

Warszawa 1 września 2024 r.

Dr hab. Włodzimierz Dzierżanowski  
Wydział Prawa i Administracji  
Uczelnia Łazarskiego

### **Recenzja pracy doktorskiej mgr Magdaleny Falkowskiej**

W związku z powołaniem na recenzenta w przewodzie doktorskim **mgr Magdaleny Falkowskiej** (temat pracy doktorskiej – „Granice swobody zawierania umów w sprawie zamówień publicznych”, promotor: dr hab. Maria Boratyńska), przedkładam niniejszą recenzję.

#### ***Struktura pracy***

Praca składa się z 8 rozdziałów, jest poprzedzona kompletnym wykazem skrótów i wstępem, zaś kończy się podsumowaniem i przedstawieniem wniosków.

Zawiera bibliografię o czytelnej strukturze tj z podziałem na publikacje wydane drukiem, wykaz pozycji dostępnych w internecie wykaz aktów prawnych analizowanych w pracy i wykaz orzecznictwa z podziałem na sąd lub organ który wydał orzeczenie.. Rozdziały podzielone są na mniejsze jednostki redakcyjne, z których niektóre zawierają kolejny stopień podziału (a w niektórych podział jest trójstopniowy). Uznaję, że takie rozwiązanie jest poprawne mimo iż zróżnicowany stopień podziałów zaburza nieco strukturę. Z praktycznego punktu widzenia, ze względu na różny stopień doniosłości zagadnień omawianych w poszczególnych rozdziałach, a tym samym różną szczegółowość rozważań – taka metodologia podziału jest uzasadniona. Umożliwia czytelnikowi odnalezienie tematyki którą jest szczególnie zainteresowany. Każdy rozdział rozpoczyna się wstępem prezentującym zagadnienia

których rozdział dotyczy, a kończy krótkim (być może nawet nieco zbyt krótkim) podsumowaniem. Decyzja o tym jak obszerne powinno być podsumowanie utworu lub jego części jest jednak zawsze jedną z trudniejszych decyzji dla autora. Z jednej strony istnieje bowiem potrzeba uniknięcia zbędnych powtórzeń, z drugiej zaś jest niezmiernie użyteczne gdy podsumowanie nie pomija żadnego istotnego wątku omawianego w utworze. Przedstawiona treść wstępów i podsumowań poszczególnych rozdziałów umożliwia zapoznanie się z istotą omawianego zagadnienia.

Poszczególne rozdziały mają zróżnicowaną długość. Najkrótsze z nich mają zaledwie po kilkanaście stron (cztery pierwsze rozdziały), zaś najdłuższy – 5, aż ponad 100 stron. Rozdziały pierwsze są jednak *sui generis* wprowadzeniem do tematu, zaś rozdział 5 jest to tzw. rozdział kluczowy dla omawianej tematyki i podobnie jak inne stricte merytoryczne rozdziały (6 i nast.) jest znacznie bardziej rozbudowany.

## Metodologia badań

W przypadku tej pracy przed oceną metodologii warto ocenić cel pracy. W zasadzie od chwili gdy zamówienia publiczne znalazły swe miejsce w systemie prawnym (czyli od 10 czerwca 1994 r) przyjmowano nieco bezrefleksyjnie, że po zawarciu umowy to przepisy Kc stanowią *clou* jej wykonywania. W czasie bezpośrednio poprzedzającym przygotowanie pracy doktorskiej pogląd ten za sprawą ustawodawcy unijnego i krajowego został istotnie zmodyfikowany. Przepisy o zamówieniach publicznych zaczęły „interesować” się realizacją umów, a zainteresowanie to w istotnej mierze dotyczy wytyczania granic swobody kontraktowej. Autorka trafnie to zauważa. Stara się odnaleźć granice swobody wyznaczone przez wszystkie przesłanki art. 353<sup>1</sup> Kc posługując się przy tym przyjętymi w nauce metodami badawczymi (historyczną dogmatyczną empiryczną). Wydaje się przy tym że właściwym z punktu widzenia celu (nie tylko naukowego, ale i praktycznego) jest utworzenie z obecnie obowiązującego prawa polskiego osi wokół której koncentrują się prowadzone rozważania, zaś prawo unijne, kontekst historyczny są dopełnieniem (żeby nie powiedzieć tłem) tej analizy.

