

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji

**Granice swobody zawierania
umów w sprawie zamówień publicznych**

Rozprawa doktorska

Magdalena Falkowska

Praca przygotowana pod kierunkiem
naukowym
dr hab. Marii Boratyńskiej

Warszawa, czerwiec 2024

Spis treści

Spis treści.....	3
Wykaz skrótów.....	6
1. Skróty nazw źródeł prawa.....	6
2. Skróty nazw czasopism i publikatorów	7
3. Inne skróty	8
Wprowadzenie.....	10
1. Wstęp	10
2. Uzasadnienie podjęcia problematyki badawczej	12
3. Tezy badawcze.....	15
4. Metody badawcze	17
5. Systematyka pracy	22
I. Cywilnoprawne i administracyjnoprawne aspekty prawa zamówień publicznych	26
1. Wstęp	26
2. Uwagi na temat systemu zamówień publicznych	27
3. Publiczno- lub prywatnoprawny charakter prawa zamówień publicznych	28
4. Podsumowanie	37
II. Umowa w sprawie zamówienia publicznego	40
1. Wstęp	40
2. Znaczenie pojęcia „zamówienie publiczne”	40
3. Umowa nazwana czy nienazwana	58
4. Podsumowanie	61
III. Kształtowanie się zasady swobody umów w prawie zamówień publicznych	63
1. Wstęp	63
2. Swoboda umów w ujęciu historycznym	65
3. Ewolucja prawa zamówień publicznych w kontekście swobody umów	67
4. Podsumowanie	77
IV. Swoboda umów jako fundamentalna zasada prawa prywatnego.....	79
1. Wstęp	79
2. Znaczenie swobody umów w prawie cywilnym.....	79
3. Granice swobody umów	86
4. Podsumowanie	87
V. Ustawa jako granica swobody umów w sprawie zamówień publicznych.....	90

1. Wstęp	90
2. Ustawa jako granica swobody umów – zakres znaczenia pojęcia	90
3. Ustawowe granice swobody umów na etapie przygotowania postępowania	102
3.1. Uwagi wprowadzające	102
3.2. Warunki udziału w postępowaniu.....	105
3.3. Podstawy wykluczenia.....	111
3.4. Opis przedmiotu zamówienia	118
3.5. Kryteria oceny ofert	123
3.6. Uwagi końcowe	127
4. Ustawowe granice swobody umów na etapie prowadzenia postępowania.....	129
4.1. Tryb przetargowy jako podstawowe narzędzie zawierania umów	129
4.1.1. Uwagi wprowadzające.....	129
4.1.2. Procedury przetargowe i negocjacyjno – przetargowe w ustawie PZP – przegląd trybów	137
4.1.3. Konkurs jako procedura oparta na procedurach przetargowych	157
4.2. Tryby ograniczonej konkurencji	159
4.2.1. Uwagi wprowadzające.....	159
4.2.2. Zamówienia z wolnej ręki jako szczególny tryb zawarcia umowy.....	161
4.2.3. Uwagi końcowe	172
5. Ustawowe granice w zakresie kształtowania treści umowy przez zamawiającego ..	174
5.1. Uwagi wprowadzające	174
5.2. Charakter prawny projektowanych postanowień umownych.....	175
5.3. Regulacje szczególne ograniczające możliwość swobodnego kształtowania treści umowy	203
5.3.1. Zasada współdziałania stron umowy	203
5.3.2. Obowiązkowa treść umowy	216
5.3.3. Wpływ na podwykonawcę	222
6. Unieważnienie postępowania jako szczególny rodzaj ustawowej granicy swobody umów	235
7. Forma umowy w sprawie zamówienia jako granica swobody umów	245
8. Podsumowanie	251
VI. Zasady współzycia społecznego	254
1. Wstęp	254
2. Znaczenie pojęcia „zasady współzycia społecznego” – uwagi ogólne.....	255
3. Zasady współzycia społecznego w kontekście granic swobody umów.....	259
4. Zasady prawa zamówień publicznych jako zasady współzycia społecznego.....	263

5. Uzasadnione potrzeby zamawiającego	270
6. Inne przejawy zasad współżycia społecznego jak granicy swobody umów	272
7. Podsumowanie	275
VII. Natura stosunku prawnego – zagadnienia wstępne	277
1. Wstęp	277
2. Charakter natury stosunku prawnego jako granicy swobody umów	278
2.1. Poglądy doktryny na charakter właściwości (natury) stosunku prawnego	278
2.2. Próba podsumowania (stanowisko własne)	288
3. Właściwość (natura) stosunku prawnego w prawie zamówień publicznych	290
3.1. Kierunki poszukiwania natury umowy w sprawie zamówień publicznych jako granicy swobody umów – zagadnienia wstępne	290
3.2. Cel publicznoprawny jako źródło ograniczenia swobody zawierania umów w prawie zamówień publicznych	292
3.3. Wolność gospodarcza a zamówienia publiczne	301
3.4. Zasada efektywności ekonomicznej jako element ograniczenia zasady swobody umów.	309
4. Trwałość stosunku prawnego	318
5. Podsumowanie	323
VIII. Faktyczne ograniczenia swobody umów	326
1. Wstęp	326
2. Faktyczna nierównorzędność stron umowy	327
3. Siła negocjacyjna stron umowy w świetle ustawy PZP	332
4. Inne przejawy faktycznych granic swobody umów	335
5. Podsumowanie	337
Zakończenie oraz wnioski końcowe	339
Bibliografia	354
Wykaz stron internetowych	372
Wykaz aktów prawnych	373
Wykaz orzecznictwa	376

Wykaz skrótów

1. Skróty nazw źródeł prawa

dyrektywa 2014/24/UE - Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.)

dyrektywa 2014/25/UE - Dyrektywa 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.)

dyrektywa 2014/23/UE - Dyrektywa 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 1, z późn. zm.)

dyrektywa 2009/81/WE - Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76, z późn. zm.)

GPA - umowa międzynarodowa wielostronna z dnia 15 kwietnia 1994 r. – Porozumienie w sprawie zamówień publicznych. Marakesz.1994.04.15 (Dz. U. UE. L. z 1994 r. Nr 336, s. 273 z późn. zm.), zmienione Protokołem zmieniającym Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 68, s. 2)

Konstytucja RP - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 02.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)

TFUE - Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C Nr 326 z 2012 r.)

TUE - Traktat o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C Nr 326 z 2012 r.)

TWE-Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C Nr 321E z 2006 r.)

Ustawa PZP – ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.)

Ustawa PZP2004 – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)

2. Skróty nazw czasopism i publikatorów

AUMCS - Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska

AUL - Acta Universitatis Lodziensis

Dz.U. - Dziennik Ustaw

Dz.Urz. - Dziennik Urzędowy

Dz.U. UE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej

ECR - Zbiór Orzecznictwa Trybunału (European Court Reports)

KPP - Kwartalnik Prawa Publicznego

Kwartalnik PZP - Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych

MoP – Monitor Prawniczy

NP - Nowe Prawo

OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna

OSP - Orzecznictwo Sądów Polskich

OTK – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

PB – Prawo Bankowe

PiP - Państwo i Prawo

PNUEWr - Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

PPH - Przegląd Prawa Handlowego

PPHZ - Problemy Prawne Handlu Zagranicznego

PPUW - Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego

Pr. Sp. - Prawo Spółek

PS - Przegląd Sądowy

PUG – Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego

Rej. - Rejent

RPEiS - Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny

SC - Studia Cywilistyczne

SIL - Studia Iuridica Lublinensia

SIS - Studia Iuridica Silesiana

SP – Studia Prawnicze

SPE - Studia Prawno-Ekonomiczne

TPP - Transformacje Prawa Prywatnego

ZNUJ - Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

ZNUŁ - Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego

ZNUMK - Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

ZNIBPS - Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego

ZP Doradca - Zamówienia Publiczne Doradca

3. Inne skróty

art. - artykuł

BIP – Biuletyn Informacji Publicznej

BZP – Biuletyn Zamówień Publicznych

cyt. – cytowany

ETS – Europejski Trybunał Sprawiedliwości

KIO lub **Izba** - Krajowa Izba Odwoławcza

KE – Komisja Europejska

MŚP – mikro-, małe i średnie przedsiębiorstwa

niepubl. – niepublikowany

Nr - numer

NSA – Naczelny Sąd Administracyjny

op. cit. - z cytowanego dzieła

PE – Parlament Europejski

Por. - porównaj

PPU – projektowane postanowienia umowne

Prezes UZP – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Przyp. – przypis

