

ważne

przed nowelizacją k.p.c.?

wprowadzenia w odniesieniu do postępowań dotyczących stwierdzenia nieważności lub uchylenia uchwały związane są z kluczową zasadą ochrony praw osób trzecich w postępowaniu arbitrażowym. Ze względu na kontraktowy charakter zapisu na sąd polubowny i jego skutki postępowanie arbitrażowe nie powinno ingerować w prawa

na, i wówczas wymogi gwarancyjne związane z udziałem wspólników (akcjonariuszy) spółki w postępowaniu arbitrażowym będą zachowane. Ponadto możliwa jest sytuacja, że mimo braku postanowienia o ogłoszeniu o sporze w umowie (statucie) spółki i braku takiego ogłoszenia wszyscy wspólnicy i tak biorą udział w postępowaniu arbitrażowym. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w której uchwałę zaskarżył jedyny wspólnik (akcjonariusz) spółki jednoosobowej, lub krąg wspólników (akcjonariuszy) jest na tyle ograniczony, że wszyscy wspólnicy, a w oparciu o wzajemną komunikację, zgłosili się do udziału w postępowaniu arbitrażowym. Nie ma wówczas jakiegokolwiek zagrożenia dla realizacji prawa wspólników (akcjonariuszy) do wzięcia udziału w postępowaniu arbitrażowym, a cele gwarancyjne, które legły u podstaw wprowadzenia art. 1163 § 2 k.p.c., są zrealizowane. Ostatecznym forum oceny, czy zostały należycie zagwarantowane prawa wspólników i, ewentualnie, osób trzecich, będzie postępowanie dotyczące uznania konkretnego orzeczenia arbitrażowego.

Nie da się więc ustalić w sposób generalny, że brak wymogu ogłoszenia o sporze arbitrażowym w umowie (statucie) spółki oraz brak dokonania samego ogłoszenia przesądza a limine o braku gwarancji dla praw wspólników w sporze uchwałowym. Kwestia ta podlegać będzie badaniu w postępowaniu delibacyjnym i powinna być oceniana na gruncie konkretnego przypadku - konkretnego orzeczenia, z uwzględnieniem rzeczywistej kompozycji podmiotowej danego postępowania arbitrażowego. /o

Katarzyna Bilewska, profesor uczelni w Katedrze Prawa Handlowego Wydziału Prawa i Administracji UW, adwokat, partner, kierująca Praktyką Sporów Korporacyjnych w warszawskim biurze kancelarii DENTONS

Mimo nowelizacji większość klauzul arbitrażowych funkcjonuje w obrocie prawnym w niezmiennym kształcie

osób trzecich nieuczestniczących w postępowaniu przed trybunałem arbitrażowym. Kwestia ta nabiera szczególnego znaczenia w przypadku orzeczeń stwierdzających nieważność lub uchylających uchwały zgromadzeń spółek kapitałowych, gdyż wyroki te, na podstawie art. 254 § 1, 4 k.s.h. (w przypadku spółki z o.o.) oraz art. 427 § 1, 4 k.s.h. (w przypadku spółki akcyjnej), wiążą spółkę, a także wszystkich wspólników (akcjonariuszy) oraz członków organów spółek. Zachodzi więc rozszerzona skuteczność tych orzeczeń, które oddziałują na sytuację osób trzecich.

Brak w umowie (statucie) spółki elementu klauzuli arbitrażowej dotyczącego wymogu ogłoszenia o sporze uchwałowym nie przesądza jednak automatycznie o zachowaniu (lub nie) praw osób trzecich w postępowaniu. Spółka może bowiem, mimo braku obowiązku statutowego, takiego ogłoszenia doko-

przez wierzycieli

propozycje układowe.

tyce nie można zaproponować zbyt długiego okresu spłaty. Wierzycielami którzy poprą układ są zazwyczaj kontrahenci powiązani z dłużnikiem w restrykturyzacji sieci zależności w łańcuchu odbiorów i dostaw. Dla kontrahentów dłużnika większą stratą byłaby jego eliminacja z obrotu gospodarczego niż perspektywa restrykturyzacji zobowiązań.

