

Białystok, dnia 12 marca 2018 r.

Dr hab. Adam Doliwa, prof. UWB
Katedra Prawa Cywilnego
Wydział Prawa
Uniwersytet w Białymstoku

Recenzja

rozprawy doktorskiej mgr Łukasza Pożogi pt. *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego* (Warszawa 2018, 431 str. maszynopisu), przygotowanej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego pod opieką Profesora Macieja Kalińskiego.

I. Podstawa prawna i kryteria oceny

1. Na recenzenta w przewodzie doktorskim mgr Łukasza Pożogi powołany zostałem uchwałą Rady Naukowej Instytutu Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 27 listopada 2017 r. Moim zadaniem jest w związku z tym ustalenie, czy rozprawa doktorska mgr Łukasza Pożogi spełnia wymogi przewidziane w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym i tytule w zakresie sztuki (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1789). Z powołanego i mającego zastosowanie do wskazanego przypadku przepisu wynika, że rozprawa doktorska powinna stanowić **oryginalne rozwiązanie problemu naukowego oraz wykazywać ogólną wiedzę teoretyczną kandydata w danej dyscyplinie naukowej oraz umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej.**

2. W celu weryfikacji, czy dzieło naukowe, a w tym przypadku rozprawa doktorska, odpowiada wymaganiom z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r., ocenić je należy w warstwie **formalno – redakcyjnej, metodologicznej i merytorycznej.** Spośród wymienionych punktów widzenia i kryteriów weryfikacji wartości dysertacji naukowej najważniejsze znaczenie ma ocena merytoryczna.

Można założyć, że ocena strony formalno – redakcyjnej polega w szczególności na ustaleniu, czy dzieło jest **prawidłowo, w tym proporcjonalnie, skomponowane,** czy Autor zachowuje **reżim terminologiczny,** czy konstruuje wypowiedzi **jasne i logiczne** – tak w kontekście reguł znaczeniowych języka powszechnego, jak i prawniczego.

Metodologiczna płaszczyzna oceny skoncentrowana będzie wokół kwestii prawidłowości procesu badawczego; chodzi o ustalenie jakiego, i jak, Autor postawił **pytanie**



lub pytania badawcze, jaki, i jak, określił cel badań, jak dobrał i zastosowała metody badawcze, jakie, i jak, w podsumowaniu sformułował wnioski.

Ocena merytoryczna polega głównie na ustosunkowaniu się przez recenzenta do wyboru tematu dzieła, weryfikacji argumentów zastosowanych w celu uzasadnienia hipotez badawczych i ocenie wynikających z tychże argumentów szczegółowych twierdzeń (tez) Autora, jakości Jego pracy nad materiałem źródłowym. Istotne jest, czy oceniana rozprawa w sposób wyczerpujący przedstawia zagadnienie naukowe.

3. Niniejsza recenzja kończy się konkluzją.

II. Ocena formalno – redakcyjnej strony rozprawy

1. W tekście rozprawy naukowej raczej należy unikać sformułowań - „*Celem niniejszego opracowania jest dostarczenie czytelnikowi (...) kompendium wiedzy prawniczej (...)*” (str. 11); dysertacja doktorska powinna być monograficznym (tj. całościowym i wyczerpującym) opracowaniem istotnego zagadnienia teoretycznego - z tym, że argumentem uzasadniającym wyjście przez Autora poza aspekty cywilnoprawne (w pracy omawia On kwestie odpowiedzialności administracyjnoprawnej i dyscyplinarnej) modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego jest oczywiście potrzeba interdyscyplinarnego ujęcia tytułowego zagadnienia - na co wystarczyło się powołać.

2. Poza tym język używany przez Autora ocenianej pracy jest poprawny i precyzyjny, wypowiedzi składające się na argumentację uzasadniającą tezy są jasne i logiczne; w tym zakresie, strona formalno-redakcyjna ocenianej rozprawy prezentuje wysoki poziom. Zmuszony jestem zgłosić uwagę krytyczną jedynie pod adresem spisu treści, którego układ (numeracja jednostek redakcyjnych, operowanie czcionką typu *bold*, całościowy układ wizualny) jest mało czytelny i mógłby być udoskonalony.

3. Jedyne obowiązki dochowania podwyższonej staranności zmusza recenzenta do wytknięcia drobnych i niezbyt licznych formalno-redakcyjnych błędów zauważonych w tekście rozprawy.