Pt. – pod tytułem

RP – Rzeczpospolita Polska

s. - strona

SA – Sąd Apelacyjny

SN – Sąd Najwyższy

SO – Sąd Okręgowy

SIWZ – specyfikacja istotnych warunków zamówienia

SWZ – specyfikacja warunków zamówienia

SPI – Sąd Pierwszej Instancji

TSUE, TS lub **Trybunał** -Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

UE – Unia Europejska

ust. - ustęp

UZP – Urząd Zamówień Publicznych

WSA – Wojewódzki Sąd Administracyjny

wyr. - wyrok

Wprowadzenie

1. Wstęp

„Rosnące znaczenie problematyki umów o zamówienia publiczne łączy się przede wszystkim z różnymi trudnościami wynikającymi z licznych ograniczeń swobody kontraktowej, które są usprawiedliwione przede wszystkim ochroną interesu publicznego oraz koniecznością zachowania dostatecznej efektywności transakcji finansowanych ze środków publicznych (...).” Tak R. Szostak rozpoczyna swoją monografię poświęconą umowom w sprawie zamówień publicznych¹, poruszając jednocześnie jedną z najistotniejszych kwestii dotyczących granic swobody umów w zamówieniach publicznych, czyli problematykę pierwiastka publicznego w umowie cywilnoprawnej, który nadaje jej szczególnego charakteru. Zasada swobody umów i jej ograniczenia mają w prawie zamówień publicznych szczególne znaczenie stając się gwarantem swobody kontraktowania z jednej strony i strażnikiem interesu publicznego oraz uczciwej konkurencji z drugiej.

Zasadniczo w doktrynie przyjmuje się, że umowa w sprawie zamówienia publicznego korzysta z zasady swobody kontraktowej wyrażonej w prawie cywilnym, którą jednak ograniczają przepisy samej ustawy PZP. Ograniczenia te wynikają przede wszystkim z potrzeby ochrony interesów publicznych². Dlatego zidentyfikowanie zakresu swobody umów w prawie zamówień publicznych i wyznaczenie jej granic wymaga odniesienia się nie tylko do treści samych przepisów ustawy PZP, ale również – a może przede wszystkim - do celu i specyfiki samej regulacji.

Niniejsza rozprawa poświęcona jest problematyce granic swobody zawierania umów w sprawie zamówień publicznych oraz granic swobody kształtowanie ich treści. To ostatnie zagadnienie ograniczone zostało do wpływu stron na kształt i treść umowy w momencie jej zawarcia. Zagadnienia dotyczące zmian umowy były już przedmiotem rozważań doktrynalnych, również opracowań o charakterze monograficznym³, z tego

¹ R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 7.

² R. Szostak, *O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych*, w: M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Warszawa 2019, s. 9.

³ Np. G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016; P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019; a także H. Wysoczański, *Prawo do zmiany oraz polecenie zmiany treści umowy o roboty budowlane w świetle warunków FIDIC*, Warszawa 2017.

względu oraz z uwagi na ich szeroki zakres nie zostały omówione w dalszej części rozprawy.

Rozważaniom mającym na celu poszukiwanie elementów zasady swobody umów i określanie granic tej swobody z norm prawa zamówień publicznych nie zostało do tej pory poświęcone opracowanie o charakterze monograficznym. Materia ta ma jednak istotne znaczenie nie tylko dla teorii prawa cywilnego, ale i dla praktyki. Służy uporządkowaniu wyrażonych przez normy prawa zamówień publicznych kwestii dotyczących przysługującej zamawiającemu i wykonawcy swobody umów, przyczyniając się do poszerzenia opisowego ujęcia tej zasady prawa. Kompleksowe przedstawienie granic swobody umów w prawie zamówień publicznych może okazać się również pomocne w procesie stosowania prawa, w szczególności przyczynić się do ograniczenia nadużyć przy formułowaniu treści PPU 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.

Główne obszary badawcze wyznaczone zostały przez granice swobody umów wskazane w art. 353¹ 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 publicznego⁴.

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

⁴ Zagadnienie charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego zostało rozwinięte w Rozdziale I rozprawy.

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 społecznych⁵.

2. Uzasadnienie podjęcia problematyki badawczej

Zagadnienie granic swobody zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego jest przedmiotem zainteresowania wielu autorów⁶. Jednak temat ten pomimo fundamentalnego znaczenia w kontekście cywilnoprawnego charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego nie doczekał się kompleksowego opracowania.

Jak wskazuje R. Szostak ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych, wynikające z coraz liczniejszych i bardziej obszernych aktów prawnych i rozmaitych aktów administracyjnych oraz wzmożony nadzór i kontrola administracyjna, przesądziły o wyraźnej specyfice tych umów na tle kontraktów majątkowych zawieranych w obrocie powszechnym⁷. Swoistość uregulowań prawa zamówień publicznych powoduje, że można podjąć próbę wyznaczenia granic swobody umów właściwych dla wszystkich umów w sprawie zamówienia publicznego uwzględniając ich specyfikę - co stało się zasadniczym i wiodącym zagadnieniem rozprawy.

Bez wątplenia umowa w sprawie zamówienia publicznego, pomimo tego, że przynależy do umów cywilnoprawnych cechuje się znaczną specyfiką, która związana jest ze szczególnym celem jakiemu służy samo wykonanie zamówienia publicznego – celem publicznym, podyktowanym interesem publicznym⁸. Ograniczenia swobody umów w prawie zamówień publicznych obejmują każdy etap procedury wyboru kontrahenta,

⁵ Szerzej na ten temat W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, Rozdział I pkt 4.

⁶ M.in. R. Szostak, *Umowy...*, P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, G. Klich, *Zmiana umowy...*

⁷ R. Szostak, *Umowy...*, s. 9.

⁸ Należy podkreślić, że pojęcie interesu publicznego w prawie krajowym ma charakter niejednorodny. M. Wyrzykowski w: *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 207, uważa, że treść kategorii interesu publicznego może się zmieniać w zależności od przedmiotu regulacji prawnej. W rezultacie, mówi się wówczas o „kontekstowym znaczeniu pojęcia interesu publicznego” – nabiera ono treści dopiero w zestawieniu z konkretną sytuacją faktyczną. Por. również: W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, s. 118; A. Wilczyńska, *Interes publiczny w prawie stanowionym oraz orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, PPH 2009, Nr 6, s. 48. E. Modliński, *Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1932, s. 65; W.A.R. Leys, *The Relevance and Generality of „the Public Interest”*, w: C.J. Friedrich (red.), *The Public Interest*, Nowy Jork 1962, s. 255.

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 rozwiązania), a także ingerencji KIO. Złożoność tych zagadnień powoduje, że w zasadzie cała regulacja ustawy PZP jawi się jako zbiór przepisów nakreślających granice swobody umów⁹, znacznie wyraźniejsze niżli te nakreślone w KC.

Ewolucja prawa zamówień publicznych w kontekście granic swobody umów (przede wszystkim w obszarze zawierania umów oraz kształtowania treści umowy) widoczna jest nie tylko w ujęciu historycznym, ale jest procesem, którego rozwój dokonuje się w ostatnich latach. W momencie podjęcia przeze mnie tematu granic swobody zawierania umów w sprawie zamówień publicznych w aspekcie cywilnoprawnym polskie prawo zamówień publicznych regulowane było przez ustawę PZP2004. Już wówczas ustawa dostarczała wielu interesujących zagadnień do analizy w kontekście zasady swobody umów. Wydawało się, że obowiązujące wówczas przepisy oraz prezentowana ich interpretacja wskazywały na zbliżenie umowy w sprawie zamówienia publicznego, w kontekście wpływu na jej treść, do koncepcji wzorców umownych¹⁰. Jeszcze bardziej interesująca w tym kontekście była problematyka adhezyjności.

Na gruncie ustawy PZP2004 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

⁹ Tak np. A. Gawrońska – Baran, *Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne*, Warszawa 2014 r., s. 17.

¹⁰ Tematyka ta zostanie przybliżona w Rozdziale V rozprawy. Już w tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że przybliżenie umów do koncepcji wzorców umownych ma charakter bardziej praktyczny niż prawny. Pomimo, że sama konstrukcja prawna określająca zasady sporządzenia istotnych postanowień umownych lub wzorców umów, nie wskazuje na znaczne ich podobieństwo do regulacji odnoszących się do wzorców, to praktyka wskazywała niekiedy, że brak odpowiednich mechanizmów korygujących powodował, że wykonawca (który w tym kontekście był uznawany za stronę słabszą) nie miał żadnego wpływu na treść umowy.

niezbyt przychylnym spojrzeniu w kierunku rynku publicznego przez wykonawców, którzy mogli swobodnie bez niego funkcjonować.

Zwracano na nie uwagę już w Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych, sporządzonej przez Urząd Zamówień Publicznych i Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii w 2018 r.¹¹ wskazując, że procedura zawarcia umowy ogranicza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ KC, a wykonawcy przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają ograniczony wpływ na kształtowanie treści umowy. Zamawiający narzuca wzorzec umowy¹² w przygotowanej dokumentacji postępowania. Wykonawcy mogą wnosić o zmianę postanowień umownych, jednak z obserwowanej praktyki wynika, że rzadko spotyka się to z akceptacją zamawiających¹³. Potencjalni oferenci dysponują również ograniczoną możliwością kwestionowania postanowień umownych na drodze odwoławczej. Znaczna część orzecznictwa KIO wskazywała, że przepisy ustawy PZP2004 nie zawierały jednoznacznej podstawy prawnej pozwalającej na zaskarżenie kwestionowanych przez wykonawców postanowień umownych. Dlatego w ocenie autorów Koncepcji dalsza ingerencja ustawodawcy powinna być nakierowana na lepsze zapewnienie realizacji zasady uczciwej konkurencji, w szczególności ochrony wykonawcy jako słabszej strony stosunku umownego. W ślad za Koncepcją w ustawie PZP pojawiły się nowe przepisy, dotyczące niedozwolonych postanowień umownych oraz obowiązkowych elementów umowy w sprawie zamówienia publicznego uzupełnione o wyraźną podstawę prawną do wniesienia odwołania wobec treści projektowanych postanowień umowy.

W wyniku zmian przepisów i zastąpienia ustawy PZP2004 r. nową regulacją (ustawą 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

¹¹ Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, s. 54 (dostęp: 20.03.2022 r.).

¹² Użycie terminu „wzorzec umowy” należy odczytywać w świetle obowiązku przygotowania przez zamawiającego projektu umowy, istotnych jej postanowień, które przybierając często formę wzoru umowy. W tym kontekście wydaje się, że autorzy nie nawiązują do kodeksowego znaczenia terminu wzorzec umowy. Zagadnienia wzorców w kontekście ustawy PZP zostaną przedstawione w dalszej części rozprawy.

¹³ Tezy takiej nie potwierdzają jednak przeprowadzone badania, z których wynika, że to wykonawcy niezbyt często sięgają po możliwość zwrócenia się o wyjaśnienie lub o zmianę treści PPU; nie można wykluczyć, że jest to spowodowane wcześniejszymi negatywnymi doświadczeniami wykonawców wskazującymi na niechęć zamawiających w dokonywaniu zmian.

przyszłej umowy przedmiotem analizy stało się potwierdzenie, czy wprowadzone regulacje są dostatecznie skuteczne, aby zapewnić osiągnięcie zakładanego celu, czyli wyrównania pozycji 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 PPU w wielu sytuacjach nie przekłada się dostatecznie na praktykę. Od wejścia w życie nowych przepisów 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 okrzeple. Pomimo tego już na tym etapie poza nieśmiałym postulatem wzmożenia edukacji uczestników rynku w zakresie znaczenia zasady swobody umów dla ich interesów, pomalutką można pokusić się o sformułowanie wniosków i kierunków dalszych zmian.

3. Tezy badawcze

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.

Zasadniczymi celami niniejszej pracy 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 zawarty 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.

W związku z tym analiza granic swobody umów przeprowadzona zostanie z poszanowaniem kodeksowego podziału na granice ustawowe, wyznaczone zasadami współżycia społecznego oraz naturą stosunku prawnego. Kompleksowy charakter regulacji oraz często techniczny jej charakter, które wpływają na obszerność ustawy PZP nie

pozwalają na detaliczne ujęcie i opisanie każdej instytucji prawa zamówień publicznych na każdym etapie postępowania. Niemniej jednak, niniejsza rozprawa może stać się przyczynkiem do dalszych analiz poszczególnych obszarów prawa zamówień publicznych również z punktu widzenia granic swobody umów, a w konsekwencji również kierunków zmian legislacyjnych. 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.

Ponieważ ustawa PZP nie posługuje się pojęciem zasad współżycia społecznego, wyznaczając jednak katalog zasad, według których powinni postępować uczestnicy postępowania w sprawie zamówienia, poszukiwanie kolejnej grupy granic swobody umów rozpocząć należy wśród zasad postępowania. Z jednej strony wyczerpująca regulacja zasad postępowania może skłaniać do wniosku, że wszystkie intencje ustawodawcy zostały wyrażone wprost, jednak bardziej szczegółowa analiza orzecznictwa oraz praktyki wskazuje, że poza zasadami wyrażonymi wprost w przepisach można wymienić również te niewyrażone lecz wyznaczające granice swobody stron umowy w sprawie zamówienia.

Kolejnym zagadnieniem jest sklasyfikowanie zidentyfikowanych granic swobody umów i próba ich przyporządkowania do grup wymienionych w art. 353¹ 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. 353¹ KC granice swobody umów (ustawa, zasady współżycia społecznego, właściwość stosunku prawnego) są właściwe tylko dla tych umów, a na ile mają one charakter uniwersalny.

Ostatnim zagadnieniem wynikającym z analiz powyższych jest 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.

4. Metody badawcze

Respektując zasadę podporządkowania metodologii badań ich problematyce¹⁴ rozprawa została oparta o trzy metody badawcze: dogmatyczną, empiryczną i historyczną. Zasadniczą zastosowaną metodą badawczą jest metoda dogmatyczna – polegająca na ustaleniu stanu norm obowiązującego prawa kształtujących instytucję umowy w sprawie zamówienia publicznego przy uwzględnieniu charakterystycznych dla rynku zamówień publicznych źródeł prawa. 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.

¹⁴ S. Nowak, *Metodologia badań społecznych*, Warszawa 1985, s. 47.

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, SN a także sądów administracyjnych oraz TSUE. Ze względu na tematykę rozprawy, przedmiotem zainteresowania były kwestie związane z projektowanymi postanowieniami umów oraz wyjaśnieniami treści SWZ, w zakresie dotyczącym projektowanych postanowień umownych. Naturalną podstawą rozważań jest dorobek literatury polskiej oraz judykatury, w szczególności orzecznictwo KIO. Nie wkraczając na ścieżkę skomplikowanej i szeroko omówionej w doktrynie tematyki statusu i miejsca KIO w polskim systemie sądowym, bez wątpienia jej orzeczenia pełnią rolę orzeczeń pierwszoinstancyjnych. Pomimo tego to właśnie orzeczenia KIO w najwyższym stopniu oddziałują na praktykę stosowania ustawy PZP.

Badania empiryczne zostały przeprowadzone na podstawie poniższej metodologii. Zidentyfikowano dwa zasadnicze obszary badawcze obejmujące zagadnienia związane z analizą faktycznej roli wykonawcy w procesie kształtowania PPU oraz jego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiających w przedmiocie treści PPU. 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 PPU lub ich doprecyzowania.

Celem badania było udzielenie odpowiedzi na pytanie o rolę procedury przewidującej możliwość składania przez wykonawców wniosków o wyjaśnienia treści SWZ, jako mechanizmu wpływu na treść PPU. Zagadnienie obejmuje szerszy aspekt, czyli wykorzystywanie tych mechanizmów jako sformalizowany element *quasi* negocjacyjny, który miałby zastąpić negocjacje w najczystszej formie znane prawu cywilnemu z art. 72 KC i prawu zamówień publicznych jako element procedury w zamówieniu z wolnej ręki. Zakładanym efektem badania jest uzyskanie obrazu faktycznego wykorzystania mechanizmów ustawowych mających na celu „wyrównanie” pozycji stron umowy zawieranej z wykorzystaniem PPU m.in. odpowiedzi na poniższe pytania badawcze.

Czy wykonawcy wykorzystują możliwość wnioskowania o wyjaśnienie treści SWZ jako narzędzia zmierzającego do negocjacji treści przyszłej umowy. Jeśli odpowiedź na tak postawione pytanie będzie pozytywna, dalsze badanie dotyczyć będzie ustalenia w jakim zakresie narzędzie to jest wykorzystywane, jakich zagadnień najczęściej dotyczą wnioski o wyjaśnienie i czy w wyniku wniosków wykonawców zamawiający zmieniają treść PPU. Jako uzupełnienie powyższych zagadnień posłuży ustalenie, czy wykonawcy wykorzystują możliwość składania odwołań w stosunku do treści PPU jako narzędzia zmierzającego do zmiany treści PPU.

Uzupełniająco analizie poddano publikowane w postępowaniach PPU 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.

Wybrana metoda badania dokumentów, w swojej zasadniczej istocie polega na gromadzeniu, selekcji, opisie i naukowej interpretacji interesujących dla badania faktów. Jest to więc analiza polegająca na opisie i interpretacji konkretnych elementów i dokonań w procesie konkretnego działania¹⁵. Analizie poddano dokumenty zamówienia ponad stu postępowań przetargowych (prowadzonych z zastosowaniem trybów konkurencyjnych opartych na zasadach przetargowych). Każde z postępowań było analizowane z uwzględnieniem poniższych pytań pomocniczych.

W zakresie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ dotyczyły one ustalenia zakresu i sposobu korzystania przez wykonawców z mechanizmu wniosków o wyjaśnienie treści

¹⁵ J. Apanowicz, *Metodologiczne elementy procesu poznania naukowego w teorii organizacji i zarządzania*, Gdynia 2000, s. 101-102.

SWZ, w szczególności udzielenie odpowiedzi na pytanie jak często wykonawcy korzystali z tej możliwości oraz czego dotyczyły zapytania wykonawców. W dalszej kolejności ocenie poddano sposób udzielania wyjaśnień przez zamawiających oraz ich skłonności do zmiany treści SWZ, w szczególności PPU w wyniku wniosków o wyjaśnienia lub zmianę.

W przedmiocie treści umowy badania obejmowały dwa zagadnienia dotycząc dwóch nowych granic swobody umów, tj. obowiązkowych od 2021 r. postanowień regulujących zasady zmiany wynagrodzenia wykonawcy w toku realizacji umowy oraz zakazanych od 2021 r. klauzul obarczających wykonawców nadmiernym ryzykiem związanym z wykonywaniem umowy (tzw. klauzule abuzywne). Badaniu poddano sposób formułowania postanowień umownych w kontekście zgodności z przepisami i duchem ustawy PZP; dodatkowo w przypadku, gdy PPU nie wpisywały się w wymogi ustawowe zbadano sposób reakcji wykonawców na stwierdzone nieprawidłowości.

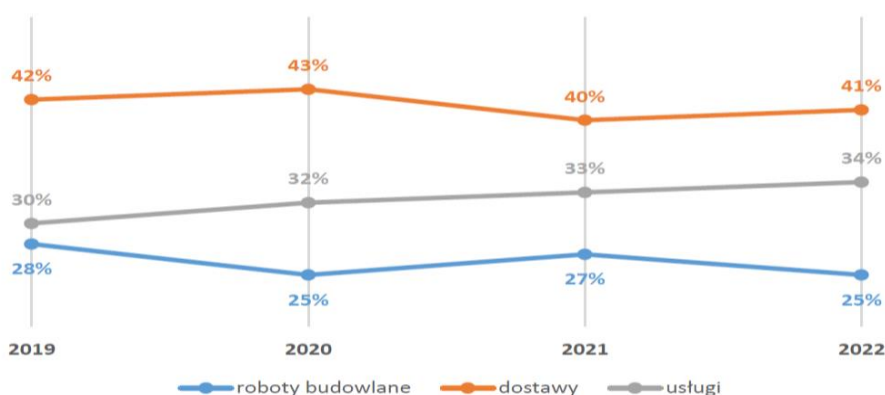
Przyjęta formuła odpowiada modelowi badań jakościowych, których celem jest nie tylko zaobserwowanie pewnych zjawisk, ale detaliczne zbadanie ich treści i zakresu. Stąd badanie treści samej umowy zostało ograniczone do dwóch aspektów tj. kar umownych oraz klauzul waloryzacyjnych. Przyjęcie takiego ograniczenia 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. Pierwsza to zawarte w art. 433 oraz art. 436 pkt 3 ustawy PZP ograniczenia w zakresie kształtowania postanowień odnoszących się do kar umownych, wpływające znacząco na sposób zastrzegania takich kar. Druga to zawarta w art. 439 oraz art. 436 pkt 4) lit b) ustawy PZP regulacja nakazująca wprowadzanie do umów w sprawie zamówień klauzul waloryzacyjnych. Dwa nowe zagadnienia nie doczekały się jeszcze należytej im uwagi doktryny, prawdopodobnie z uwagi na krótki czas obowiązywania, stały się jednak języczkiem u wagi praktyki, na co wskazuje coraz większa liczba orzeczeń KIO dotyczących ww. kwestii.

Prawidłowy dobór próby jest warunkiem sukcesu każdego badania. Dlatego dobór próby został ustalony z uwzględnieniem jej wielkości oraz możliwości sformułowania wniosków. Jak wynika z ostatnich publikowanych danych w 2021 r. z zastosowaniem

procedur określonych w ustawie PZP udzielono w Polsce 129 662 zamówienia publiczne¹⁶, w roku 2022 było ich 143 891¹⁷. Badaniem objęto natomiast nieco ponad sto postępowań. Wielkość próby nie pozwala zatem na przyjęcie założenia, że jej losowy dobór odzwierciedli strukturę rynku i nadanie badaniom cech ilościowych.

W takiej sytuacji właściwe jest dokonanie celowego doboru próby, który pozwoli na wyciągnięcie konkretnych wniosków nawet jeśli nie będą one oparte na badaniu całego rynku. *W badaniu jakościowym dobór uczestników jest zawsze celowy i podporządkowany przedmiotowi badania.*¹⁸ Dobór celowy (ang. *purposive sampling*) to nieprobabilistyczna metoda doboru próby, niekiedy nazywany próbą ekspercką. Do próby celowej dobierano postępowania w sposób subiektywny tak, by były one najbardziej użyteczne lub reprezentatywne. Zdecydowano, że do próby zostaną dobrane postępowania przetargowe na dostawy, usługi i roboty budowlane, w ilości proporcjonalnej do udziału tych postępowań w zamówieniach udzielonych w 2022 r. tj. 41 postępowań w przedmiocie dostaw, 34 postępowania na usługi i 25 postępowań, których przedmiotem są roboty budowlane.

Rys. 5. Struktura liczby udzielonych zamówień w podziale na rodzaj zamówienia



Źródło: Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r.¹⁹.

¹⁶ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r. <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrow>, s. 7 (dostęp 06.04.2023 r.).

¹⁷ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r. <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>, s. 6 (dostęp 07.12.2023 r.).

¹⁸ D. Maison, *Jakościowe metody badań marketingowych. Jak zrozumieć konsumenta*, Warszawa 2010, s. 29.

¹⁹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r. <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>, s. 22 (dostęp 07.12.2023 r.).

Struktura próby dla poszczególnych rodzajów zamówień również została dobrana celowo. W tym wypadku decydującym czynnikiem była potrzeba porównywalności danych tj. możliwość ustalenia zachowań uczestników rynku. Wyznacznikiem stał się przedmiot zamówienia i kategoria zamawiającego. W postępowaniach na usługi wybór padł na zamówienia w przedmiocie odbioru lub zagospodarowania odpadów komunalnych prowadzonych przez gminy lub ich związki. Dla dostaw wybrano dostawy sprzętu komputerowego z uwagi na ograniczony krąg wykonawców oraz podobieństwa w sposobie opisanego przedmiotu zamówienia. W zamówieniach na roboty budowlane wybór padł na zamówienia w obszarze budowy lub remontu dróg gminnych i powiatowych, sieci wodno-kanalizacyjnych, termomodernizację oraz zamówień związanych z budową lub przebudową obiektów kubaturowych współfinansowanych w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych. Taki dobór próby pozwala na zaobserwowanie badanych zjawisk na określonych rynkach i wyeliminowanie wielu zmiennych, które mogą mieć wpływ na ocenę.

W związku z pojawieniem się wielu nowych wątków odnoszących się do prawa krajowego, których omówienie stało się konieczne w celu wyczerpania podjętego tematu, w rozprawie nie podjęto badań prawnoporównawczych przewidywanych na etapie założeń poczynionych w 2019 r. Odstąpienie od analiz prawnoporównawczych na rzecz rozszerzenia badań empirycznych miało na celu przedstawienie problematyki związanej z nieznanymi dotychczas prawu zamówień publicznych regulacjami np. waloryzacji wynagrodzenia lub tzw. klauzul abuzywnych w ujęciu aksjologicznym i praktycznym.

5. Systematyka pracy

Niniejsza praca 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 przybliżyły 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. Z uwagi na złożoność tematyki oraz jej obszerność wywody natury ogólnej przeplatają się z odniesieniami do prawa zamówień publicznych, tak aby nakreślić najważniejsze obszary poszukiwania ustawowych granic swobody umów. 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 rozprawy²⁰ podobnie jak szersze rozważania związane z ograniczeniami związanymi z możliwością rozwiązania umowy. Przepisy ustawy PZP wprowadzają szcążkowe 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.

²⁰ Tematyka ta była przedmiotem szerszych rozważań podjętych m.in. przez P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy ...*, a także G. Klich, *Zmiana umowy ...*

I. Cywilnoprawne i administracyjnoprawne aspekty prawa zamówień publicznych

1. Wstęp

Współczesne państwo na wielką skalę dokonuje zamówień różnych dóbr i usług²¹. Konieczne staje się zatem usystematyzowanie zasad i form ich realizacji szczególnie, że są one związane z aktywnością państwa w zakresie redystrybucji środków publicznych. To z kolei prowadzi do powstania i rozwoju potrzeby stworzenia systemu zamówień (zakupów) publicznych rozumianego jako zbiór zasad i przepisów, które regulują zachowanie uczestniczących w nim podmiotów i określają ich prawa i obowiązki. Odwołanie do pojęcia „system zamówień publicznych” znajdujemy w wielu publikacjach²², publicznych wystąpieniach, oficjalnych dokumentach, a nawet w samej ustawie PZP²³.

Jednak uwagi dotyczące znaczenia tego pojęcia odnoszą się do głębszego spojrzenia na prawo zamówień publicznych jako element prawa cywilnego albo prawa administracyjnego, lub szerzej prawa prywatnego albo prawa publicznego. Dyskusja na ten temat toczy się od lat, a wnioski prezentowane w doktrynie nie są jednorodne. Za wstęp do dalszych rozważań niech posłużą spostrzeżenia R. Szostaka, że niewątpliwie ustawy PZP nie stanowi regulacji samodzielnej, wyczerpującej problematykę, choćby tylko na tyle, aby można było zasadnie konstruować odrębną dyscyplinę prawa.²⁴ Jej mieszany charakter podyktowany został przede wszystkim zróżnicowaną naturą objętych nią instrumentów: cywilnoprawnych (dotyczących procedur kontraktowania oraz samej umowy), administracyjnych (dotyczących kontroli) oraz karnych.

²¹ J. Pokrzywniak, J. Baehr, T. Kwieciński, *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice 2006, s. 6.

²² M. Królikowska-Olczak, *Zasada uczciwej konkurencji na tle nowej regulacji zamówień publicznych*, *Kwartalnik PZP* 2021, nr 2, s. 21.

²³ Np. zgodnie z art. 469 pkt 4 ustawy PZP Prezes UZP dokonuje analiz funkcjonowania systemu zamówień. Pojęcie to jest używane przez wielu autorów cytowanych w niniejszej rozprawie np. H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, w: H. Nowicki, J. Sadowy (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, Toruń-Warszawa 2009; H. Nowicki, *Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce*, w: J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013; A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013.

²⁴ R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, *Kwartalnik PZP* 2013, nr 4, s. 15.

2. Uwagi na temat systemu zamówień publicznych

Posługując się li tylko treścią ustawy PZP, pojęcia „systemu zamówień publicznych” nie sposób wypełnić treścią. Z pomocą idzie zatem doktryna, w której trwa dyskusja na temat jego zakresu znaczeniowego. Zwolennicy szerokiego rozumienia systemu wskazują na konieczność objęcia nim wszystkich umów zawieranych z wykorzystaniem procedur określonych w ustawie PZP, w tym umów koncesji oraz umów partnerstwa publiczno-prywatnego. Pozwala to, w ich ocenie, na wyodrębnienie systemu prawa zamówień publicznych w systemie prawa polskiego obejmującego całą grupę umów zawieranych w celu zaspokojenia interesu publicznego²⁵. Stronnicy wąskiego rozumienia tego sformułowania utożsamiają prawo zamówień publicznych z ustawą PZP i ograniczają pojęcie systemu do zamówień w rozumieniu art. 7 pkt 32 ustawy PZP; co również w ich ocenie daje podstawę do ukształtowania systemu prawa zamówień publicznych w systemie prawa, w mniejszym wszakże rozmiarze²⁶. System zamówień publicznych w znaczeniu wąskim uznać należy za bardziej spójny i jednorodny już chociażby z uwagi na charakter regulacji.

Doktryna posługuje się pojęciem „systemu zamówień publicznych” rozumianym jako zbiór regulacji wpływających na udzielanie i realizowanie zamówień. Bez wątplenia jednak słowo „system” nie jest tu używane w ujęciu jakie przypisuje się systemowi prawa jako takiemu (obejmującemu podsystemy prawa prywatnego i publicznego). Prawo zamówień publicznych klasyfikowane jest tu – w zależności od przyjętych założeń w zakresie jego przynależności - jako element prawa prywatnego należący do szeroko pojętego prawa cywilnego lub jako część prawa publicznego, co jednak bezspornie nie może być uznane za system prawa. Pojęcie „systemu” należy zatem odnosić do znaczenia słownikowego jako pewien całościowy i uporządkowany zespół zadań powiązanych ze sobą określonymi stosunkami, w szczególności logicznym stosunkiem wynikania²⁷. Dlatego pojęcie „systemu zamówień publicznych” należy rozumieć jako zbiór aktów prawnych regulujących materię zamówienia publiczne (system prawa zamówień publicznych) oraz zasobów ludzkich, instytucjonalnych finansowych składających się na efektywne nabywanie dóbr na cele publiczne. Tak rozumiany system realizuje określone

²⁵ H. Nowak, *Nowe Prawo zamówień publicznych a system prawa zamówień publicznych. Integracja systemu* w: M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro...*, s. 158.

²⁶ Zob. H. Nowicki, *Prawo zamówień ...*, s. 87 i n., H. Nowicki, *Podstawy prawne systemu...*, s. 55 i n.

²⁷ M. Stręciwilk, *Nowe Prawo zamówień publicznych a system zamówień publicznych*, ZP Doradca 2021, nr 1, s. 10.

cele np. efektywne i przejrzyste wydatkowanie środków publicznych, a także niedyskryminacyjny charakter zakupów.

W obliczu toczącej się od lat w doktrynie dyskusji o przynależności prawa zamówień publicznych do prawa prywatnego bądź prawa publicznego, niezbędne wydaje się poprzedzenie właściwej analizy, dotyczącej wolności umów w sprawie zamówienia, omówieniem charakteru prawnego samej umowy w sprawie zamówienia. Dopiero jednoznaczne potwierdzenie, że umowa taka wykazuje wyłączny bądź przeważający związek z prawem prywatnym, uzasadnia dalsze rozważania na temat umowy z perspektywy podstawowej instytucji prawa prywatnego jaką jest zasada swobody umów. Z kolei siła związku prawa zamówień publicznych z prawem publicznym wpływać będzie na realizację zasady swobody umów i wyznaczanie jej granic. Dlatego zagadnienie styku prawa prywatnego i publicznego jest tu tak istotne.

Jako punkt wyjścia posłuży spostrzeżenie *H. Nowickiego*, że we współczesnym systemie prawa mamy coraz częściej do czynienia z regulacjami z zakresu pogranicza dotychczas ukształtowanych gałęzi prawa, dlatego „gałęziowe” podejście do prawa zamówień publicznych może być problematyczne²⁸. Już jedno tylko zdanie ujawnia, że rozważania na ten temat mogłyby posłużyć jako osobna tematyka rozprawy doktorskiej. Dlatego poniżej, zagadnienie to, pomimo swojej złożoności zostanie przedstawione jedynie w zarysie, w zakresie niezbędnym dla określenia charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Publiczno- lub prywatnoprawny charakter prawa zamówień publicznych

Przyjmuje się, że rozróżnienie prawa prywatnego i publicznego jest dorobkiem jurysprudencji rzymskiej. Same pojęcia pojawiają się w tekstach pochodzących z II i I wieku p.n.e. np. Terencjusza, Cyncerona i Tytusa Liwiusza²⁹. Dokładniejszy podział prawa na publiczne i prywatne po raz pierwszy przeprowadził rzymski prawnik Ulpian Domitius,

²⁸ H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda*, w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 19.

²⁹ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1999, s. 27.; A. Dębiński: *Rzymskie prawo prywatne: kompendium*, Warszawa 2007, s. 29.

w Digestach Justyniana (D.1,1,6,1). Jego podział opierał się na ustaleniu interesu, któremu służą określone przepisy czyli tzw. kryterium interesu. Prawem publicznym jest to prawo, które ma na uwadze interes państwa, zaś prawem prywatnym jest to prawo, które ma na uwadze interes jednostki³⁰. Gdyby pozostać przy tak uproszczonym markerze należałoby umowę w sprawie zamówienia uznać za element prawa publicznego, gdyż jej zawarcie związane jest najczęściej z realizacją celu publicznego. Jednak, jak słusznie zauważa Z. Gordon, teoria interesu nie może stanowić miarodajnego kryterium dla dyferencjacji systemu prawa i przypisania określonych instytucji oraz konstrukcji prawnych do prawa administracyjnego albo do prawa cywilnego³¹. Na pewno nie może być jedynym kryterium. Jest to szczególnie widoczne w prawie zamówień publicznych, gdzie interes publiczny uosabiany przez zamawiającego nie stoi w opozycji do interesu prywatnego wykonawcy, a sama ustawa PZP ma za zadanie ochronę obu. Stąd konieczność poszukiwania innych determinant dla rozróżnienia prawa prywatnego i publicznego.

Na przestrzeni XIX i XX wieku przyjmowano nieco odmienne kryteria podziału prawa na publiczne i prywatne. Według kryterium podmiotowego prezentowanego przez E. Bierling, F. Somlo, normy prawne regulujące stosunki między państwem i obywatelami oraz między organami państwowymi tworzą prawo publiczne, natomiast normy dotyczące stosunków między obywatelami składają się na prawo prywatne. Z kolei G. Jellinek w oparciu o kryterium przedmiotowe (metody regulacji) do prawa publicznego zaliczał przepisy odnoszące się do takich stosunków, w których jedna strona ma jakieś uprawnienia władcze wobec drugiej. Prawo prywatne odnosiło się zaś do stosunków równorzędnych podmiotów. Współcześnie wyróżnia się również inne kryteria, np. kryterium typu podmiotowego, typu techniczno-legislacyjnego oraz typu funkcjonalnego³² jednak ich szczegółowa analiza nie została podjęta z uwagi na zakres rozprawy.

Powyższe kryteria w ocenie jednych uzupełniają się wzajemnie, inni zwracają uwagę, że częściowo się wykluczają, bez wątpienia jednak na ich podstawie można odczytać linię podziału prawa na publiczne i prywatne³³. Żadne z nich nie okazało się na

³⁰ Ulpian pisał: *Prawem publicznym jest to, które dotyczy stanu państwa rzymskiego, prawem prywatnym jest to, które dotyczy interesu poszczególnych osób, istnieje bowiem interes publiczny i prywatny.*

³¹ Z. Gordon, *O typologicznej kwalifikacji umów w sprawach zamówień publicznych*, Kwartalnik PZP 2013, nr 3, s. 5.

³² Z. Radwański, M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I*, Warszawa 2012, s. 35–37.

³³ Należy podkreślić, że poszczególne przytoczone wyżej kryteria pozostają dyskusyjne, a dyskusja związana jest częściowo ze zmianami charakteru władzy publicznej, metody jej działania więzi obywatela z państwem.

tylko precyzyjne i niezawodne, aby umożliwiło w każdym przypadku dokonanie dychotomicznego i rozłącznego podziału na prawo prywatne i prawo publiczne.

Nie wchodząc w szczegóły dotyczące przyjętych kryteriów rozróżnienia nie ulega wątpliwości, że jednym z najistotniejszych rysów współczesnego prawa w Europie jest utrzymujący się podział prawa na publiczne i prywatne³⁴. Warto przypomnieć, że w doktrynie pojawiają się głosy, że podział ten jest tylko pewną konwencją, która w żadnym wypadku nie może być uznana za jedynie możliwą lub też za jedynie prawdziwą³⁵. Nie zmienia to jednak faktu, że rozróżnienie takie jest przydatne w dalszych rozważaniach na temat charakteru prawa zamówień publicznych oraz w konsekwencji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na potrzeby dalszych przemyśleń, w celu ich uproszczenia i syntezy zasadniczym wyznacznikiem podziału na prawo publiczne i prywatne jest wzajemna relacja podmiotów stosunków prawnych w kontekście równości ich pozycji kontraktowej. Jest on w mojej ocenie najbardziej adekwatny dla oceny charakteru samej umowy w sprawie zamówienia publicznego, chociaż nie przesądza wprost o charakterze samego prawa zamówień publicznych.

Prima face nie sposób wskazać, czy prawo zamówień publicznych przynależy do prawa publicznego, czy prawa prywatnego. Dlatego co do jego publiczności – lub prywatnoprawnego charakteru doktryna nie jest jednolita. Ścierają się w niej trzy poglądy. Pierwszy wskazuje na publicznoprawny charakter prawa zamówień publicznych powołując się na cel przepisów jakim jest ochrona interesu publicznego. Drugi (przeciwny) kierunek wskazuje na jego prywatnoprawny charakter przede wszystkim z powodu równorzędności stron umowy w sprawie zamówienia oraz ustawowego odesłania do stosowania przepisów KC. Trzeci z kierunków, który można określić mianem pośredniego wskazuje, że prawo zamówień publicznych stanowi element prawa publicznego, posługujący się prywatnoprawną metodą regulacji.

Z uwagi na to, że określając charakter prawa zamówień publicznych można obrać aż trzy drogi, nie sposób jednoznacznie wskazać, czy mamy do czynienia z prawem

³⁴ H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 240.

³⁵ Tak np. Z. Radwański, M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I*, Warszawa 2012, s. 34; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 243 oraz K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, PiP 2009, Nr 7, s. 72 oraz tenże, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 206. Nie przeszkadza to w określaniu kryteriów podziału prawa. Tradycyjnie podstawą podziału było kryterium przedmiotowe, zwane również kryterium interesu – normy prawa publicznego to te, które odnoszą się do interesu ogólnego, a normy prawa prywatnego – do interesu jednostkowego (indywidualnego).

publicznym, czy prawem prywatnym. Tymczasem prawidłowa kwalifikacja jest ważna dla ustalenia zakresu przepisów znajdujących zastosowanie i rozumienia siatki pojęciowej, a w rezultacie wykładni i stosowania przepisów prawa zamówień publicznych³⁶. Przykładowo, przyjęcie, w związku z celami zamówień publicznych zorientowanymi na ochronę interesu publicznego, że mamy do czynienia z regulacją publicznoprawną, wymusza, zdaniem niektórych autorów, propubliczną wykładnię przepisów poświęconych poszczególnym instrumentom, także tym z zakresu prawa cywilnego (prywatnego)³⁷. Niewiadomo jednak, jak dalece miałyby sięgać taka wykładnia. W szczególności w kontekście tematu niniejszej rozprawy powstaje pytanie, czy uznanie, że prawo zamówień publicznych należy do prawa publicznego, a w konsekwencji, że powinna być stosowana wykładnia propubliczna, ma pociągać za sobą konieczność restrykcyjnej wykładni przepisów dotyczących treści oferty, czy treści samej umowy w sprawie zamówienia, w celu najszerszego uwzględnienia „interesu publicznego”³⁸, co wpływać będzie na określenie granic swobody zawierania i kształtowania treści umowy. Pytanie to pozostaje otwarte, a poszukiwanie odpowiedzi na nie pozostawić należy zwolennikom tezy o publicznoprawnym charakterze prawa zamówień publicznych.

Za prywatnoprawnym charakterem prawa zamówień publicznych opowiada się wielu komentatorów, jednak w znacznej części ich ocena sprowadza się do kategorycznych stwierdzeń na temat przynależności prawa zamówień publicznych do prawa prywatnego lub niekiedy cywilnego³⁹. Centralnym punktem rozważań jest art. 8 ustawy PZP (dawny 14 ustawy PZP2004), który w sprawach nieuregulowanych w przepisach ustawy PZP odsyła do zastosowania KC.⁴⁰ *M. Jaworska* podkreśla, że nawet jeśli określone zamówienie

³⁶ Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, Kwartalnik PZP 2012, Nr 3, s. 31 oraz P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, s. 2.

³⁷ R. Szostak, *Zakres i struktura...*, s. 16. Inną konsekwencją miałby być obowiązek dochodzenia roszeń przez zamawiającego – w świetle reguł prawa prywatnego, tymczasem ochrona interesu indywidualnego zależy tymczasem w pełni od swobodnej woli uprawnionego. Por. R. Szostak, *Umowy...*, s. 28–29.

³⁸ Podobne rozważania przedstawia P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, s. 2-4, w kontekście zmian umów w sprawie zamówienia publicznego.

³⁹ P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 70, którzy wskazują, że system zamówień publicznych jest częścią prawa cywilnego, argumentując to okolicznością, że zarówno czynności dokonywane w toku postępowania, jak i umowy będące rezultatem postępowania mają charakter cywilnoprawny. Za cywilnoprawnym charakterem umowy opowiadają się również jednoznacznie J. Nowicki i A. Bazan w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1039; W. Dzierżanowski, *Prawo do sądu w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018, s. 183; I. Skubiszak-Kalinowska i E. Wiktorowska w: *Prawo zamówień publicznych Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1068.

⁴⁰ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 93 i n., wskazuje, że odesłanie do KC pozwala na bezpośrednie przeniesienie jego przepisów do postępowania, co w sprawach wątpliwych czy wręcz nieuregulowanych jednoznacznie, przesądza o kierunku interpretacji czy o sposobie dokonywania czynności.

udzielane jest przez organ administracji, nie występuje on w procesie jego udzielania w pozycji władczej wobec wykonawcy (właściwej dla prawa administracyjnego), lecz ma obowiązek w pierwszej kolejności stosować przepisy PZP, a w zakresie w nich nieuregulowanym – przepisy KC⁴¹. Bardziej wnikliwej analizy zagadnienia podjął się Z. Gordon⁴² powołując się szeroko na stanowisko doktryny⁴³ i orzecznictwa⁴⁴. Podkreśla, iż relacja norm o charakterze *lex generalis – lex specialis* może mieć miejsce tylko w obrębie przepisów systemowo jednorodnych, czyli przynależnych do tej samej gałęzi prawa, gdyż dopiero wówczas nabiera znaczenia związana z tym reguła kolizyjna.

Dla niektórych autorów cywilnoprawny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego jest wręcz oczywisty⁴⁵, z uwagi na odesłanie do stosowania przepisów KC oraz fakt, że już wybór najkorzystniejszej oferty tworzy właściwy dla prawa cywilnego stosunek obligacyjny pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, zobowiązujący obie strony do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴⁶. Zatem wykładnia tego stosunku, mającego cechy umowy przedwstępnej, jak i wykładnia ostatecznie zawartej umowy powinny być dokonywane z zastosowaniem przepisów KC, które mają w większości charakter norm *ius cogens*. J. Pieróg argumentuje, że stwierdzenie, iż do czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy KC ma ten skutek, że wobec tych czynności nie można stosować żadnych innych środków prawnych niż przewidziane w ustawie (pytania, wyjaśnienia, odwołanie, skarga do sądu powszechnego) oraz przewidziane w KC⁴⁷.

