloletnimi ubezpieczeniami na życie i z sukcesywnym opłacaniem składki tzw. następnej (spotykany jest też pogląd, iż jest to płatna w ciągu wielu lat prowizja za zawarcie umowy)”[17]. Charakter prowizji *del credere* na gruncie ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym nie został w pełni opisany w doktrynie prawa polskiego.

6. Ustawowe obowiązki brokera

Głównym ustawowym obowiązkiem brokera jest obowiązek z art. 26 ust. 1 pkt 2 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym – obowiązek rekomendacji. Zgodnie z nim broker zobowiązany jest udzielać porad na piśmie przed zawarciem umowy ubezpieczenia, opierając się na rzetelnej analizie ofert w liczbie wystarczającej do opracowania rekomendacji najwłaściwszej umowy ubezpieczenia oraz do pisemnego wyjaśnienia jej podstaw. Artykuł ten zobowiązuje brokera do wskazania ubezpieczającemu oferty odpowiadającej jego potrzebom, jednocześnie dając mu możliwość zweryfikowania, czy zaproponowana przez brokera oferta rzeczywiście odpowiada jego potrzebom[18].

---

[16] Por. J. Pokrzywniak, *Broker ubezpieczeniowy – ubezpieczający – ubezpieczyciel Stosunki zobowiązaniowe, Bydgoszcz – Poznań* 2005, s. 163.
[17] Ibidem, s. 168.
[18]Zob. P. Bałasz, K. Szaniawski, *Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Komentarz*, Kraków 2005.

Kolejnym ustawowym obowiązkiem brokera wynikającym z art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym jest obowiązek zachowania tajemnicy wszystkich informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem czynności brokerskiej oraz obowiązek informacji. Obowiązek informacyjny dotyczy tego, że broker musi poinformować podmiot, który poszukuje ochrony ubezpieczeniowej o firmie, pod którą wykonuje działalność brokerską. Drugi aspekt tego obowiązku to obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej brokera. Obowiązek ten ma charakter bezwzględny i obejmuje wszystkie informacje uzyskane przez brokera w związku z wykonywaniem działalności brokerskiej.

Ostatnim istotnym obowiązkiem jest obowiązek wykonywania działalności z poszanowaniem interesów stron umowy ubezpieczenia. Obowiązek ten został uregulowany w art. 26 ust. 1 pkt 6 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Broker reprezentując ubezpieczającego, powinien działać w interesie ubezpieczającego wykonując swoje czynności zawodowe z poszanowaniem również interesu ubezpieczyciela. Za taką konkluzją przemawia zwłaszcza brzmienie art. 815. § 1. Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ubezpieczający obowiązany jest podać do wiadomości ubezpieczyciela wszystkie znane sobie okoliczności, o które ubezpieczyciel zapytywał w formularzu oferty albo przed zawarciem umowy w innych pismach. Jeżeli ubezpieczający zawiera umowę przez przedstawiciela, obowiązek ten ciąży również na przedstawicielu i obejmuje ponadto okoliczności jemu znane. W razie zawarcia przez ubezpieczyciela umowy ubezpieczenia mimo braku odpowiedzi na poszczególne pytania, pominięte okoliczności uważa się za nieistotne. Oznacza to, że już w formularzu oferty, kierowanej do ubezpieczyciela, broker, który niewątpliwie jest profesjonalistą, zobowiązany jest podać ubezpieczycielowi, zgodnie z prawdą wszelkie znanemu informacje dotyczące ubezpieczającego[19].

7. Umowa brokerska

Przepisy ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym ograniczają się do wskazania definicji pośrednictwa ubezpieczeniowego – w żadnym miejscu w ustawie nie została przewidziana konstrukcja umowy brokerskiej. Umowa brokerska reguluje stosunek pomiędzy brokerem a podmiotem poszukującym ochrony ubezpieczeniowej. Mimo braku przepisów odwołujących się do budowy takiej umowy (umowa nienazwana), w obrocie jest ona powszechnie zawierana. Dodatkowo należy wskazać, że umowa ta spełnia kryteria

[19] Zob. Por. J. Pokrzywniak, [w:] M. Orlicki, J. Pokrzywniak, *Umowa ubezpieczenia. Komentarz do nowelizacji kodeksu cywilnego*, Warszawa 2008, s.77.