Na str. 22 jest - *Józef Piłsudski*, powinno zaś oczywiście być - *Józef Piłsudski*; Autor posługuje się wielokrotnie specyficzną manierą językową, której używanie razi recenzenta - posługuje się On zwrotami - uwagi, regulacje, itp. są „zaadresowane” - w niecodziennym zupełnie kontekście, np. *Problematyka przesłanek modyfikacji umowy* w (powołanej w przypisie) *monografii została zaadresowana szczegółowo* (str. 10); *szczegółowo zaadresowano historię regulacji* (str. 11); *materia restrukturyzacji została zaadresowana w ustawie* (str.



233); *konieczność zaadresowania problemu umów* (str. 328); *nie zaadresowano wielu problemów* (str. 405).

Przypisy, jako zdania, powinny się zawsze kończyć kropką, zaś w ocenianej rozprawie jeden przypis się kropką kończy - inny zaś nie, i tak, wielokrotnie, na zmianę (np. na str. 37 - 38).

W języku prawniczym, za pomocą którego Autor oddaje sens prawa przedmiotowego, wypowiedź o przepisie prawnym i zrekonstruowanej na jego podstawie normie prawnej - nie powinna operować wyrażeniem - „przesłanki zmiany umowy (...) są opisane w (...) ustawie” (str. 57) - a to ze względu na performatywną, nie zaś jedynie deskryptywną funkcję wypowiedzi sformułowanych w języku prawnym.

W mojej ocenie Doktorant w zdaniu na str. 65 nieprawidłowo posłużył się słowem *cenzus* („cenzus czasowy”), które to pojęcie ma dość precyzyjne znaczenie prawne (np. w prawie wyborczym) i nie powinno być używane dowolnie, jako synonim słowa „ograniczenie”.

Na str. 149 użyto w określonym zdaniu sformułowania - „w *zakreślonych wam granicach*”, zaś sens tego zdania prowadzi do wniosku, że sformułowanie to powinno brzmieć - „w *zakreślonych tam granicach*”. Na str. 155 posłużono się słowami: „*Trudno by je pogodzić*” - w taki sposób, że zdanie, w którym ich użyto jest niejasne.

Sposób sformułowania tytułu jednostki redakcyjnej rozprawy w spisie treści ujętej pod numerem 4.4.2.3.6. (str. 286) budzi wątpliwości, gdyż jest niejasny; *Zakaz pociągania przez zmianę podmiotową (...)*.

Niezbyt fortunne językowo jest sformułowanie - „analiza *materii formy* (zmiany umowy)” (str. 345). Autor dokonując korekty przeoczył także zdanie (str. 346): „(...) wymaga zachowania co najmniej formy przewidzianej *przez* dla jej zawarcia przez (...)”.

4. Poza powyższymi uwagami praca mgr Pożogi pod względem formalno-redakcyjnie prezentuje odpowiedni poziom i zasługuje na wysoką ocenę.

III. Ocena w płaszczyźnie metodologicznej

1. Pytanie wyjściowe, którego postawienie nie tylko określiło **przedmiot i cel ocenianej rozprawy**, ale także wskazało na motywy uzasadniające podjęcie przez Mgr Pożogę tytułowego zagadnienia, sformułowane zostało we Wstępie (str. 9); brzmi ono - *czy modyfikacja umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego jest prawnie dopuszczalna?* Już na tym etapie recenzji można uznać, że jest to pytanie trafne - z tego

względu, że przekonująca odpowiedź na nie ma szansę dać rozwiązanie istotnych problemów praktycznych i teoretycznoprawnych a także z tego powodu, że skupiona wokół takiego pytania badawczego rozprawa ma szansę na walor nowatorskiej, jako że w tym zakresie polska doktryna prawnicza oraz orzecznictwo sądowe, jak trafnie zauważył Doktorant, bez wątpienia „cierpią na widoczny deficyt” poznawczy (monografia z 2016, którą doktorant zauważył). Tego rodzaju deficyt częściowo tylko, ale jednak, spowodowany jest brakiem szczegółowej regulacji prawnej; w tym kontekście rozwiązania problemu można poszukiwać w sferze doktrynalnej, na gruncie ogólnych zasad prawa (właściwego) lub sięgając po wnioski *de lege ferenda*.