Rozważania teoretyczno- prawne połączono z badaniem stanu faktycznego opartego o metody ilościowe i jakościowe. Nie będąc specjalistą w zakresie badań społecznych nie pokuszę się o ocenę trafności doboru prób do badań. Z opisu przedstawionego przez Autorkę wynika jednak, że nie była to próba przypadkowa a sposób doboru został przemyślany.

Do systematyki pracy nie zgłaszam uwag, Odpowiada ona zasadom przygotowywania obszernych opracowań naukowych.

### Wartość naukowa i poznawcza dysertacji

Pierwsze trzy (krótkie) rozdziały pracy w zasadzie wyłącznie nakreślenie tła, przedstawienie kluczowych dla dalszej analizy pojęć, a także zwięzłe przedstawienie poglądów prawniczych na temat ulokowania prawa zamówień publicznych w gałęzi prawa (cywilnego lub administracyjnego). Jest tam także krótki rys historyczny. Prawdziwej wartości pracy należy jednak poszukiwać w rozdziałach IV i następujących.

Ten rozdział rozpoczyna się przedstawieniem poglądów co do zakresu pojęć kluczowych dla tematu pracy - autonomia woli, swoboda umów, a także znaczenia najważniejszych przepisów prawa cywilnego dla rozważań o swobody umów - art. 353.1 Kc oraz art. 56 Kc. Trafnie przy tym autorka zauważa, że swoboda zawierania umów, to także swoboda ich modyfikacji, choć akurat ten wątek nie stał się (zgodnie z wolą autorki wyrażoną w rozdziałach wcześniejszych) istotą jej pracy. A trochę szkoda. Bo mimo iż wątek ten pojawia się w przepisach o zamówieniach publicznych od czasu przyjęcia nowych dyrektyw UE w roku 2014, to ciągle nie doczekał się naprawdę wyczerpującego omówienia.

Rozdział V to już rozważania o przepisach o zamówieniach publicznych sensu stricto i płynących z nich ograniczeniach w swobodzie kształtowania treści umowy. Trafnie wymienia się wśród nich kwestie zaliczkowania, wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonywania umowy, klauzul abuzywnych, podwykonawstwa w umowach

o roboty budowlane, obligatoryjnych postanowieniach umów. Trafnie też Autorka zwraca uwagę, że katalog ten nie jest jednorodny. Część z nich musi, a część jedynie może ale tylko w ramach określonych ustawą pzp bez prawa modyfikacji (wg wyboru Tak - Nie) być w wprowadzony do umowy o zamówienie publiczne.

I jak słusznie zauważa autorka to właśnie sposób stosowania norm o charakterze dyspozytywnym najmocniej odróżnia swobodę umów w rozumieniu prawa cywilnego, od tejże swobody w przepisach o zamówieniach publicznych. Stosowanie norm dyspozytywnych w pzp polega bowiem w zasadzie na tym prostym wyborze „stosuję - rezygnuję” podczas gdy w przepisach Kc w myśl zasady skoro można więcej (nie stosować) to znaczy że można też mniej, czyli stosować modyfikując.

Chyba nieco za szeroko autorka zajęła się opisem fazy przygotowania postępowania (planowania, określaniem warunków udziału i podstaw wykluczenia wykonawców, itp.). Oczywiście nie są to normy bez znaczenia dla omówienia swobody umów, która w swym szerokim znaczeniu może być traktowana także jako prawo swobodnego wyboru z kim (z podmiotem o jakich cechach) umowę zawrzeć, to jednak tematyka ta jest w literaturze dotyczącej udzielania zamówień na tyle dobrze omówione, że ich eksponowanie w pracy o innym celu - jakim jest swoboda treści umowy nie jest najszcześniejsze.

Znacznie wyżej oceniam zamysł powiązania ze swobodą umów kwestii sporządzania OPZ i kryteriów oceny ofert, mimo iż na pierwszy rzut oka także są to czynności fazy kontraktowej. Jednakże to właśnie od nich zależy w stopniu najistotniejszym to, co będzie przedmiotem umowy i jak będzie wykonywana. Autorka próbuje odpowiedzieć przy tym na kluczowe pytania - np. na ile swoboda umów co do jej materii często zamykana w pojęciu „uzasadnione potrzeby zamawiającego” pozwala na kształtowanie decyzji zakupowych zamawiających w kontrze do ochrony konkurencji i niedyskryminacji wykonawców. Mój pogląd na tą sprawę wydaje się nieco bardziej liberalny (by nie powiedzieć „prowykonawczy”) niż pogląd Autorki, która jeśli trafnie

go odczytuje raczej opowiada się za ochroną potrzeb zamawiających (publicznych), oczywiście jeśli nie są to potrzeby definiowane nonsensownie.