pozwalające przyjąć, że jest umową mieszaną, w której mogą znaleźć się, w zależności od ustaleń stron, elementy kilku umów nazwanych określonych w Kodeksie cywilnym[20]. Do argumentów przemawiających za mieszanym charakterem umowy brokerskiej należy fakt, że broker obok pośrednictwa ubezpieczeniowego bardzo często zobowiązuje się wykonać inne dodatkowe czynności takie, jak choćby doradztwo w kwestiach zarządzania ryzykiem. Zaliczenie umowy brokerskiej do kategorii umów nienazwanych czy mieszanych nie wskazuje prostej drogi co do tego, jakie przepisy prawa należy do niej stosować. W doktrynie przyjmuje się także, że do umowy brokerskiej zastosowanie mogą mieć przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące po pierwsze: umowy o dzieło (art. 627-646 Kodeksu cywilnego), po drugie: umowy zlecenia (art. 734-751 Kodeksu cywilnego), po trzecie: umowy agencyjnej (art. 758-764[9] Kodeksu cywilnego). Zwrócić należy także uwagę, że do umowy brokerskiej zastosowanie będą miały, jak w przypadku każdej umowy, przepisy z części szczególnej Kodeksu cywilnego np. w zakresie wad oświadczenia woli, a także ogólne przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące zobowiązań umownych np. przepisy dotyczące opóźnień, zwłoki, niemożliwości świadczenia[21].

Broker (pośrednik ubezpieczeniowy) oraz przyszły ubezpieczający (podmiot poszukujący ochrony ubezpieczeniowej) to strony umowy brokerskiej. Początkowym etapem poprzedzającym zawarcie umowy brokerskiej jest złożenie oferty. Ofertę może złożyć każda ze stron, zwykle z inicjatywą wychodzi jednak broker. Obok skierowania oferty przez podmiot poszukujący ochrony ubezpieczeniowej istnieje również możliwość wyłonienia brokera w drodze przetargu na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych[22].

Analizując przepisy ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, należy przyjąć, że umowa brokerska jest umową jednostronnie kwalifikowaną, tzn. jej stroną może być tylko broker ubezpieczeniowy spełniający wymogi z art. 28 ust. 3 tej ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, o których była już mowa we wcześniejszej części niniejszego opracowania. Umowa brokerska nie wymaga żadnej szczególnej formy, najczęściej jednak zawierana jest ona na piśmie na czas określony lub nieokreślony.

[20] Zob. F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948, s.76.
[21] Zob. M. Serwach *Broker jako strona umowy brokerskiej* [w:] M. Serwach, op. cit., s. 89.
[22] Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177.

8. Podsumowanie

Pośrednictwo ubezpieczeniowe w Polsce w dalszym ciągu jest w fazie rozwoju, która wiąże się również z koniecznością ciągłej zmiany polskiego ustawodawstwa. Zgodnie z Raportem o stanie rynku brokerskiego opracowanym przez Komisję Nadzoru Finansowego w 2015 r.[23] ogólna liczba zarejestrowanych brokerów ubezpieczeniowych na dzień 31 grudnia 2014 roku wynosiła 1224 podmioty, w tym 1191 podmioty wykonujące działalność w zakresie ubezpieczeń, a jedynie 33 podmioty w zakresie reasekuracji. W dalszym ciągu zauważalny jest brak przepisów odnoszących się do stosunku, jaki łączy brokera ubezpieczeniowego z ubezpieczającym i ubezpieczycielem. Z pewnością dalsze prace legislacyjne są konieczne, jednak ustawodawca nie powinien sam kreować charakteru pośrednictwa ubezpieczeniowego i narzucać go podmiotom działającym na rynku, gdyż brokerstwu ubezpieczeniowemu powinna być pozostawiona możliwość naturalnego rozwoju. Nie ulega wątpliwości, że obecne regulacje są niewystarczające, ale i często niewłaściwe. Nowelizacja ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, a także innych aktów prawnych z tej dziedziny z pewnością pozwoli na uporządkowanie regulacji prawnych w zakresie ubezpieczeń w Polsce. Co prawda, z jednej strony rynek pośrednictwa ubezpieczeniowego należy do klienta, gdyż konkuruje na nim wielu pośredników, z drugiej jednak strony nie oznacza to, że klient nie ponosi ryzyka. Specyfika ubezpieczeń polega na tym, że o skali jakości otrzymanej usługi ubezpieczeniowej klient może dowiedzieć się dopiero na długo po zawarciu umowy, a zwykle już po wystąpieniu szkody. Skutkiem tego wielu nieuczciwych, niedokładnych i niekompetentnych pośredników może działać na rynku ubezpieczeniowym przez długi czas i nie ponosić z tego tytułu żadnej odpowiedzialności. W związku z tym konieczne wydaje się objęcie instytucji brokera ubezpieczeniowego restrykcyjnymi regulacjami. Podsumowując, pozostaje mieć nadzieję, że w toku dalszych prac nad ustawą o pośrednictwie ubezpieczeniowym pojawią się politycy zdecydowani rekomendować rozwiązania wskazywane przez rynek, gdyż są to rozwiązania zmierzające do właściwego zabezpieczenia wszelkich interesów klientów, a także niepowodujące kryzysu na całym rynku pośrednictwa ubezpieczeniowego.