2. Cel badań, których efektem jest recenzowana rozprawa, oraz skorelowane z tymże celem **hipotezy badawcze**, zostały wprost wyrażone na początku pracy (we *Wstępie*, str. 16 i nast.). Chodzi Autorowi przede wszystkim o ustalenie, przy założeniu, że modyfikacja umowy, o której w pracy mowa, jest możliwa, jaki jest zakres dopuszczalności takiej zmiany; jakie są cywilnoprawne ograniczenia swobody kontraktowej w zakresie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Można stwierdzić, akceptując metodologiczne podejście Doktoranta do badanego problemu, że dążył On, m. in. do ustalenia **negatywnego zakresu dopuszczalności zmiany przedmiotowej umowy**. Z tym że Autor ustalał także dopuszczalność zmian od strony pozytywnej, w tym zwłaszcza dopuszczalność zmian podmiotowych oraz oczywiście zmiany treści umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Za hipotezą główną następują powiązane z nią hipotezy dodatkowe (str. 16 - 17), co do trafności których nie mam zastrzeżeń.

Ponadto istotnym celem rozprawy było **określenie i analiza sankcji, jakie pociąga za sobą niezgodna z prawem zmiana umowy** w sprawie zamówienia publicznego. Uznać to należy za podejście trafne; jest to bowiem konieczne dopełnienie ustaleń ogólnych i podstawowych na temat dopuszczalności zmiany; ustalenia w zakresie wspomnianych sankcji (cywilnoprawnych, administracyjnoprawnych i dyscyplinarnych) to spojrzenie na badane zagadnienie z punktu widzenia funkcji egzekucji prawa (ochrony prawnej).

3. Jeśli chodzi o metody badawcze, to trzeba zauważyć, że Doktorant udanie posłużył się **metodą komparatystyczną**. Nie budzi zastrzeżeń podjęcie rozważań porównawczych w zakresie zestawienia ze sobą regulacji prawnej polskiej i unijnej (rozważania tego rodzaju podjęto trafnie w celu wskazania różnic między porównywanymi porządkami prawnymi oraz w celu oceny prawidłowości implementacji do prawa polskiego dyrektyw unijnych). Natomiast jeśli chodzi o analizę prawa państw nie będących członkami UE, to wnioski zeń



płynące mają (z powodów, które Doktorant sam dostrzega) ograniczony walor praktyczny, choć istotny walor poznawczy.

Poza tym główną metodą badawczą w recenzowanej pracy była **metoda formalno-dogmatyczna**, zaś uzupełniającą - **historyczna**. Obiema metodami Doktorant posługuje się prawidłowo; samodzielnie, poprawnie analizuje teksty prawne, wykorzystuje dobrze doktrynalne i sądowe interpretacje prawa; opisując genezę i historyczny rozwój prawa w przedmiotowym zakresie poszukuje *ratio legis*, stara się zrozumieć cel, jaki przyświecał ustawodawcy dokonującemu ustanowienia albo zmiany obowiązującego prawa.

4. Warto odnotować i dobrze ocenić to, że Doktorant nie trzyma się kurczowo efektów językowej wykładni analizowanych przepisów, lecz rekonstruuje ich sens w kontekście funkcjonalnym, biorąc pod uwagę kryterium racjonalności legislacyjnej (zob. np. str. 65).

5. Ciekawym elementem rozważań Autora jest zwrócenie uwagi na **aksjologiczny aspekt zamówień publicznych** a w szczególności na konieczność przeciwdziałania korupcji - także na etapie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

6. Doktorant w swojej pracy sformułował **wnioski**, zarówno *de lege lata*, jak i *de lege ferenda*, zestawiając je sumarycznie w *Zakończeniu* (str. 404 i nast.). Można jedynie zwrócić uwagę na to, że ostatnia część rozprawy, tj. **Zakończenie** właśnie, nie jest dobrym miejscem do formułowania uwag historycznych, polegających na powtórzeniu opisu początków i źródeł regulacji prawnej modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego (str. 404 - 405).

7. W konsekwencji uznać należy, że również w warstwie metodologicznej rozprawa mgr Łukasza Pożogi zasługuje na jednoznacznie pozytywną ocenę.

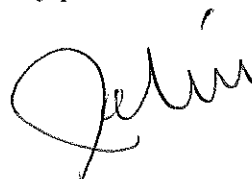
IV. Merytoryczna ocena rozprawy

1. Oceniana rozprawa koncentruje się na **cywilnoprawnych aspektach zmiany umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego**. Wybór tematu rozprawy doktorskiej, który jest doniosły zarówno z punktu widzenia praktyki, jak i z perspektywy teoretycznej, **uznają za trafny i uzasadniony**. Docenić należy to, że Autor nie popadł w pułapkę kazuistyki i nie starał się przedstawić i rozwikłać wszelkich możliwych problemów prawnych związanych z modyfikacją umowy w sprawie zamówienia publicznego, bardziej albo mniej istotnych praktycznie, ale umiał także spojrzeć na tytułowe zagadnienie w szerszej, teoretyczno-prawnej perspektywie. Takie pogłębione ujęcie zaprezentował zwłaszcza w rozdz. 3, w którym rozważał dopuszczalność zmiany umowy z punktu widzenia zasady swobody umów.

Na wstępie uwag o merytorycznej stronie recenzowanej rozprawy trzeba jeszcze stwierdzić i zapisać to Kandydatowi na plus, że Jego **praca nad źródłami**, w tym analiza regulacji europejskich, orzecznictwa TSUE, zagranicznej literatury przedmiotu, **jest wysokiej próby**.

2. Doktorant w swej pracy przedstawił **historyczny i europejski (wspólnotowy) zarys rozwoju regulacji prawnych** dotyczących zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego - w Polsce i w UE (rozdz. 1). Po pierwsze zauważył, że rozwój zamówień publicznych pozostawał w związku z zastąpieniem danin w naturze przez przymusowe świadczenia pieniężnych - ze strony obywateli na rzecz władzy - w postaci podatków. Spowodowało to, że władza dokonywała zakupu określonych dóbr i usług na rynku. Drugim impulsem w rozwoju historycznym zamówień publicznych było ukształtowanie się tzw. ładu kapitalistycznego, co determinowało zakres aktywności państwa w sferze gospodarczej (zamówienia rządowe w sferze budownictwa, obronności, oświaty, ochrony zdrowia). Co ciekawe (i zauważone przez Doktoranta), nowożytna konstrukcja wiążących konkursów i licytacji publicznych pojawiła się w Europie (XVII - XIX w.) w związku z recepcją w tym zakresie pewnych rozwiązań prawa rzymskiego. Trafne jest historyczne spostrzeżenie Doktoranta, który ustalił, że kolejnym etapem rozwoju zamówień publicznych było ukształtowanie się nowoczesnego samorządu terytorialnego, który, jako zdecentralizowany podmiot administracji publicznej, realizuje swoje zadania na rzecz społeczności lokalnej sięgając po narzędzia takie jak umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wspólną cechą kształtujących się w toku rozwoju historycznego zamówień było publiczne przeznaczenie w ten sposób kontraktowanych świadczeń (str. 20).

Dobrze, że Doktorant odstąpił od szczegółowego przedstawienia pełnej historii prawa zamówień publicznych w Polsce a ograniczył się do syntetycznej analizy aktów prawnych tej materii dotyczących uchwalonych po 1918 r. (str. 22 i nast.), i to jedynie w kontekście regulacji zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Doktoranta przepisy rozporządzenia z 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego spełniały wysokie standardy legislacyjne a istotną uregulowaną tam instytucją była umowa zawierana w wyniku przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia; ówczesne prawo dopuszczało ingerencję w treść takiej umowy - przez zawarcie „umowy dodatkowej” albo na podstawie prawa opcji (jednostronnej decyzji zamawiającego (str. 24 - 25). Z kolei nowe założenia gospodarcze oraz uwarunkowania ustrojowo-polityczne zdeterminowały rozwój prawa zamówień publicznych



w okresie PRL (str. 26 i nast.). Również w prawie wtedy obowiązującym nie budziła wątpliwości dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego (str. 27).

Trzeci moment rozwoju regulacji prawnej, uchwycony i trafnie uznany przez Doktoranta za istotny, to czas reaktywacji gospodarki rynkowej w Polsce i przygotowania do wstąpienia do UE (str. 32 i nast.). W tej części trafnie wskazuje Autor na prawnomiędzynarodowy fundament przyjmowanych w Polsce w latach 90. regulacji zamówień publicznych, z tym, co jest godne pochwały, skupia się przede wszystkim na przedstawieniu treści art. 76 oraz 72 ust. 3 ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych, regulującego zmianę umowy. Doktorant na tle ustawy z 1994 r. formułuje trafne spostrzeżenie, że ocena dopuszczalności zmiany umowy w świetle jej przepisów, w których ustawodawca posłużył się zwrotami niedookreślonymi, była utrudniona. W ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych modyfikacja umowy również jest pozytywnie uregulowana, z tym że przeszła ona określoną ewolucję, co Doktorant dostrzega i w swojej pracy omawia (str. 35 i nast.).

W szerszym tle przedstawiony został, w sposób świadczący o bardzo dobrej znajomości tego tematu, europejski kontekst rozwoju prawa zamówień publicznych (dyrektywy pierwszej, drugiej, trzeciej, czwartej i piątej generacji; w tych ostatnich pojawiła się na poziomie europejskim problematyka modyfikacji umowy) a także kontekst prawnomiędzynarodowy (str. 47 i nast.).

Powyższe rozważania, trzeba podkreślić - właściwie **syntetyczne i dowodzące dużej biegłości Autora w tej materii**, zostały skonkludowane trafną uwagą, że choć problematyka zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego należy do domeny prawa prywatnego, to **zasady unijnego prawa zamówień publicznych w sposób uzasadniony w regulację prywatnoprawną ingerują**. Z tym, że, w ocenie recenzenta, teza o pierwszeństwie prawa unijnego przed prawem krajowym, w razie konfliktu regulacji zamówień publicznych, bez zastrzeżenia o jakiej rangi akty prawa europejskiego chodzi (i jaką ich merytoryczną zawartość), została sformułowana zbyt generalnie (str. 54 - 55). Należałoby na ten problem spojrzeć szerzej i jednocześnie bardziej precyzyjnie - by sformułować w tym zakresie jednoznaczne zasady.

3. Za trafne uznać należy uwagi i wnioski co do **charakteru prawnego umowy w sprawie zamówienia publicznego** (str. 111 i nast.), w tym w szczególności spostrzeżenie o „zaburzeniu” równości stron (*nota bene* zagadnienie to warto byłoby rozwinąć, patrząc na problem w kontekście sfery prawnej, w której umowa w sprawie zamówienia publicznego jest używana) oraz stanowisko Doktoranta w kwestii, czy przedmiotowa czynność prawna jest

typem (cywilnoprawnej) umowy nazwanej (str. 112 i nast.), czy też, że jest to raczej określenie (umowa w sprawie zamówienia publicznego) *sui generis*, o technicznym znaczeniu (str. 141). W każdym razie rozważania o refleksach prawa publicznego w kontekście charakteru prawnego umowy w sprawie zamówienia publicznego są godne uwagi (str. 115 i nast.).

4. Kluczowe ustalenia rzutujące na merytoryczną ocenę pracy dotyczą **problematyki prawnych przesłanek zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego** - zarówno na gruncie prawa europejskiego (str. 56 i nast.), jak i na gruncie obowiązującego prawa polskiego (str. 143 i nast.). Przy tym nie unika Doktorant rozważań na temat aksjologicznych uwarunkowań dopuszczalności modyfikacji takiej umowy (str. 119 i nast.).

W pracy precyzyjnie określono prawne ramy i kierunki przekształcenia umowy (zmiany istotne i nieistotne, zmiany przedmiotowe i podmiotowe), wskazano kryteria dopuszczalności i na tym tle przeanalizowano przesłanki oraz skutki modyfikacji. Jak stwierdza Doktorant, punktem wyjścia jest zasada niezmienności umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego, natomiast ewentualne jej zmiany mają charakter wyjątku, co prowadzi w konsekwencji do zakazu wykładni rozszerzającej dopuszczalnych przez prawo przedmiotowe wypadków konkretnej modyfikacji takiego kontraktu (str. 144).

W sposób precyzyjny w ocenianej pracy wskazano i scharakteryzowano **pozytywne i negatywne przesłanki zmiany umowy** (przesłanki dopuszczające w danym zakresie i w innym zakazujące modyfikacji; przy enumeratywnym wskazaniu ustawowym ich katalogu), formułując tezę, że regulacja prawna tych przesłanek jest wyczerpująca i kompleksowa a margines do dokonywania wykładni jest bardzo wąski (np. w zakresie użytych przez prawo zwrotów niedookreślonych). Przy tym trafnie Doktorant wskazał na mankamenty redakcyjne utrudniające wykładnię art. 144 Prawa zamówień publicznych. Jak dodatkowo zauważył, wykładni umowy w płaszczyźnie ewentualnej dopuszczalności jej zmiany powinno towarzyszyć założenie, że - w założeniu ustawodawcy - to w interesie zamawiającego leży zachowanie możliwie największej kontroli nad realizacją zamówienia (str. 145). Koresponduje z tym spostrzeżeniem trafna teza, że umowa w sprawie zamówienia publicznego z założenia mocniej chroni interesy zamawiającego, który ją faktycznie tworzy (str. 201).

Przekonujący jest pogląd Doktoranta, że pojęciem zakresu świadczenia (chodzi o wskazanie dopuszczalności przedmiotowej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego) nie należy obejmować sposobu spełnienia świadczenia (str. 150 - 153).



Można zwrócić uwagę Doktorantowi, że w sposób nieprecyzyjny określił pojęcie oferty; nie jest nią, wbrew temu co napisano na str. 157 rozprawy, „każde oświadczenie woli, które zawiera istotne postanowienia umowy”, lecz takie oświadczenie woli, skierowane do adresata, zawierające dodatkowo wiążącą propozycję zawarcia umowy. Dodatkowo, na tle rozważań kwestii tej dotyczących, ale i w ogólności na gruncie prawa zamówień publicznych można podnieść wymagającą wyjaśnienia kwestię dotyczącą sposobu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego - kto w tej procedurze osiągnięcia konsensusu jest oferentem, a kto oblatem?

Za wyczerpujące uznaję rozważania na temat dopuszczalności zmiany umowy (w aspekcie przedmiotowym i podmiotowym) na podstawie przesłanek przewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (modyfikacja na podstawie klauzuli umownej; str. 161 - 174). Interesujące są uwagi o modyfikacji umowy na podstawie **swoście rozumianej, na gruncie prawa zamówień publicznych, klauzuli *rebus sic stantibus*** (str. 181 i nast.). Dalsze rozważania, świadczące z jednej strony o pogłębionej, wynikającej zapewne z doświadczenia praktycznego znajomości opisywanej problematyki, w tym np. o niskowartościowej zmianie umowy, są jednak „technicznoprawne” i ubogie w uogólnienia i wnioski co do zasad i funkcji tej części prawa zamówień publicznych.

Doktorant trafnie skonkludował rozważania nad ujęciem **legalnej definicji istotnej zmiany umowy** (dodać trzeba, że takie wnioski, w postaci teoretycznych uogólnień, istotnie wpływają na wartość merytoryczną ocenianej rozprawy); warunki dopuszczalności takiej zmiany mają zapobiegać modyfikacjom, których wprowadzenie mogłoby wypaczyć wynik przeprowadzonego postępowania w sprawie zamówienia publicznego (str. 190).

Jak stwierdza Doktorant, na gruncie prawa polskiego, jak i europejskiego, generalnie dopuszczalne są tzw. **nieistotne zmiany umowy** w sprawie zamówienia publicznego, za które uznaje modyfikacje, które w równym stopniu odnoszą się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu lub potencjalnie zainteresowanych wzięciem w nim udziału. Zmiany nieistotne to takie, które dotyczą aspektów umowy „administracyjno-organizacyjnych”; polegają na zmianie wskazania osoby do kontaktów w sprawach wykonywania umowy; na zmianie rachunku bankowego, na który mają być uiszczane płatności na podstawie umowy; poprawki ewidentnych omyłek pisarskich w treści umowy (str. 208).

Interesujące z punktu widzenia doniosłości teoretycznej są **uwagi o ogólnym charakterze umowy** w sprawie zamówienia publicznego (umowy ramowej w rozumieniu



prawa zamówień publicznych) - cecha ta stanowi barierę, poza którą nie mogą wykraczać ewentualne (przedmiotowe - jak zauważa trafnie Doktorant; str. 211) modyfikacje umowy. Pojęcie ogólnego charakteru umowy nie zostało w ustawie zdefiniowane; Doktorant poddał je gruntownej analizie (str. 212 i nast.). Autor doszedł do wniosku, który recenzent podziela, że zmiana charakteru umowy ma miejsce wtedy, gdy następuje zmiana rodzaju zamówienia; gdy pierwotne zamówienie pozostaje, lecz wykonawca zostaje zobligowany do spełnienia dodatkowego świadczenia, które w świetle ustawy jest odrębnym rodzajem zamówienia; także wtedy, gdy rodzaj zamówienia nie ulega zmianie, lecz prawa i obowiązki wykonawcy poddane są istotnej zmianie, wpływającej na zmianę zakresu świadczenia, zmianę sposobu wykonania zamówienia. Kandydat uznaje przy tym, że cel umowy nie wchodzi w zakres desygnatów pojęcia charakteru umowy.