Nie wiem jednak, czy ustawa jakkolwiek chroni przed głupotą i nabywaniem nie tego co potrzebne. Podkreślanie w tym aspekcie swobody decyzji zamawiającego może okazać się ryzykowne.

Kolejne wątki rozdziału V to analiza procedur. I o ile trudno byłoby wskazać błąd w tych rozważaniach, to pewien niedosyt powstaje ze względu na zbyt wąską analizę tego co jest specyfiką przepisów o zamówieniach publicznych, a mianowicie połączenia wątków przetargowych z negocjacyjnymi w ramach jednej procedury - np. negocjacji z ogłoszeniem, bez ogłoszenia czy dialogu konkurencyjnego. O ile stosunkowo obszernie Autorka omawia procedury stricte przetargową, a także klasyczną procedurę negocjacyjną (z wolnej ręki) to brak wskazania jak powinny być rozkładane akcenty w procedurach mieszanych by z jednej strony wykorzystać stwarzaną przez nie możliwość swobody kształtowania umowy, a z drugiej zachować wymaganą konkurencyjność jest w mojej ocenie chyba największym niedociągnięciem pracy.

Pozytywnie oceniam natomiast fakt, iż Autorka dostrzega nieznaną prawu cywilnemu pojęcie ustawowe - „projektowane postanowienia umowy” i próbuje ustalić jego znaczenie. Zgadzam się z konkluzją Autorki, że praktyka doprowadziła do tego iż znaczeni tego pojęcia zbliżyło się bardzo do pojęcia „wzorzec umowy”, choć jak trafnie znów zauważa autorka - nieco różny zakres swobody w rozumieniu wiążącego charakteru tychże PPU widać w procedurach przetargowych a różny w negocjacyjnych. Trafne są dalsze rozważania Autorki - o znaczeniu instytucji związania postanowieniami ogłoszenia 9art 70<sup>1</sup> § 4 Kc, ale także zakresie swobody w kształtowaniu wzorca umownego. Mimo trafnych konkluzji co do ograniczonej swobody twórcy dokumentacji przetargowej w ustalaniu klauzul umownych, nie odnalazłem wprost wyrażonej jednej podstawy tego ograniczenia. Autorka skupiając się na ograniczeniach wprowadzanych z art. 353<sup>1</sup> Kc, oraz postanowień art. 431 i nast. Pzp nie sięga po zasadę proporcjonalności jako źródło ograniczenia, a wydaje się, że

art. 16 pkt 3) Pzp w związku z konstytucyjną regułą proporcjonalności, przy założeniu że zamawiający to w procedurach udzielania zamówienia emanacja Państwa jest jedną istotnych podstaw zakazu nadużywania swej pozycji przetargowej przez zamawiającego.

Słuszne, choć być może zbyt łagodnie wyrażone są poglądy Autorki o pewnej „nadregulacji” widocznej w ustawie Pzp przejawiającej się powielaniem norm Kc w tej ustawie. Przykładem na który w pracy zwrócono uwagę, jest moim zdaniem całkowicie zbędny, a nawet szkodliwy art. 431, który powiela (choć niestety innymi słowami, co może prowadzić do groźnych wniosków że ogranicza stosowanie) przepis art. 354 § 2 Kc. Nie mam uwag, do omówionych prawidłowo instytucji podwykonawstwa, klauzul obligatoryjnych i zabronionych, a także unieważnienia umowy. Może poza jedną – każda z tych instytucji może być przedmiotem odrębnej pracy, ale moje oczekiwanie ich detalicznego omówienia na pewno wykraczałoby poza to co w tych instytucjach ważne z racji tematu pracy, czyli swobody kontraktowej.

Rozdziały VI i VII to w zasadzie rozważania o art. 353<sup>1</sup> Kc. Rozważania te są w mojej ocenie trafne, nawiązują do problematyki zamówień publicznych. Najciekawsze (bo dotąd nieznanne) w nich jest to co Autorka uznaje za szczególną naturę stosunku prawnego wynikającą z faktu iż jest to stosunek wynikający z umowy o zamówienie publiczne (str. 290 i nast.). Wydaje się że Autorka przyjmuje za własne poglądy, że natura ta wywodzona jest z celu jakim jest efektywność wydatku publicznego oraz publicznoprawnych charakter wydatku. Szczęśliwie (w odróżnieniu od wielu znanych przypadków) jak przystaje na naukowca, Autorka dostrzega i dopuszcza także pogląd odmienny mianowicie prymat ochrony konkurencji nad oszczędnością w wydatkach. Bo w świecie nauki trzeba umieć się różnic pięknie. I tą umiejętnością doktorantki wysoko oceniam.

Rozdział VIII jest najciekawszy. Autorka rozpoczyna te rozważania o praktyce swobody kontraktowej od próby odpowiedzi na pytanie, która ze stron w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest stroną o pozycji silniejszej i słusznie zauważa, że mimo

wielu narzędzi dających przewagę (w tym w szczególności prawa do tworzenia wzorców dokumentów) nie zawsze jest to zamawiający. Siła finansowa, kompetencje, pozycja na tzw produktowym rynku właściwym, ale także szereg ukształtowanych zasad prawnych - np. zasada in dubio contra proferentem, to argumenty za twierdzeniem iż w wielu postępowaniach to jednak wykonawca jest stroną silniejszą skutecznie domagającą się ukształtowania postanowień umowy w sposób, który bardziej odpowiada jego potrzebom sprzedażowym niż potrzebom zakupowym zamawiającego. Podziela ten pogląd a argumentacja przytoczona przez Autorkę jest przekonująca. Pozycja wykonawcy w znacznej mierze zależy od tego czy posiada on status MSP czy dużego przedsiębiorcy (MSP z istoty rzeczy mają trudniej forsować własne oczekiwania co do kształtowania warunków przetargu.

A skoro w większości rozdziałów doszukuję się także braków -w tym przypadku zabrakło mi analizy na ile pozycja stron w postępowaniu zależy od trybu udzielania zamówienia i przesłanek ich stosowania. BY dać przykład najprostszy - w trybie udzielania zamówienia ze względu na prawo wyłączone wykonawcy - trudno spodziewać się by przewagę zyskał zamawiający.

Wszystkie powyższe rozważania o meritum pracy prowadzą mnie do wniosku, że mimo wykazywanych sfer nie w pełni omówionych, pracę uznaję za wartościową i wnoszącą szereg nowych przemyśleń do dorobku nauki o kontraktowaniu sektora publicznego.

Język, styl pracy, przypisy, bibliografia i źródła

Język, którym posługuje się Autorka jest na wysokim poziomie. Formułowane zdania są jasne i zrozumiałe. Co więcej – są to zdania proste a praca jest łatwa dla czytelnika. Kilka potknięć gramatycznych zawsze da się znaleźć. Mnie się udało np. na str. 184 w pierwszym zdaniu trzeciego akapitu.

Zawsze budzi także moje wątpliwości przenoszenie do przypisów treści merytorycznej. W pracy kilkakrotnie to się zdarza – np. oba przypisy na stronie 250 (tj przypis 744 i 745) pewnie mogłyby być co do swej treści przeniesione do tekstu pracy. Podobnie wcześniej przypis 316, czy później 915. Są to jednak drobiazgi, które nie wpływają na ocenę, że przypisy zostały sporządzone prawidłowo i wg jednego wzorca.

Bibliografię mogę tylko pochwalić, przede wszystkim ze względu na czytelny podział orzecznictwa na wyroki różnych sądów i właściwą kolejność ich umieszczenia. Co do wykazu aktów prawnych – Autorka zdecydowała się na ich podział jedynie na dwie kategorie – prawo unijne i prawo krajowe,, zaś w każdej z kategorii akty prawne ułożyła wedle daty ich uchwalenia nie dzieląc na rodzaje aktów. Nie czyniąc z tego zarzut, gdyż nie ma to wiążącej reguły – wydaje mi się że czytelniejsze jest rozpoczynanie od aktów wyższego rzędu, po nich dopiero umieszczanie aktów kolejnego rzędu