[23] Raport o stanie rynku brokerskiego w 2014 roku:
https://www.knf.gov.pl/Images/Rynek_brokerski_2014_tcm75-43096.pdf (dostęp: 20.06.2016).

Informacje o Autorach

Marta Anna Gontarz - absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie (2015 r.). Do kręgu zainteresowań zawodowych zalicza w szczególności prawo gospodarcze publiczne, prawo gospodarcze prywatne oraz zagadnienia obsługi prawnej działalności gospodarczej. Uczestniczyła w dodatkowym programie naukowym „Business Law" na WPiA UKSW. Interesuje się również prawem cywilnym w części dotyczącej zobowiązań, w tym umów handlowych. Praktykowała w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich, warszawskich kancelariach prawniczych oraz Uniwersyteckiej Studenckiej Poradni Prawnej, funkcjonującej przy WPiA UKSW. Obecnie pełni funkcję na stanowisku Młodszego prawnika w warszawskiej kancelarii radcowskiej.

Michał Grudecki – student V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego, zainteresowany prawem karnym materialnym, seminarzysta w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii. Przewodniczący Koła Naukowego Prawa Karnego „Ultima Ratio", wiążący przyszłość z karierą naukowo-dydaktyczną połączoną z praktyką zawodu adwokata.

Wojciech Łogin - student V roku prawa stacjonarnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, ukończył studia w ramach programu Erasmus + na Uniwersytecie Westfalskim Wilhelma w Münster. Żywo zainteresowany prawem zamówień publicznych, w szczególności obecną elektronizacją systemu i przetargami z branży IT, zarówno w Polsce jak i w Niemczech. Członek Centrum Zamówień Publicznych i Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, działającego przy Uniwersytecie Łódzkim.

Justyna Pilśnik - studentka V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, absolwentka kierunku samorząd terytorialny i polityka regionalna na Uniwersytecie Warszawskim. Interesuje się obszarem prawa ochrony konkurencji i konsumentów.

Aleksandra Płatek – studentka V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji UKSW oraz absolwentka bezpieczeństwa wewnętrznego na Wydziale Nauk Historycznych i Społecznych UKSW. Prezes Koła Naukowego Procesualistów działającego przy Katedrze Postępowania Karnego, uczestniczka seminarium magisterskiego z postępowania karnego.

Paulina Sawa- studentka V roku prawa stacjonarnego na Wydziale Prawa i Administracji UKSW, Sekretarz Zarządu Uniwersyteckiej Studenckiej Poradni Prawnej WPiA UKSW,

Przewodnicząca Wydziałowej Komisji Stypendialnej. Od II roku studiów zaangażowana w życie Wydziału i Uczelni. Laureatka konkursów na symulację rozpraw karnych i cywilnych. Swoje zainteresowania koncentruje wokół prawa karnego materialnego i postępowania karnego.

Dominika Szafran - studentka V roku prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

Ewa Wójcik – studentka IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji UKSW, absolwentka studiów licencjackich na Wydziale Polonistyki UW, członek Koła Naukowego Prawa Administracyjnego.

Sebastian Zasada – student V roku prawa na Uniwersytecie Kardynała Stefana Wyszyńskiego, oraz absolwent kierunku samorząd terytorialny i polityka regionalna na Uniwersytecie Warszawskim. Od kilku lat zdobywa doświadczenie w działach prawnych spółek kapitałowych działających w takich dziedzinach jak odnawialne źródła energii, dystrybucja IT, rozwiązania informatyczne dla branży prawnej. Do jego zainteresowań naukowych należą prawo cywilne, prawo energetyczne, odnawialne źródła energii, a także prawo zamówień publicznych.