Doktorant sformułował oryginalną tezę, dla której punktem wyjścia zapewne były ustalenia co do cywilnoprawnego charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego, że podstawą prawną do zmiany umowy mogą być art. 357¹ § 1 i art. 358¹ § 3 k.c. (klauzula *rebus sic stantibus*), które jednak **muszą być stosowane z uwzględnieniem ograniczeń z art. 144 ust. 1 pkt 3 lit. b) oraz ust. 1 pkt 6 prawa zamówień publicznych** (str. 220). Pogląd ten powinien zostać uzasadniony w sposób bardziej szczegółowy i uporządkowany.

Powyższe uwagi dotyczyły oceny rozważań Doktoranta dotyczących przedmiotowych zmian umowy; w swojej pracy zajął się Kandydat także kwestią **zmian podmiotowych** (str. 244 i nast.) - zmian *sensu stricto* i *sensu largo*. Stwierdził, że jeśli chodzi o aspekt podmiotowy umowy w sprawie zamówienia publicznego, to swoboda kontraktowa, tj. swoboda wyboru kontrahenta - doznaje ograniczeń. Co do zasady zmiana podmiotowa (po stronie wykonawcy) jest niedopuszczalna, poza wskazanymi i omówionymi bardzo obszernie w pracy wyjątkami (str. 245 - 323).

W całej swojej pracy Doktorant przekonująco wykazał, że problematyka prawna modyfikacji umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego **zdeteminowana została przez zasady traktatowe Unii Europejskiej**. Można tylko postawić pytanie, czy uwagi wprost tej kwestii dotyczące (wraz z uwagami na temat orzecznictwa TSUE odwołującego się do zasad traktatowych) powinny znaleźć się akurat w tym miejscu pracy (podrozdział 4.5, str. 323 i nast.), czy raczej powinny być punktem wyjścia do rozważań szczegółowych i być ułożone na początku rozprawy? Poza wątpliwością natury redakcyjnej trzeba się rzecz jasna zgodzić z tezą Doktoranta, że zarówno orzecznictwo TSUE, unijne dyrektywy, jak i prawo krajowe Polski jako państwa członkowskiego UE - w zakresie ram prawnych dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, - są refleksem zasad



prawa pierwotnego UE, zmierzających do promowania uczciwej konkurencji w obszarze rynku wspólnego (str. 327).

5. Rozważając kwestię **formy umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym formy zmiany takiej umowy** (str. 342 i nast.), Doktorant prawidłowo w sposób skrótowy przedstawia ogólną regulację formy czynności prawnych, następnie zaś konstatuje ograniczenie zasady swobody umów w tym zakresie, wynikające z przepisów Prawa zamówień publicznych. Przedstawiając treść art. 78 k.c. używa nietrafnie sformułowania „procedura zawarcia umowy” (str. 344); w przywołanym przepisie nie ma mowy o sposobie zawarcia umowy, lecz o warunkach prawnych dochowania pisemnej formy umowy.

6. Doniosła praktycznie i istotna praktycznie jest problematyka **sankcji z tytułu niezgodnej z prawem zmiany umowy** w sprawie zamówienia publicznego, którą Doktorant zajął się w rozdziale 5. recenzowanej rozprawy. Przez sankcje rozumie Autor negatywne konsekwencje cywilnoprawne dotyczące samą czynność prawną, których celem jest doprowadzenie do stanu zgodności z prawem stosunku prawnego nawiązanego wskutek zawarcia umowy a następnie zmodyfikowanego przez zawarcie umowy modyfikującej, oraz inne prawem określone negatywne konsekwencje wymierzone w podmioty „zaangażowane w zmianę umowy” (str. 352).

Na pochwałę zasługuje posłużenie się przez Doktoranta, w tytule podrozdziału 5.2., pojęciem „unieważnialności” (str. 352 i nast.; jeszcze lepiej byłoby używać pojęcia wzruszalności), jako typu sankcji wadliwości czynności prawnej, zamiast, często używanego w doktrynie polskiej, lecz mylącego, sformułowania „nieważność względna” (niestety używa także Autor, dalej w tekście swej pracy, określenia „nieważność względna”).

7. Doktorant rozważa także **problem roszczeń odszkodowawczych** (w zakresie *lucrum cessans*) ze strony osób trzecich, powstających ewentualnie w razie zmiany umowy z naruszeniem wskazanych w pracy przepisów prawnych, w sytuacji, gdy zamawiający zmodyfikował przy udziale wykonawcy umowę w sprawie zamówienia publicznego, zamiast przeprowadzić nowe postępowanie (str. 369 i nast.).