W poszukiwaniu większości osobowej zazwyczaj należy oprzeć się na potencjalnych głosach tak zwanych „drobnych wierzycieli”. Próg drobnego wierzyciela zależy od obrazu zobowiązań. Zaproponowanie tej grupie wierzycieli w miarę szybkiej i wysokiej spłaty zazwyczaj skłoni tych wierzycieli do zagłosowania za układem.

Dalej typuje się tych wierzycieli, którzy albo na pewno nie

poprą układu (bardzo często są to konkurenci rynkowi) albo tych wierzycieli, których głosy nie są już potrzebne do przyjęcia układu. W praktyce bywa często widoczne, że tak wytypowani wierzyciele są adresatami gorszych propozycji układowych. Tej obserwacji nie należy jednak traktować jako zalecenia.

Jakiegokolwiek kalkulację należy jednak podejmować zastrzeżeniem ryzyka pojawienia się pewnych zmiennych. Przede wszystkim mogą wejść do gry wiarytelności sporne, a zatem zakładane saldo zobowiązań może ulec pewnej korekcie. W wielu sytuacjach układ to nie tylko rezultat matematyki, ale także efekt niebanalnych interpretacji. /o

prof. dr hab. Rafał Adamus, Uniwersytet Opolski

Wszystkie grzechy zamawiającego w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej

Wykonawca, przygotowując odwołanie do KIO, powinien dobrze rozważyć, jakie zarzuty postawić czynnościom lub zaniechaniom zamawiającego.



AGNIESZKA ZABOROWSKA

Tylko przed upływem terminu na wniesienie odwołania - możliwe jest kształtowanie zarzutów, które będzie analizować skład orzekający. Przykładowo, jeżeli uważamy, że zamawiający błędnie ocenił ofertę wykonawcy - to w odwołaniu należy wskazać wszystkie naruszenia, które zostały zdefiniowane. Jeżeli nie zauważymy np. błędów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie wskażemy ich w odwołaniu, to po upływie terminu na wniesienie odwołania - nie będzie można już takich zarzutów podnosić przed KIO i sądem okręgowym.

Zasada

Po upływie terminu na złożenie odwołania - nie ma możliwości uzupełnienia lub modyfikacji zarzutów.

Zgodnie z jedną z podstawowych zasad postępowania odwoławczego: KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Co istotne - również zmiana (rozszerzenie) zarzutów, które zostały podniesione w treści odwołania - jest czynem niedopuszczalnym. Poza kognicją KIO pozostaje zatem orzekanie co do zarzutów, które nie zostały ujęte w treści odwołania. Taka sama zasada dotyczy skargi do sądu okręgowego na orzeczenie KIO, czyli jeżeli w pierwszej instancji (odwołanie do KIO) zarzut nie został postawiony, to nie można go uzupełnić w postępowaniu drugoinstancyjnym (skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie).

Postępowanie odwoławcze przed KIO ma bowiem charakter sporny i toczy się na zasadzie równości stron. Żadna ze stron postępowania przed KIO (ani wykonawca, ani zamawiający) nie ma przywilejów procesowych. Zachowaniu tych wymogów służy m.in. wskazanie KIO zarzutami odwołania, zasada ta przenosi się również na kolejne instancje skargowe. Jeżeli taka zasada by nie obowiązywała - to przykładowo zamawiający mógłby w badanej sprawie wskazywać nowe przyczyny, dla których odwołujący podlega wykluczeniu, a odwołujący mógłby stawiać kolejne zarzuty wobec zamawiającego. Nie można wykluczyć sytuacji, że strony w ten sposób celowo grałyby na czas. W każdym takich przypadkach przeciwnik w sporze byłby pozbawiony możliwości przygotowania swego stanowiska i kontrargumentów. Dlatego też „granicę zarzutów odwołania identyfikują okoliczności faktyczne i prawne podlegające badaniu w postępowaniu odwoławczym” (tak: KIO w wyroku z dnia 08.12.2015 r., 2598/15).