#### Wykorzystana literatura i orzecznictwo

Nie zgłaszam zastrzeżeń do wykorzystanej literatury. Autorka udowodniła, że wie kto dotychczas ujawnił w literaturze swoje zainteresowanie problematyką zamówień publicznych – w szczególności umów o zamówienie publiczne i wydaje mi się, że nie pominęła żadnej naprawdę istotnej pozycji z tego zakresu. Wykorzystana literatura to jednak nie tylko publikacje i artykuły naukowe z zakresu zamówień. To także piśmiennictwo dotyczące prawa cywilnego (nie do pominięcia przecież przy tak sformułowanym temacie pracy), ale też administracyjnego, konstytucyjnego czy handlowego. To także pozycje z zakresu socjologii, historii, etyki. Kilkanaście pozycji to literatura w językach obcych (głównie w j. angielskim co jest *sui generis* znakiem czasu, ale także w j niemieckim co warto docenić, gdyż związków prawa niemieckiego z polskim prawem cywilnym nie trzeba uzasadniać.. Zwracam też uwagę, na wykorzystanie orzecznictwo – w tym ponad 100 orzeczeń specjalistycznego organu tj Krajowej Izby Odwoławczej, która w tych wyrokach odnosiła się do zgodności



projektowanych postanowień umowy z prawem (w tym zarzutów przekroczenia zasady swobody kształtowania umów. Z drugiej strony – bogate orzecznictwo dotyczące sporów kontraktowych, w tym wpływające na linię orzeczniczą wyroki SN, nie tylko wprost dotyczące umów o zamówienie publiczne, ale także innych sfer życia gospodarczego, czy szerzej cywilnoprawnych stosunków.

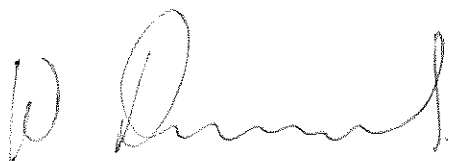
Chyba trochę zabrakło mi najstarszego orzecznictwa zapadającego w fazie kontraktowania tj orzeczeń Zespołów Arbitrów, które poprzedzały obecną Krajową Izbę Odwoławczą. Część ugruntowanych obecnie poglądów orzeczniczych znajduje tam swój początek. Może jednak autorka jest za młoda by po te dawne orzeczenia sięgać.

Przywołano za to najważniejsze orzeczenia TSUE w sprawie umów o zamówienia publiczne z kluczowym w sprawie wyrokiem o sygn. C - 454/06, który wyznaczył de facto granice zmienności umów o zamówienie publiczne podlegających prawu unijnemu. Można tylko żałować, że autorka pośpieszyła się ze skończeniem pracy ta, że nie zdążyła uwzględnić już poglądu TSUE w sprawie C - 652/22 dotyczącego podmiotowe swobody (swobody wyboru partnera kontraktowego) w unijnych zamówieniach publicznych.

Do pracy pewnie wniosłoby dodatkową wartość przeanalizowanie orzecznictwa innych krajów UE dotyczące ustalania granic swobody umów przy udzielaniu zamówień publicznych w oparciu o porządki prawne tych Państw. Takie analizy prawnoporównawcze są zawsze ciekawe. Z drugiej strony jednak, każda praca zawsze może być obszerniejsza – a mnożenie takich oczekiwań łatwo prowadzi do niemożliwego do osiągnięcia całkowitej kompleksowości ujęcia problemu i problemów powiązanych.

Wnioski końcowe

1. Autorka podjęła się obszernego zadania – przedstawienia i oceny przepisów o zamówieniach publicznych jako systemu który lokując się pomiędzy swobodą kontraktowania właściwą dla prawa cywilnego a regułami, stworzonymi w celu zapewnienia niedyskrecjonalnego modelu kontraktowania którym powinien posługiwać się sektor publicznych. Zadanie to wykonała dobrze. Widać dogłębną znajomość przedstawianej tematyki i różnorodności poglądów prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie na ten temat. Autorka przedstawia przy tym także własny pogląd na omawiane zagadnienia logicznie i spójnie argumentując, czemu w jej ocenie tak, a nie inaczej określona instytucja prawna powinna być postrzegana. Stosunkowo niewiele pojawia się natomiast postulatów *de lege ferenda*, ale zgodzić się trzeba z Autorką, że krótki czas jaki upłynął od ukształtowania większości przepisów które są podstawą przygotowania rozprawy sprawie iż jej zasadniczym celem jest raczej ocena stanu prawa niż propozycje jego modyfikacji
2. Autorka prawidłowo wykorzystuje literaturę przedmiotu i orzecznictwo.
3. Język nie wymaga poprawek,
4. Recenzowana rozprawa doktorska mgr Magdaleny Falkowskiej spełnia wymagania ustalone w przepisach prawa (w tym art. 187 ustawy z 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce) i może być przedmiotem dalszych czynności w przewodzie doktorskim.



Dr hab. Włodzimierz Dzierżanowski