8. Po przedstawieniu szerokiego spektrum zagadnienia zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na tle prawa polskiego, z uwzględnieniem europejskiego kontekstu krajowej regulacji, Doktorant przechodzi do **uwag prawnoporównawczych** (str. 384 i nast.). Dąży do zaprezentowania przesłanek modyfikacji warunków zamówienia publicznego po zawarciu umowy w prawie USA, Australii, Brazylii, Kazachstanu, Chin i Serbii, oraz ukazania ogólnych założeń przyświecających w tej kwestii wybranym prawodawstwom,



sięgając także, w przypadku USA, do istotnych wypowiedzi judykatury. Uwagi komparatystyczne wieńczy syntetyczne podsumowanie (str. 402 - 403).

9. Miarą poziomu merytorycznego ocenianego dzieła jest m. in. to, **czy Autor tytułowe zagadnienie przedstawił w sposób wyczerpujący**. Jeśli chodzi o rozprawę Mgr Pożogi, to właściwie trudno dostrzec aspekt prawny zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, którego jej Autor by nie poruszył; zajął się nawet tak szczegółową kwestią, jak zmiana umowy w postępowaniu upadłościowym i restrukturyzacyjnym (str. 232 i nast.) oraz dopuszczalnością zmiany projektu oferowanej w trybie zamówienia publicznego umowy - po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed zawarciem umowy (w tym zakresie sformułował interesującą tezę; str. 243).

10. **Konkludując swoją pracę** Doktorant stwierdza, że tytułowa umowa, jak każda umowa cywilnoprawna, może ulegać zmianom, z tym, że za trafne uznaje ograniczenie swobody kontraktowej w tym zakresie. Autor precyzyjnie określił aspekty limitowania swobody umów przez prawo zamówień publicznych (str. 404). Według Doktoranta sposób implementacji dyrektyw europejskich do polskiego prawa budzi zastrzeżenia, które to uwagi krytyczne, aktualne nie tylko w odniesieniu do problematyki zamówień publicznych, ale generalnie, w aspekcie systemowym, recenzent w pełni podziela (str. 405 - 407).

Doktorant w swej rozprawie postawił **tezę główną**, będącą całościowym podsumowaniem rozważań i efektem przeprowadzonej argumentacji wokół problemów szczegółowych, w myśl której **istota regulacji prawnej dotyczącej modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie przekształceń przedmiotowych, polega na przeciwdziałaniu zmianom, które samodzielnie powinny stanowić nowe, odrębne zamówienie publiczne** (str. 407). Takie założenie ma służyć ochronie konkurencji na rynku.

W katalogu przesłanek zmiany umowy, określonym w art. 144 prawa zamówień publicznych, w ocenie Doktoranta, **szczególne znaczenie ma zmiana dokonywana na podstawie klauzuli umownej** (przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu). **Podstawowa sankcja** za niezgodną z prawem zmianę umowy ma charakter cywilnoprawny i polega na unieważnialności umowy.

Doktorant uznał obowiązującą w Polsce regulację prawną zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego za **kompleksową i wyczerpującą** (co nie wyklucza postawienia wniosków *de lege ferenda*), w sposób prawidłowy wyznaczającą granice zmian przedmiotowych i podmiotowych.

Jak wspomniano wyżej oceniana rozprawa zawiera także **wnioski de lege ferenda** (str. 153, str. 156, str. 161, str. 180, str. 184, str. 217, str. 231, str. 243, str. 254, str. 263, str. 296,

str. 338, str. 339, str. 340, str. 368, str. 369, str. 373, str. 381; pełne zestawienie wniosków *de lege ferenda* zawarto na str. 411 - 414), które są przekonująco uzasadnione oraz racjonalne co do treści.

W mojej ocenie teza główna rozprawy jest prawidłowo sformułowana i w pełni dowiedziona.

V. Konkluzja

1. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i oceny **jednoznacznie stwierdzam, że rozprawa doktorska mgr Łukasza Pożogi spełnia kryteria** określone w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym i tytule w zakresie sztuki, tj. **stanowi oryginalne rozwiązanie problemu naukowego oraz wykazuje ogólną wiedzę teoretyczną Kandydata w zakresie nauk prawnych, w szczególności w zakresie prawa zamówień publicznych i prawa cywilnego oraz że posiadał On umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej.**

2. Tym samym uważam, że zrecenzowana praca **może być podstawą nadania mgr Łukaszowi Pożodze stopnia naukowego doktora nauk prawnych.**

Adam Doliwa