Zarzut to nie tylko przepis prawa

Definiując zarzut, pamiętać należy, że składa się on z dwóch niezbędnych elementów, tj. podstawy faktycznej i podstawy prawnej. Przez podstawę faktyczną rozumieć należy, w szczególności przytoczenie określonych okoliczności (stan faktyczny), w których odwołujący upatruje naruszenia/zaniechania, którego dopuścił się zamawiający. Podstawą prawną jest natomiast przepis prawa, który zamawiający naruszył swoim działaniem lub zaniechaniem.

Świetnie opisuje wymóg tworzenia zarzutów sama KIO w wyroku z dnia 26.06.2017 r., 1187/17: „odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny.

Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. [...]

Prawidłowa konstrukcja zarzutu odwołania nie sprowadza się wyłącznie do wskazania kwalifikacji prawnej zaskarżonej czynności

odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania”.

Zatem prawidłowa konstrukcja zarzutu odwołania nie sprowadza się do wskazania kwalifikacji prawnej zaskarżonej czynności. Kluczowe znaczenie ma bowiem podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego - wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności czy też zaniechań) zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący.

Przedstawiciele Urzędu Zamówień Publicznych w swoim komentarzu do przepisów o zamówieniach również wskazali, że KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jeżeli zatem zarzut nie zostanie podniesiony do upływu terminu wniesienia odwołania, nie będzie go można skutecznie przedstawić w dalszym toku postępowania i KIO go nie rozpozna. O treści zarzutu nie świadczy tak naprawdę powołanie się na naruszenie przepisu prawa, ale określenie okoliczności stanu faktycznego - danego działania bądź zaniechania, które zdaniem odwołującego naruszają przepisy o zamówieniach publicznych. Tylko tak sformułowane zarzuty, tj. sprecyzowane określenie, jakie działanie bądź zaniechanie sta-

nowi naruszenie PZP, pozwala zamawiającym ustosunkować się do treści odwołania, a KIO orzec co do podniesionych zarzutów.

Zmiana stanowiska w trakcie rozprawy

Zakazane jest również rozszerzanie zarzutów odwołania podczas rozprawy przed KIO. W takim przypadku KIO nie może orzekać co do zarzutów, które zostały przytoczone podczas rozprawy lub w pismach procesowych. Poza treścią samego odwołania brak jest możliwości doprecyzowywania zarzutów.

Warto pokazać jak na taką sytuację reaguje sama KIO, tj.: „Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być [...] brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu” (tak: KIO w wyrokach z 11.01.2019 roku, KIO 2627/18 oraz z dnia 13.03.2020 r., KIO 431/20).

Uwaga na nowe dowody

W trakcie rozprawy przed KIO - należy przedstawiać nowe i obszerne argumenty, a także dowody - aby obronić tezę o nieprawidłowościach skonstruowaną w odwołaniu.

Zestawienie dowodów przedstawionych przez strony, a następnie prawidłowa ich ocena przez KIO - służy za podstawę rozstrzygnięcia w sprawie. Należy jednak pamiętać, że nowe dowody, przedstawione po terminie na składanie odwołania (podczas rozprawy przed KIO, aż do jej zamknięcia) - nie mogą być oparte o nowe podstawy faktyczne, które będą sprowadzały się do podniesienia nowych zarzutów. KIO nie powinna uwzględnić takich dowodów.

Wnioski

Do podjęcia decyzji, jakie zarzuty postawić w odwołaniu - konieczna jest dokładna weryfikacja dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim ofert. Jeżeli planujemy kwestionować czynności z etapu badania i oceny oferty - nie można zapominać o zapoznaniu się z prowadzoną korespondencją w trakcie procedury, wszystkie wezwania zamawiającego i odpowiedzi wykonawcy. Warto być czujnym na kwestie utajnionych dokumentów i odrębny termin na zaskarżenie czynności nieodtajnienia dokumentów.

Bardzo często do postawienia odpowiednich zarzutów niezbędna jest także wiedza rynkowa o doświadczeniu i projektach, w których brał udział rywal (np. w sprawach kwestionujących doświadczenie). Powyższe nie oznacza wcale, że w odwołaniu trzeba wskazać wszystkie uchybienia zamawiającego, trzeba bowiem wyazać, na czym nam najbardziej zależy, co przyniesie zakładany cel i na które zarzuty posiadamy wiarygodne dowody. /o

Agnieszka Zaborowska - adwokat specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska