

Uniwersytet Warszawski  
Wydział Prawa i Administracji

mgr Magdalena Falkowska

**Autoreferat rozprawy doktorskiej:**  
**Granice swobody zawierania**  
**umów w sprawie zamówień publicznych**  
Rozprawa doktorska

Praca przygotowana pod kierunkiem  
naukowym  
dr hab. Marii Boratyńskiej

Recenzenci:

Warszawa, 2024

## 1. Przedmiot rozprawy i uzasadnienie wyboru tematu

Główna teza rozprawy doktorskiej nawiązuje do jej tytułu „Granice swobody zawierania umów w sprawie zamówień publicznych” i odnosi się do poszukiwania i klasyfikowania granic swobody umów charakteryzujących grupę umów funkcjonujących pod wspólnym pojęciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Główne obszary badawcze wyznaczone zostały przez granice swobody umów wskazane w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego<sup>1</sup> (dalej: „KC”) tj. sprzeczność jej treści lub celu z właściwością (naturą) stosunku, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Rozprawa obejmuje próbę określenia sposobu poszukiwania granic swobody zawierania umów i kształtowania ich treści w prawie zamówień publicznych oraz wyznaczenia niektórych z nich. Nie bez powodu używam tu sformułowania „próbę”, gdyż pełne i ostateczne zarysowanie granic swobody umów w sprawie zamówienia publicznego wydaje się być zadaniem nadzwyczaj trudnym, jeśli nie niewykonalnym, chociażby z uwagi na zakres tematyki obejmujący ostatecznie wszystkie umowy nazwane, nienazwane i mieszane, których postacią może przybrać umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Analizowane zagadnienie jak w soczewce skupia również obserwowaną od lat ewolucję prawa zamówień publicznych. Od zbioru norm odnoszących się przede wszystkim do sposobu wyboru kontrahenta i zawarcia umowy w celu zaspokojenia potrzeby o charakterze publicznym, zmierza ona sukcesywnie w kierunku interdyscyplinarnej regulacji obejmującej elementy odnoszące się do procedur zakupowych, umów zawieranych w ich wyniku (treści umowy, sposobu jej wykonywania, rozwiązywania, zmiany), a w przyszłości również obejmujące coraz silniejsze akcenty odnoszące się do zrównoważonego rozwoju i aspektów poza-zakupowych w tym społecznych.

Kompleksowe przedstawienie granic swobody umów w prawie zamówień publicznych może okazać się pomocne w procesie stosowania prawa, w szczególności przyczynić się do ograniczenia nadużyć przy formułowaniu treści projektowanych postanowień umownych przez zamawiających oraz zarzutów odwoławczych pod ich adresem ze strony wykonawców. Omawiane w rozprawie zagadnienie może być również pomocne w wykładni przepisów prawa zamówień publicznych, w szczególności w procesie wykładni funkcjonalnej, której poprawność wspiera dyrektywne rozumienie zasady swobody umów.

---

<sup>1</sup> t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 z późn. zm.

Bez wątpienia umowa w sprawie zamówienia publicznego, pomimo tego, że przynależy do umów cywilnoprawnych cechuje się znaczną specyfiką, która związana jest ze szczególnym celem jakiego służy samo wykonanie zamówienia publicznego – celem publicznym, podyktowanym interesem publicznym. Ograniczenia swobody umów w prawie zamówień publicznych obejmują każdy etap procedury wyboru kontrahenta, począwszy od przygotowania postępowania, poprzez jego przeprowadzenie, aż do wykonania umowy. Tym samym obejmują wiele zagadnień wynikających z obowiązków stron związanych z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania, rozwiązań prawnych dotyczących kształtowania treści umowy oraz jej wykonywania (w tym zmiany i rozwiązanie), a także ingerencji Krajowej Izby Odwoławczej (dalej również „KIO”). Złożoność tych zagadnień powoduje, że w zasadzie cała regulacja ustawy PZP jawi się jako zbiór przepisów nakreślających granice swobody umów, znacznie wyraźniejsze niżli te nakreślone w KC.

Na gruncie ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>2</sup> umowa w sprawie zamówienia publicznego (jej istotne postanowienia lub wzór) narzucone przez zamawiającego i niechętnie kontrolowane przez KIO, sprowadzały swobodę kontraktowania (ograniczały ją) do decyzji o zawarciu umowy na określonych warunkach (w konsekwencji decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu lub rezygnacji). Z punktu widzenia teorii prawa taka konstrukcja prawna wpisywała się w zasadę swobody umów, a w orzecznictwie właśnie na niej była osadzana. Jednak w praktyce okazało się, że pozostawienie tak dużej swobody w formułowaniu przyszłych postanowień umownych w kontekście zamówień publicznych jest źródłem problemów. Paradoksalnie stało się ono źródłem faktycznej granicy swobody umów, polegającej na niezbyt przychylnym spojrzeniu w kierunku rynku publicznego przez wykonawców, którzy mogli swobodnie bez niego funkcjonować.

W wyniku zmian przepisów i zastąpienia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nową regulacją (ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych<sup>3</sup>, dalej „ustawa PZP”), tematyka okazała się jeszcze bardziej zajmująca, a nowe przepisy dostarczyły kolejnych zagadnień do badań. Co istotne, wraz ze zmianą przepisów zmieniła się także hipoteza badawcza i część wniosków. Zamiast próby sformułowania postulatów *de lege ferenda* o wzmocnienie pozycji wykonawcy w procesie kształtowania treści przyszłej umowy przedmiotem analizy stało się potwierdzenie, czy wprowadzone regulacje są dostatecznie skuteczne, aby zapewnić osiągnięcie zakładanego celu, czyli wyrównania pozycji

---

<sup>2</sup> t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.

<sup>3</sup> t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.

stron (kontrahentów) na etapie dążeń do zawarcia umowy (również w kontekście jej treści). Nie oznacza to, że obecna regulacja została przeze mnie uznana za modelową, gdyż nadal możliwości oddziaływania wykonawców na treść projektowanych postanowień umownych w wielu sytuacjach nie przekłada się dostatecznie na praktykę. Od wejścia w życie nowych przepisów do zakończenia rozprawy minęły zaledwie trzy lata, co jest czasem wystarczającym na stwierdzenie jak na nowe rozwiązania zareagowała praktyka, ale zbyt krótkim, aby uznać je za zaadaptowane i okrzepłe. Pomimo tego już na tym etapie poza nieśmiałym postulatem wzmocnienia edukacji uczestników rynku w zakresie znaczenia zasady swobody umów dla ich interesów, pomału można pokusić się o sformułowanie wniosków i kierunków dalszych zmian.

## **2. Cele badawcze**

Zasadniczymi celami rozprawy jest przybliżenie granic zasady swobody umów (w aspekcie zawierania umów oraz kształtowania ich pierwotnej treści) i ustalenie ich wpływu na charakter i specyfikę umowy w sprawie zamówienia publicznego. Trzon zawartych w niej rozważań dotyczy w szczególności fundamentalnych kwestii, czyli roli norm prawnych wyrażonych w przepisach ustawy PZP w wyznaczaniu granic swobody umów w sprawie zamówienia publicznego we wskazanym wyżej zakresie. Rozprawa nie koncentruje się na ustaleniu, czy ustawa PZP wyznacza swoiste granice swobody umów, gdyż kwestię tę traktować należy jako notoryjną, przez co nie jest ona w ogóle tezą. Dlatego zasadnicze rozważania stanowią próbę odpowiedzi na pytanie o znaczenie poszczególnych granic swobody umów dla kształtu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zagadnienie to jak w soczewce skupia uniwersalny dylemat pomiędzy przyznaniem pierwszeństwa mechanizmom rynkowym i usuwania ustawowych barier swobody umów (na rzecz barier faktycznych), a ochroną innych ważnych interesów uczestników rynku poprzez ustawowe wyrównywanie pozycji stron, szczególnie tam, gdzie już na starcie nie jest ona równa.

W związku z tym analiza granic swobody umów przeprowadzona zostało z poszanowaniem kodeksowego podziału na granice ustawowe, wyznaczone zasadami współżycia społecznego oraz naturą stosunku prawnego. Najwięcej miejsca poświęcono ustawowym granicom swobody umów analizowanych na każdym etapie postępowania w sprawie zamówienia. Z uwagi na bardzo kompleksową ustawową regulację sposobu udzielania zamówienia, analizie poddano tylko kluczowe elementy postępowania.

Wyczerpująca regulacja zasad postępowania może skłaniać do wniosku, że wszystkie intencje ustawodawcy zostały wyrażone wprost, jednak bardziej szczegółowa analiza

orzecnictwa oraz praktyki wskazuje, że poza zasadami wyrażonymi wprost w przepisach można wymienić również te niewyrażone lecz wyznaczające granice swobody stron umowy w sprawie zamówienia. Ponieważ ustawa PZP nie posługuje się pojęciem zasad współzycia społecznego, wyznaczając jednak katalog zasad, według których powinni postępować uczestnicy postępowania w sprawie zamówienia, poszukiwanie kolejnej grupy granic swobody umów prowadzono wśród zasad postępowania.

Kolejnym zagadnieniem jest sklasyfikowanie zidentyfikowanych granic swobody umów i próba ich przyporządkowania do grup wymienionych w art. 353<sup>1</sup> KC. Szczególnie zajmującym zagadnieniem jest próba określenia właściwości umowy w sprawie zamówienia publicznego jako granicy swobody kontraktowania. Pomimo licznych prób uchwycenia cech wspólnych umów w sprawie zamówienia i rozważań czy umowy te stanowią osobną kategorię umów nazwanych, doktryna nie zajmowała się dotychczas kompleksowo ujęciem tej problematyki od strony granicy swobody umów. Ten punkt widzenia pozwala uchwycić elementy natury umów w sprawie zamówienia co może stanowić istotne uzupełnienie rozważań na temat ich charakteru w świetle systematyki kodeksowej.

Dopełnieniem tych rozważań jest poszukiwanie faktycznych granic swobody kontraktowania w prawie zamówień publicznych, których charakter może być odmienny od barier znanych na gruncie umów zawieranych pomiędzy podmiotami nie objętymi obowiązkiem stosowania procedur właściwych dla prawa zamówień publicznych.

Uzupełnienie tezy głównej obejmują analityczno-porównawcze rozważania na temat podobieństw instytucji prawa zamówień publicznych z instytucjami prawa cywilnego. Ich celem jest ustalenie na ile umowy w sprawie zamówień publicznych mają charakter autonomiczny, a wyznaczone w art. 353<sup>1</sup> KC granice swobody umów (ustawa, zasady współzycia społecznego, właściwość stosunku prawnego) są właściwe tylko dla tych umów, a na ile mają one charakter uniwersalny.

Ostatnim zagadnieniem wynikającym z analiz powyższych była faktyczna rola wykonawcy - jako strony formalnie słabszej (wyposażonej w mniej uprawnień w obszarze wpływu na kształt procedury i przyszłej umowy) – w procesie zawierania umowy. Rola wykonawcy jako podmiotu profesjonalnie zajmującego się realizacją świadczeń objętych przedmiotem zamówienia może być niebagatelna, szczególnie w warstwie praktycznej, w tym ekonomicznej.

### 3. Metody badawcze

Respektując zasadę podporządkowania metodologii badań ich problematyce rozprawa została oparta o trzy metody badawcze: dogmatyczną, empiryczną i historyczną. Zasadniczą zastosowaną metodą badawczą jest metoda dogmatyczna. Punkt wyjścia stanowiła formalno-dogmatyczna analiza tekstów prawnych, w szczególności przepisów KC i ustawy PZP, w celu określenia znaczenia i sposobu rozumienia norm kształtujących granice zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego oraz ich treści. W rozprawie dokonano zatem formalnej analizy językowej przepisów prawa zamówień publicznych (element formalny), którą zestawiono z licznymi spostrzeżeniami doktryny, szczególnie w warstwie klauzul generalnych (element dogmatyczny). Rozprawa jest zasadniczo ukierunkowana na analizę zagadnienia w perspektywie aktualnie obowiązującego polskiego prawa zamówień publicznych, z uwzględnieniem (w celach porównawczych) prawa unijnego, krajowych przepisów poprzednio obowiązujących i współczesnego stanu debaty naukowej w tym zakresie.

Poszukiwanie granic swobody umów w prawie zamówień publicznych, wymaga odniesienia się do relacji dwóch celów, pozornie przeciwstawnych, w praktyce ściśle ze sobą związanych: ochrony racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi oraz wspierania uczciwej konkurencji. Niezbędne jest osadzenie dokonywanej wykładni w szerszym kontekście społecznym i ekonomicznym. Dlatego przy realizacji metody dogmatycznej wykorzystano różne metody wykładni przyjęte w prawoznawstwie: językową, systemową, celowościową oraz funkcjonalną. Pozwoliło to na wielowymiarowe spojrzenie na instytucje prawa zamówień publicznych, w kontekście granic swobody umów. Uzupełniająco zastosowano także metodę historyczną, przy pomocy której zostały przedstawione zmiany zachodzące w obrębie poszczególnych instytucji prawa zamówień publicznych, a także kontekst wprowadzonych rozwiązań i ich zmiany.

Ostatnią zastosowaną metodą była metoda empiryczna polegająca na badaniu dokumentów zamówienia publikowanych na stronach internetowych prowadzonych postępowań i stronach internetowych zamawiających. Badaniu poddane zostały również wydawane na kanwie omawianej problematyki orzeczenia KIO, sądów powszechnych, Sądu Najwyższego a także sądów administracyjnych oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Ze względu na tematykę rozprawy, przedmiotem zainteresowania były kwestie związane z projektowanymi postanowieniami umów oraz wyjaśnieniami treści specyfikacji warunków zamówienia, w zakresie dotyczącym projektowanych postanowień umownych.

Naturalną podstawą rozważań jest dorobek literatury polskiej oraz judykatury, w szczególności orzecznictwo KIO.

W zakresie badań empirycznych zidentyfikowano dwa zasadnicze obszary badawcze obejmujące zagadnienia związane z analizą faktycznej roli wykonawcy w procesie kształtowania projektowanych postanowień umownych oraz jego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiających w przedmiocie treści projektowanych postanowień umownych. Pierwszy obejmuje zbadanie aktywnej roli wykonawcy w procesie kształtowania treści umowy, w szczególności jego aktywność w wykorzystywaniu dostępnych środków prawnych oraz zakres tego wpływu. Drugi obejmuje obserwacje reakcji zamawiających na działania wykonawców zmierzające do zmian projektowanych postanowień umownych lub ich doprecyzowania. Uzupełniająco analizie poddano publikowane w postępowaniach projektowane postanowienia umowne jako element dokumentów zamówienia w kontekście ich treści, w celu ustalenia czy zamawiający rzeczywiście stosują nowe regulacje odnoszące się do treści umowy (w zakresie kar umownych oraz klauzul waloryzacyjnych) i w jakim stopniu. Przyjęta formuła odpowiada modelowi badań jakościowych, których celem jest nie tylko zaobserwowanie pewnych zjawisk, ale detaliczne zbadanie ich treści i zakresu. Stąd badanie treści samej umowy zostało ograniczone do dwóch aspektów tj. kar umownych oraz klauzul waloryzacyjnych. Przyjęcie takiego ograniczenia było związane z koniecznością zapewnienia porównywalności wyników. Analiza całej treści umowy mogłaby nie być wymierna w kontekście stawianych celów badawczych. Istniała również obawa, że uzyskane wyniki nie będą stanowiły dostatecznego materiału wyjściowego do analizy z uwagi na brak jego spójności. Z kolei wybór zagadnień związany był z dwiema nowymi i znaczącymi a zarazem nieznanymi dotychczas regulacjami prawa zamówień publicznych.

#### **4. Struktura rozprawy doktorskiej**

Rozprawa została podzielona na osiem Rozdziałów, co jest niezbędne dla przeprowadzenia szczegółowej analizy instytucji umowy w sprawie zamówienia publicznego w obszarze zagadnień dotyczących swobody umów.

Dla uporządkowania wywodów rozważania odnoszące się do właściwej tematyki pracy poprzedzone zostały rozdziałem obejmującym zagadnienia dotyczące charakterystyki umowy w sprawie zamówienia publicznego jako umowy cywilnoprawnej z pierwiastkiem publicznoprawnym (Rozdział I). Rozważania te stanowią punkt wyjścia dla dalszych analiz i

pozwalają na właściwe umiejscowienie umowy w sprawie zamówienia publicznego w systemie prawnym i udzielenie odpowiedzi na pytanie o charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego, w ujęciu gałęziowym.

Rozdział II poświęcono analizie znaczenia pojęcia „zamówienie publiczne” w celu umiejscowienia umowy w sprawie zamówienia w systemie prawnym. Rozważania obejmują poszczególne elementy definicji oraz kwestie związane z charakterem umowy jako umowy nazwanej lub wykluczeniem możliwości nadania jej zupełnie autonomicznego charakteru.

Następnie w Rozdziale III nadszedł czas na analizę znaczenia samej zasady swobody umów dla systemu prawa cywilnego i prawa zamówień publicznych. Właściwe umiejscowienie tej zasady we współczesnym prawodawstwie poprzedza analiza historyczna obejmująca dzieje kształtowania się samej zasady swobody umów oraz dzieje prawa zamówień publicznych. Jest to niezmiernie interesująca podróż w przeszłość, która pozwala na zrozumienie, że modele zawierania kontraktów prywatnych i publicznych, pierwotnie tak dalekie, z biegiem lat przybliżały się do siebie, aby ostatecznie stworzyć współczesny system kontraktowy, którego immanentną częścią są zamówienia publiczne. Zamówienia publiczne stanowiące spójny element prawa cywilnego nie tracą jednak z pola widzenia pierwiastka publicznego jakim jest cel zakupu i konieczność ochrony środków publicznych. Obecnie, wraz z włączeniem do polskiego porządku prawnego reguł europejskich, istotną rolę odgrywa również konieczność zachowania uczciwej konkurencji. W ten sposób pierwiastek publicznoprawny staje się jednym z ograniczeń swobody stron przy zawieraniu umów w sprawie zamówienia publicznego, ale czy tylko on jeden? Odpowiedzi na to pytanie poszukuję w dalszych rozdziałach pracy.

Wolność umów podobnie jak wiele innych wolności i praw wyrażonych w aktach prawnych nie jest absolutna. Dlatego w Rozdziale IV zarysowano pokrótce koncepcję granic swobody umów po to by w kolejnych Rozdziałach poszukiwać i wyznaczać jej zakres.

Rozdział V poświęcony jest ustawowym granicom swobody umów. Rozpoczyna się analizą znaczenia pojęcia „ustawowa granica swobody umów”, w kontekście poszczególnych źródeł prawa oraz charakteru wyrażonych w nim norm. W celu usystematyzowania rozprawy, poszukiwanie tych granic podzielono na trzy obszary obejmujące dwa etapy procesu zakupowego: przygotowanie postępowania i jego przeprowadzenie oraz dodatkowo ograniczenia w zakresie kształtowania treści umowy przez zamawiającego. Osobno potraktowano charakterystyczne granice swobody umów związane z udziałem wykonawcy, które trudno uchwycić na podstawie treści samych przepisów oraz rozważań doktrynalnych, dlatego zostały uzupełnione o wnioski wysnute na podstawie badań empirycznych. W rozdziale



tym zawarto rozważania dotyczące wybranych granic swobody umów, które uznałam za szczególnie istotne i interesujące. Mając na uwadze, że w zasadzie niemal wszystkie normy wyrażone w przepisach można analizować w świetle ustawowych ograniczeń swobody umów, nie sposób szczegółowo odnieść się do nich wszystkich. Ciekawym zagadnieniem, w tym kontekście jest także konieczność unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Strony mimo zgodnej woli co do zawarcia umowy i jej treści mogą być tej możliwości pozbawione poprzez konieczność unieważnienia postępowania.

Rozdział VI w całości poświęcony został zasadom współżycia społecznego jako granicom swobody umów. W tym Rozdziale wybrano i omówiono najciekawsze, wśród nich zasady prawa zamówień publicznych oraz uzasadnione potrzeby zamawiającego.

W kolejnej części pracy, w Rozdziale VII analizie poddana została najmniej omówiona w doktrynie granica swobody umów określana mianem „właściwości (natury) stosunku prawnego”. Co istotne poszukiwanie natury umowy w sprawie zamówienia publicznego jest ściśle związane z pierwiastkiem publicznoprawnym, co powoduje, że omawiana granica staje się bardziej wymierna niż w przypadku innych rodzajów stosunków zobowiązaniowych.

W rozdziale VIII omówiono faktyczne granice swobody umów, czyli zjawiska o charakterze prawnym lub pozaprawnym, które ograniczają rzeczywistą swobodę podejmowania decyzji przez jedną lub obie strony zawierające umowę, w szczególności faktyczną nierówność stron (bardzo widoczną w prawie zamówień publicznych), czy siłę negocjacyjną każdej z nich.

Ostatnia część rozprawy poświęcona została podsumowaniu i wnioskowi; przynosi odpowiedź na pytanie o zakres i znaczenie granic swobody kontraktowania przy zawieraniu umów w sprawie zamówienia publicznego oraz próbę ich oceny.

Problematyka zmian umowy regulowana obecnie w art. 455 ustawy PZP pozostaje poza zakresem niniejszej rozprawy podobnie jak szersze rozważania związane z ograniczeniami związanymi z możliwością rozwiązania umowy. Przepisy ustawy PZP wprowadzają szczerkowe regulacje określające możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego (art. 457 ustawy PZP) oraz unieważniania umowy (art. 458-460 ustawy PZP) o niebagatelnym znaczeniu dla swobody zakończenia stosunku prawnego. Zagadnienia te nie dotyczą jednak *stricte* problematyki zawierania umów.

## 5. Główne wnioski

Analiza rozwoju prawa zamówień publicznych na przestrzeni wieków, dokonana w ramach rozprawy, pozwala na sformułowanie wniosków, że prawo zamówień publicznych ewoluowało stopniowo w kierunku prawa prywatnego lub cywilnego, czerpiąc z jego instytucji coraz więcej elementów i założeń. Dlatego uprawnione były dalsze analizy granic zasady swobody umów przy zastosowaniu nawiązań i porównań do prawa cywilnego, w szczególności instytucji określonych w KC.

Cywilnoprawna metoda regulacji prawa zamówień publicznych, zakłada równość stron zarówno na etapie postępowania jak i wykonywania umowy. Pomimo że to zamawiający określany jest mianem gospodarza postępowania, ustawa nie przewiduje możliwości kształtowania sytuacji prawnej wykonawcy w sposób władczy lub nakładania bez jego zgody obowiązków przez czynność prawną. W związku z tym należy przyjąć, że niezależnie od coraz bardziej sformalizowanych ram postępowania, strony wciąż działają na zasadzie swobody kontraktowania znanej prawu cywilnemu. Ważnym elementem cywilnoprawnej umowy staje się jednak publicznoprawny pierwiastek zamówień publicznych. Wyraża się on m.in. dążeniem zamawiającego do realizacji celu publicznego, koniecznością podporządkowania się zasadom finansów publicznych związanych z ochroną środków publicznych.

W ramach zamówień publicznych zasada swobody kontraktowej (ustawowo ograniczona), jest ściśle powiązana z zasadą równorzędności stron oraz zasadą poszanowania autonomii woli stron. Mimo wprowadzenia znacznych ustawowych ograniczeń swobody kontraktowania wiele elementów pozostawiono do swobodnej dyspozycji stron. Traktując ustawę PZP jako zbiór norm określających przede wszystkim sposób zawierania umów, można wysnuć ogólny wniosek, że niemal wszystkie zawarte w niej regulacje stanowią ustawowe granice swobody umów.

W zależności od rodzaju podmiotu zamawiającego oraz przedmiotu i wartości zamówienia, granice swobody umów związane wprost z samym zawarciem umowy, czyli procedury, przybierają różne kształty. Również same wymogi proceduralne rozumiane jako zestawienie norm o charakterze imperatywnym, których zastosowanie jest elementem niezbędnym dla wyboru kontrahenta podlegają ciągłej ewolucji.

Systematykę rozważań ustawowych granic swobody zawierania umów w sprawie zamówień publicznych wyznaczały etapy postępowania, począwszy od jego przygotowania, poprzez prowadzenie, na treści umowy skończywszy.

Rozważania na temat ustawowych granic swobody umów na etapie przygotowania postępowania rozpoczęto od analizy znaczenia warunków dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu. Przeprowadzone rozważania doprowadziły do wniosku, że warunki udziału w postępowaniu jako ustawowa granica swobody umów zostały sformułowane w sposób kategoryczny, dlatego należy opowiedzieć się za ich limitującym charakterem. Sama możliwość określania warunków udziału w postępowaniu stanowi element swobody kształtowania stosunku przedkontraktowego ograniczony jednak ustawowym katalogiem dopuszczalnych warunków. Określone prawidłowo stanowią dozwolone ograniczenie konkurencji, dopuszczając do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców dysponujących porównywalnym poziomem zdolności, co najmniej na poziomie wymaganym przez zamawiającego. Dlatego normy odnoszące się do zakresu i sposobu formułowania warunków należy uznać za istotną granicę uprawnień zamawiającego w określaniu wymogów wobec wykonawcy.

Przeprowadzone rozważania na temat znaczenia podstaw wykluczenia doprowadziły do wniosku, że stanowią one istotne ograniczenia swobody umów w obszarze związanym z wyborem wykonawcy. Zostały wprowadzone w celu ochrony interesu publicznego, a szerzej nawet porządku publicznego poprzez odmowę dostępu do rynku zamówień publicznych nierzetelnym lub niewiarygodnym wykonawcom. Obligatoryjne podstawy wykluczenia stanowią wentyl bezpieczeństwa, którego celem jest eliminacja z rynku zamówień publicznych wykonawców, którzy dopuścili się naruszeń uznanych za szczególnie naganne. Nieco inaczej przedstawia się kwestia fakultatywnych podstaw wykluczenia, których zastosowanie w konkretnym postępowaniu zależy wyłącznie od woli zamawiającego. W tym kontekście ich znaczenie jako granicy swobody umów zbliżone jest do znaczenia nadanego warunkom udziału w postępowaniu, wyznaczając granice swobody zamawiającego w ich kształtowaniu.

Wśród istotnych ograniczeń swobody działania zamawiającego w zakresie nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych są bez wątpienia przepisy odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, określające zasady wyrażania potrzeb zamawiającego, Ograniczenia swobody precyzowania wymagań przez zamawiającego nie są jednak bezwzględne. Ponieważ celem zamówienia jest realizacja potrzeb zamawiającego reprezentujących interes publiczny, przeciwwagą dla ochrony konkurencji w rozumieniu absolutnym są uzasadnione potrzeby zamawiającego. Ustawowe ograniczenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia znacząco oddziałują na praktykę obrotu, powodując konieczność poszukiwania takich form wyrażania potrzeb, które pozwolą na osiągnięcie celu zakupowego i jednocześnie nie ograniczą uczciwej

konkurencji w stopniu niewynikającym z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Dlatego charakter regulacji odnoszących się do zasad opisu przedmiotu zamówienia jako granicy swobody umów jest wielowymiarowy. Z jednej strony stanowi gwarancję realizacji zasady uczciwej konkurencji, z drugiej usystematyzowany sposób wyrażania uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Ostatnim, z kwartetu czynności znacząco wpływających na swobodę umów na etapie przygotowania postępowania, jest określanie kryteriów oceny ofert. Są one ściśle powiązane z samą definicją najkorzystniejszej oferty, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu, ewentualnie oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ustawodawca pozostawia jednak duże pole dla doboru właściwych kryteriów i opisanie sposobu ich oceny. Stąd też granice swobody umów nakreślone przez normy odnoszące się do samego doboru kryteriów oceny ofert są najsłabsze w tych występujących na etapie przygotowania postępowania, z uwagi na ich przykładowy charakter.

Jednym z podstawowych założeń ustawy PZP jest ustalenie takiego sposobu zawarcia umowy, który gwarantuje realizację celów publicznych oraz realizację zasady uczciwej konkurencji. Obligatoryjny charakter procedury stanowi istotny wyróżnik umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak nie każdy element procedury stanowi tak samo istotną granicę swobody umów. Zbadanie poszczególnych procedur: przetargowych, negocjacyjno – przetargowych oraz trybów ograniczonej konkurencji pozwala na sformułowanie wniosków o doniosłym znaczeniu tej granicy swobody umów.

Ustawodawca przewidział szeroki wachlarz dostępnych trybów postępowania, uwzględniając różne potrzeby zamawiających i uwarunkowania związane z przedmiotem zamówienia. Wybór trybów został częściowo ograniczony koniecznością wykazania przesłanek warunkujących ich zastosowanie. Co istotne, ustawodawca dopuścił jednak modyfikacje w zakresie sposobu postępowania. Niedopuszczalne jest jednak modyfikowanie procedur w sposób, który nie jest przewidziany w przepisach ustawy PZP.

Granice swobody umów należy poszukiwać nie tylko w konkretnych wymaganiach charakteryzujących postępowanie i zacieśniających obszar swobody stron, ale również w samym charakterze postępowań przetargowych i przetargowo – negocjacyjnych. Wydaje się, że mimo wielu odrębności w stosunku do sposobów zawarcia umowy przewidzianych w KC, sama konstrukcja postępowania oraz skutki w postaci związania stron na poszczególnych etapach postępowania nie odbiegają w sposób zasadniczy od założeń kodeksowych.

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, że regulacje zawarte w ustawie PZP nie stanowią regulacji zupełnej w zakresie kształtu postępowania jednak uregulowanie wielu poszczególnych elementów procedury w sposób szczegółowy pozwala na wysnucie wniosku, że prawo cywilne stanowi wyłącznie czynnik uzupełniający o doniosłym znaczeniu głównie w warstwie teoretycznej, rzadziej jednak praktycznej. W praktyce bowiem zamawiający rzadko sięgają po przepisy KC w celu uzupełnienia treści regulacji zawartych w ustawie PZP.

Podobnie w przypadku tzw. trybów ograniczonej konkurencji, chociaż różnice pomiędzy negocjacjami a przetargiem oparte są na tych samych założeniach, czyli odmiennej roli proponenta i oferenta w toku zawierania umowy, a także roli warunków zamówienia i oferty. Sformalizowany charakter postępowania powoduje, że brak w nim pola do płynnego „ucierania się” stanowisk stron, aż do czasu wynegocjowania satysfakcjonujących je warunków.

Powyższe wnioski skłaniają do rozważań na temat charakteru więzi przedkontraktowej jaka łączy strony postępowania w sprawie zamówienia publicznego. W świetle tych rozważań usprawiedliwiona jest konkluzja, że bez wyraźnie uregulowanego obowiązku zawarcia umowy (z powodu szczególnych okoliczności) stronom nie przysługuje roszczenie o jej zawarcie. Zastosowanie postępowania przetargowego w ujęciu KC nie stanowi szczególnej procedury gwarantującej zawarcie umowy uczestnikowi, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Stosunek między organizatorem postępowania przetargowego a uczestnikiem, którego oferta została wybrana, nie może być sprowadzony do skutków umowy przedwstępnej, w tym w zakresie zastosowania art. 70<sup>2</sup> § 3 i art. 70<sup>3</sup> § 3 KC, ani traktowany jako umowa *sui generis*.

Cywilistyczna zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych ulega znacznemu ograniczeniu po stronie zamawiającego z powodu niemożności swobodnego wyboru kontrahenta. Dlatego też zamawiający, niejako w zamian, ma prawo kształtowania warunków umowy. To z kolei powoduje, że wykonawca ma ograniczony wpływ na kształt zawieranej umowy, znając jednak jej treść ma możliwość decydowania (przynajmniej prawną), czy chce z zamawiającym daną umowę podpisać. Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą wynika z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym.

Z uwagi na konieczność zachowania zgodności oferty z treścią warunków zamówienia, obejmujących wymagania wynikające z projektowanych postanowień umownych (dalej również „PPU”), w doktrynie przyjmuje się, że w tych trybach projekt umowy jest wiążący i determinuje treść składanych ofert. Aby ograniczyć dążenia zamawiającego do zabezpieczenia wyłącznie własnych interesów, ustawodawca sukcesywnie wprowadza regulacje modelujące

kształt przyszłej umowy. Najważniejsze z nich zostały umówione z punktu widzenia praktycznego i teoretycznego, również w kontekście podobieństw do znanych prawu cywilnemu instytucji wzorców umownych, czy klauzul abuzywnych. Omówione kolejno ograniczenia w zakresie kształtowania treści PPU mają na celu ochronę wykonawcy przed nierównym rozkładem ryzyk związanych z wykonywaniem umowy. Nie stanowią one jednak pełnej ochrony wykonawców przed skutkami adhezyjnego charakteru umowy, chociaż niewątpliwie ochronę taką wzmacniają.

Analizie poddano również charakter ogłoszenia o przetargu określonego w przepisach KC oraz ustawy PZP. Przeprowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że ogłoszenie o zamówieniu i towarzyszące mu dokumenty zamówienia nie stanowią oświadczenia woli zawarcia umowy. Wzmocnienie pozycji wykonawcy (np. poprzez ograniczenie możliwości unieważnienia postępowania lub wprowadzenie możliwości domagania się eliminacji ofert, które nie spełniają formalnych wymagań zawartych w ogłoszeniu) nie zmienia charakteru samego ogłoszenia. Owszem, sytuacja wykonawcy w postępowaniu w sprawie zamówienia jest znacznie lepsza w stosunku do jego pozycji na gruncie przetargu opartego na KC z uwagi na możliwość korygowania niezgodnych z przepisami działań (lub zaniechań) zamawiającego, jednak nie prowadzi do nadania ogłoszeniu innego charakteru.

Można zatem przyjąć, że ogłoszenie o zamówieniu stanowi zawiadomienie o chęci zawarcia umowy, ale nie oświadczenie woli jej zawarcia. Może o tym świadczyć chociażby brak możliwości nakazania przez Krajową Izbę Odwoławczą dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej lub zawarcia umowy. Gdyby intencją ustawodawcy było (odmiennie niż na gruncie KC) nadanie ogłoszeniu charakteru oświadczenia woli, konieczne byłoby wprowadzenie dalszych regulacji pozwalających na wyegzekwowanie wynikających z niego skutków prawnych.

Istotnym czynnikiem, który skłania do podjęcia dalszych pogłębionych rozważań na temat różnic w zakresie skutków prawnych ogłoszenia jest regulacja dotycząca unieważniania postępowania. Ustawodawca polski przyjął dwojaki sposób zakończenia postępowania, poprzez zawarcie umowy albo unieważnienie postępowania. Przepisy ustawy PZP zawierają zamknięty katalog przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania, przyznając kompetencję do dokonania takiej czynności wyłącznie zamawiającemu, co oznacza, że nie może takiej czynności dokonać np. KIO lub Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Brak swobody w zakończeniu postępowania uznać należy za znaczne ograniczenie zasady swobody umów nieznanie prawu cywilnemu w zakresie w jakim reguluje zasady prowadzenia przetargu.

Ostatnim z grupy ustawowych granic swobody umów poddanych analizie było zagadnienie formy umowy w sprawie zamówienia publicznego i ustalenie jej znaczenia w kontekście granic swobody umów jest zagadnieniem, które w prawie zamówień publicznych nabiera szczególnego znaczenia. Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w odniesieniu do formy umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi istotny wyjątek od zasady swobody formy wyrażonej w art. 60 KC. Doniosłość formy w jakiej musi zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego może być wynikiem troski o pewność obrotu w kontekście źródeł finansowania zamówień publicznych. Innym powodem bezwzględnego wymogu zachowania formy do ważności umowy jest bezpieczeństwo transakcji.

Chociaż w żadnym z przepisów ustawy PZP ustawodawca nie odnosi się wprost do zasad współzycia społecznego, nie można pominąć ich znaczenia w kontekście granic swobody umów w prawie zamówień publicznych.

W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, szczególnie tych, które służą wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej. Wymóg ten rozumiany jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku, będzie miała znaczenie również przy ocenie treści umów w sprawie zamówień publicznych. Za naruszenie tych zasad należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy.

Przepisy ustawy PZP formułują zasady udzielania zamówień publicznych. Każda z zasad doznaje wyjątków jednak ich wymiar nie pozbawia ich roli norm prawnych lub zasad nadrzędnych. Ich pobieżna już analiza prowadzi do wniosku, że stanowią one istotny wyznacznik dla interpretacji przepisów przez co w dużej mierze oddziałują także na swobodę w jakiej operują strony umowy. Jest to widoczne w orzecznictwie Izby, która odmieniając zasady zamówień publicznych przez wszystkie przypadki wyznacza jednocześnie granice swobody kontraktowania.

Trzecim ograniczeniem swobody zawierania i kształtowania stosunku zobowiązaniowego, wymienionym w art. 353<sup>1</sup> KC, jest „właściwość (natura) stosunku”. Ponieważ nadanie jej treści stanowiło w teorii prawa nie lada wyzwanie, właściwa analiza została poprzedzona wyjątkowo detaliczną analizą na gruncie teoretycznym i aksjologicznym. Ten wątek stał się niezmiernie interesujący w kontekście rozważań opartych na prawie

zamówień publicznych. Wydaje się bowiem, że to co niewidoczne lub słabo zarysowane na gruncie prawa cywilnego, staje się wyraźne na gruncie prawa zamówień publicznych.

Właściwość (natura) umowy w sprawie zamówienia powinna być odczytywana przez pryzmat definicji zamówienia publicznego, ale również, jeśli nie przede wszystkim, w nawiązaniu do publicznego celu świadczeń nabywanych przez zamawiającego oraz jej znaczenia dla realizacji celów wyznaczonych przez prawo unijne (m.in. jako gwarancja swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług). W piśmiennictwie przyjmuje się, że podstawy aksjologiczne, wartości prawa zamówień publicznych nie tylko odpowiadają celom tej regulacji, lecz są również odzwierciedleniem roli, jaką państwo chce spełniać w dzisiejszej gospodarce. W ten sposób na pierwszy plan wysuwa się cel ochronny, czyli zabezpieczenie środków publicznych przed niecelowym i nieracjonalnymi ich wydatkowaniem (marnotrawieniem).

Stąd też istotny wniosek, że w prawie polskim natura umowy o zamówienie wynika w dużej mierze z jej publicznoprawnego pierwiastka związanego z publicznym charakterem wydatków zamawiającego oraz interesem publicznym, który jest przez niego reprezentowany. Drugim niewypowiedzianym wprost w ustawie, ale szeroko analizowanym w piśmiennictwie elementem jest interes publiczny, który łączy się przede wszystkim z samym celem transakcji zmierzającym do efektywnego zaspokojenia oznaczonych potrzeb zbiorowych. W tym kontekście wyrazem tej zasady na etapie przetargowym jest wymóg takiego ukształtowania warunków zamówienia, aby zagwarantować efektywną realizację zadań publicznych. Dlatego poszukiwania natury stosunku prawnego jako granicy swobody umów o zamówienia publiczne należy dokonywać w nawiązaniu do charakterystycznego celu w jakim umowy takie są zawierane.

To co z punktu widzenia prawa cywilnego nazywamy ograniczeniami, z punktu widzenia rynkowego lub szerzej, ekonomicznego może być rozważane w kategoriach gwarancji. Z tego powodu analizie poddano wolność gospodarczą jako czynnik kształtujący pozalegislacyjną treść stosunku zobowiązaniowego określonego mianem umowy w sprawie zamówienia. Doprowadziła ona do wniosków, że aby urzeczywistnić zasady gospodarki rynkowej jako element wolności gospodarczej konieczne jest wspieranie swobody konkurencji. Zasada wolności gospodarczej stanowi podstawę dla realizacji podstawowych zasad systemu zamówień publicznych (np. zasady uczciwej konkurencji, równości), co zapewnia realizację zasady demokratycznego państwa prawnego, a tym samym wiąże się z budowaniem zaufania do państwa poprzez przestrzeganie odpowiednich procedur i zapewnienie równego traktowania



wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zasada ta i wynikające z niej prawa i obowiązki przedsiębiorców stanowią swoistą gwarancję udziału wykonawców w rynku zamówień publicznych jako jednego z rodzajów aktywności w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

Wyrażony w art. 17 ust. 1 PZP obowiązek dążenia przez zamawiającego do zapewnienia najlepszej jakości i najlepszych efektów zamówienia nie ma charakteru bezwzględnego, jednak podobnie jak w przypadku innych zasad wyrażonych w Dziale 1 Rozdziale 2 ustawy PZP jako część przepisów ogólnych, stanowi kierunek wykładni innych przepisów ustawy PZP. Niewyrażona dotąd wprost, acz widoczna zasada została w ustawie PZP podniesiona do rangi zasad ustawowych, jednak jej wymiar nie pozwala na przyznanie jej roli zasady współzycia społecznego. Dlatego została ujęta w kontekście natury stosunku prawnego i jako taka doskonale wpisuje się w tę właśnie granicę swobody umów. Wyznaczając bowiem kierunki działań zamawiających wpływa na kształt przyszłej umowy w warstwie zasadniczej i materialnej.

Na zakończenie analizie poddano trwałość stosunku prawnego jako element jego natury. Stanowiła ona jednak wstęp do rozważań na temat przyznania lub odmowy przyznania trwałości umowy w sprawie zamówienia charakteru granicy swobody umów wynikającej z jej natury. Wydaje się bowiem, że przywołane wyżej argumenty są na tyle wyczerpujące, że można je uznać za kompletne. Pozostaje tylko ich ocena w kontekście art. 353<sup>1</sup> KC, która prowadzi do wniosku, że trwałość umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest w systemie prawa zamówień publicznych na tyle silnie zarysowana, aby nadać jej znaczenie samodzielnej naturalnej granicy swobody umów. W tym miejscu należy sformułować warunkowy postulat *de lege ferenda*, który wskazuje na konieczność przyjęcia odpowiednich regulacji ustawowych nadających umowie dodatkowy walor trwałości, jeśli rzeczywiście intencją prawodawcy było wzmocnienie więzi łączących strony poprzez wyposażenie jej w dodatkowy czynnik trwałości. Bez takiej dodatkowej regulacji prawnej nie można bowiem na ten moment uznać trwałości za cechę immanentną umów w sprawie zamówienia publicznego jako takiej. Stanowi ona wskazówkę w zakresie kształtowania treści umowy w kontekście dopuszczalności jej rozwiązania w sytuacji, gdy dalsze niezakłócone wykonywanie zamówienia jest możliwe.

Ostatnim ogniwem poszukiwań granic swobody umów była analiza granic faktycznych, które polegają na istnieniu rozmaitych zjawisk o charakterze prawnym lub pozaprawnym, które ograniczają rzeczywistą swobodę podejmowania decyzji przez jedną lub obie strony zawierające umowę.

W pierwszej kolejności pod rozważenie wzięto mechanizmy rynkowe, które wpływają na decyzje o udziale w runku kontraktów publicznych. Istotną rolę odgrywa także zjawisko faktycznej nierównorzędności stron zawierających umowę. W prawie zamówień publicznych elementem sytuującym strony w różnej pozycji kontraktowej są różne motywy zawarcia, a przez to nie zawsze zbieżny będzie cel ich działania. Przeprowadzona analiza poparta badaniami potwierdza tezę o istnieniu i silnym oddziaływaniu faktycznych granic swobody umów na rynku zakupów publicznych. Zjawisko nierówności stron jest w gospodarce wolnorynkowej uznawane za naturalne. Jednak na gruncie prawa zamówień publicznych można pokusić się o sformułowanie tezy, że równość stron umowy w sprawie zamówienia ma w dużej mierze charakter formalny. Materialna równość stron jest natomiast „wymuszana” wieloma rozwiązaniami legislacyjnymi, wzbogacającymi z biegiem lat katalog ustawowych granic swobody umów, co tylko potwierdza faktyczną ich nierówność. Faktyczna granica swobody umów może polegać na przewadze ekonomicznej jednej strony nad drugą. W konsekwencji nierówności stron może dojść do takiego ukształtowania stosunków i relacji na etapie zawierania umowy, że udział strony słabszej w jej zawarciu ograniczy się do zaakceptowania proponowanej przez stronę silniejszą treści umowy lub jej odrzucenie (skutkujące niezawarciem umowy w ogóle).

Kolejnym, istotnym faktycznym ograniczeniem swobody umów może być siła negocjacyjna stron umowy. W tym kontekście omówiono i przeanalizowano instytucję wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia oraz jej wpływ na faktyczną siłę negocjacyjną wykonawców. Badania ujawniły, że wykonawcy niezbyt często korzystają z możliwości zwrócenia się z wnioskiem o wyjaśnienie lub zmianę specyfikacji. Zazwyczaj wnioski wykonawców dotyczą elementów technicznych związanych z OPZ lub sposobem spełnienia świadczenia. Nieliczne tylko obejmują próby „negocjowania” treści przyszłej umowy, nawet w tych sytuacjach, gdy analiza treści PPU ujawniała, że są one niekorzystane dla wykonawcy lub nakładają na niego ryzyka niespotykane na rynku prywatnym. Może mieć to bezpośrednie powiązanie z kolejną ujawnioną faktyczną granicą swobody zawierania umów jaką jest czynnik nierówności wiedzy o prawnych i ekonomicznych skutkach umowy.

Powyższe rozważania mogą być istotne w realizacji postulatu przestrzegania wymogu spójności prawa, zarówno na poziomie legislacyjnym, jak i w ramach bieżącej wykładni trudniejszych przepisów, staje się wartością nadrzędną. Spójne stosowanie norm służy bowiem racjonalizacji, stabilności, bezpieczeństwu i przejrzystości prawa. Dotyczy to przede wszystkim regulacji procedur udzielania zamówień publicznych, a w szczególności konstrukcji

prawnej oferty przetargowej, wymagań samego przetargu, znaczenia prawnego negocjacji oraz skutków prawnych wyboru oferty najkorzystniejszej w kontekście dwustronnego obowiązku zawarcia umowy finalnej.

**Reasumując** można przyjąć, że swoboda umów uznawana jest za jedną z najbardziej doniosłych zasad prawa cywilnego, która sięga wszystkich jego części, choć szczególne miejsce znajduje w prawie zobowiązań. Określana jest niekiedy mianem serca systemu zobowiązań umownych. W prawie zamówień publicznych oznacza ona swobodę stron w nawiązywaniu stosunków cywilnoprawnych oraz w kształtowaniu ich treści, a tym samym w dobrowolnym (wynikającym z konsensu) przyjmowaniu na siebie obowiązków i wzajemnym przyznawaniu sobie skorelowanych z nimi uprawnień. Sama już istota zamówienia publicznego wpływa na potrzebę wprowadzenia optymalnych ograniczeń swobody kontraktowej, zarówno w odniesieniu do samych umów, jak i procedur poprzedzających ich zawarcie. Nie przekreślają one jednak swobody kontraktowej w rozumieniu kodeksowym, wyznaczając jedynie wyraźne jej granice, nieznane innym dziedzinom prawa.

Ograniczając swobodę umów, ustawodawca chciał chronić interes publiczny i ustanowić regulacje, które zapewniają właściwe gospodarowanie środkami publicznymi. Po pierwsze, na gruncie prawa zamówień publicznych nie jest zatem możliwy swobodny wybór kontrahenta, gdyż jego wybór może być dokonany jedynie przy zastosowaniu procedur ustawowych. Procedury te także są dokładnie opisane i co do zasady dzielą się na tryby przetargowe, przetargowo-negocjacyjne oraz bezpośredniego kontraktowania. Po wtóre ograniczeń doznaje kształtowanie samej treści umowy poprzez wprowadzenie nakazów i zakazów co do PPU, a pośrednio do samej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Granice swobody umów wypływają również z samej natury stosunku prawnego, którego najważniejszym elementem jest tzw. pierwiastek publicznoprawny i związana z nim efektywność ekonomiczna. Stąd też umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowi stosunek zobowiązaniowy o szczególnym charakterze, którego cechy wyznacza nie tylko sama szczególna definicja, ale cały system ograniczeń w kontraktowaniu, czyniąc ją coraz bardziej różną od innych umów w obrocie cywilnoprawnym. Na obecnym etapie, jak już wspomniano, za wcześnie na formułowanie wniosków o narodzinach nowej gałęzi prawa, jednak dalsze ograniczenia w zakresie zawierania i kształtowania umów w sprawie zamówienia być może spowoduje, że w przyszłości będziemy świadkami narodzin nowej gałęzi prawa zamówień publicznych ze wszystkimi konsekwencjami. Wydaje się, że przyszłość ta jest coraz mniej odległa.