⁴¹ M. Jaworska w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 51.

⁴² Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania...*, s. 30–40 i powołana tam literatura.

⁴³ Np. S. Babiaryz w: S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 128; M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 82.

⁴⁴ Zwłaszcza stanowisko SN wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 27.02.2009 r., V CSK 337/08, LEX nr 488738, w którym wyraźnie stwierdzono, że: *wszczęcie procedury, przewidzianej w Prawie zamówień publicznych, prowadzącej do zawarcia umowy uruchamia postępowanie o charakterze cywilnoprawnym. Z kolei dla orzecznictwa pozasądowego miarodajna jest teza sformułowana w wyroku KIO z 06.06.2012 r., KIO 1014/12, Legalis nr 496101, zgodnie z którą: udzielanie zamówień publicznych można rozpatrywać wyłącznie w kategoriach niewładczych form działania administracji publicznej, a interes publiczny w tym wypadku jest zlatwiany za pomocą środków cywilnoprawnych.*

⁴⁵ M. Jaworska w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s. 52.

⁴⁶ Ten ostatni pogląd jest dyskusyjny i stanowi osobne zagadnienie będące również przedmiotem zainteresowania doktryny i interesującej dyskusji. Jedynie dla przykładu można wskazać na R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 163 i n. oraz R. Szostaka, *Umowy...*, s. 15.

⁴⁷ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 128-129, autor dodaje, że odesłanie do KC jest niezbędne, gdyż przez wiele lat istniały na ten temat różne zdania, zarówno wśród praktyków zamówień publicznych, jak i teoretyków prawa. Powołuje się na wyrok SO w Warszawie z 20.01.2004 r., V Ca 2344/03, niepubl., stwierdzając, że nie budzi żadnych wątpliwości, iż ustawa o

Na szczególną uwagę zasługuje stanowisko wyrażone przez *J. Jerzykowskiego*, który nawiązując do długoletniej tradycji prawnej⁴⁸ wskazuje, że ustawodawca określa umowę w sprawie zamówienia publicznego jako stosunek cywilnoprawny. Zwraca też uwagę, że stosowanie przepisów KC do umów w sprawie zamówienia publicznego następuje wprost, a nie odpowiednio, co sytuuje ustawę PZP jako *lex specialis* w stosunku do regulacji KC. Autor podkreśla, że „(...) *adaptacja ogólnych reguł z KC na grunt zamówień publicznych powinna następować z uwzględnieniem właściwości (natury) stosunku prawnego powoływanego do życia w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielanie zamówienia publicznego.*” Zaznacza jednak, że nie zawsze reguły wypływające z KC będą przystawać do sytuacji wyznaczonych rygoryzmem formalnym prawa zamówień publicznych⁴⁹. Inaczej *J. Krysa*, który wskazuje, że obowiązek stosowania przepisów KC wprost wiąże się aksjologicznie z przynależnością prawa zamówień publicznych do prawa prywatnego, co przesądza o homogeniczności regulacji ustawy PZP i KC⁵⁰.

Stanowisko takie potwierdzono w orzecznictwie⁵¹. Na szczególną uwagę zasługuje tu stanowisko SN wyrażone w wyroku z dnia 10.04.2003 r., III CNK 1320/00, że udzielenie i realizacja zamówień publicznych następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych⁵². W konsekwencji przyjąć należy, że reżimowi zamówień publicznych podlegać będą tylko umowy cywilnoprawne, co tym samym wyklucza świadczenie dostaw, usług lub robót budowlanych na innej podstawie, np. na podstawie porozumienia administracyjnego, z mocy przepisów prawa, decyzji administracyjnej czy wyroku sądu⁵³.

zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym (proceduralnym), nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów KC, ale wręcz nakazuje je stosować.

⁴⁸ Kształtowanej przez ustawę z dnia 10.06.1994 r., o zamówieniach publicznych, przez ustawę PZP2004, aż do art. 8 ustawy PZP.

⁴⁹ *J. Jerzykowski* w: *W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych Komentarz*, Warszawa 2021, s. 1035.

⁵⁰ *J. Krysa, Prawo właściwe dla umów realizowanych w trybie zamówień publicznych*, Warszawa 2019, s. 27.

⁵¹ Np. wyrok SN z 27.02.2009 r., V CSK 337/08, LEX nr 488738; wyrok SA w Warszawie z 08.10.2014 r., VI ACa 1660/13, LEX nr 1567106; wyrok SA w Łodzi z 20.06.2013 r., IACa 80/13, LEX nr 1342287; wyrok SO we Wrocławiu z 15.06.2005 r., II Ca 512/05, niepubl.; postanowienie NSA z 27.09.2011 r., II GSK 1842/11, LEX nr 1367196; wyrok WSA w Warszawie z 03.07.2007 r., V SA/Wa 172/07, Lex nr 368193. Inaczej: wyrok SN z 13.09.2001 r., IV CKN 381/00, OSNC 2002, nr 6, poz. 75; wyrok SN z 13.01.2004 r., V CK 97/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 34.

⁵² OSNC Nr 7-8 poz. 112.

⁵³ Por. *Przeniesienie własności nieruchomości jako forma wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego* <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/przeniesienie-wlasnosc-nieruchomosci-jako-forma-wynagrodzenia-wykonawcy-zamowienia-publicznego> (dostęp 12.12.2022).

Za publicznoprawnym, a ściślej administracyjnoprawnym charakterem regulacji opowiada się *J. Niczyporuk*⁵⁴, który wskazuje, że odesłanie do stosowania KC w sprawach nieuregulowanych w zakresie samego procesu udzielania zamówień jak i w zakresie umów nie przesądza o cywilnoprawnym charakterze umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jego zdaniem odesłanie to nie może również przystawać do konstrukcji zamówienia publicznego, ze względu na rygorystyczny formalny wymóg prawa zamówień publicznych podyktowany interesem publicznym.⁵⁵ W związku z tym należałoby raczej mówić o umowie administracyjnej (publicznej)⁵⁶.

Autor podkreśla, że instytucja umowy cywilnej nie może zastąpić umowy administracyjnej (publicznej) w zamówieniach publicznych, gdyż jej istota nie odpowiada występującym tutaj stosunkom administracyjnoprawnym, a ochrona sądu powszechnego (cywilnego) nie zapewnia niezbędnego wówczas poziomu kontroli administracji publicznej. Jako przykład modelowy podaje oparcie umowy administracyjnej (publicznej) w zamówieniach publicznych na typowym kontrakcie administracyjnym z prawa francuskiego⁵⁷. Wydaje się jednak, że prezentowany pogląd stanowi raczej postulat *de lege ferenda* niż rzeczywistą ocenę obecnego stanu prawnego.

Pogląd ten nie jest również zbieżny z ogólnym nurtem zwrotu w kierunku działań niewładczych administracji, do których należą również umowy cywilne. Wyrazem tego może być coraz częstsze zastępowanie dotychczas stosowanych form działań administracyjnoprawnych czynnościami z zakresu prawa cywilnego. Zjawisko to jest szczególnie widoczne w sferze gospodarczej, w zakresie świadczeń wykonywanych na rzecz społeczeństwa (np. dostawa wody, prądu). W związku z tym nie sposób zgodzić się

⁵⁴ Por. J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, w: E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk-Warszawa 2012, s. 35 i n.

⁵⁵ Jako argument wskazuje odwołanie do innych ustaw np. przepisów prawa budowlanego, które nie przesądza o przynależności prawa zamówień publicznych do tych gałęzi prawa. Warto nadmienić, że odesłania na jakie powołuje się autor nie ma już w ustawie PZP.

⁵⁶ W nauce prawa administracyjnego umowa publiczna definiowana jest jako dwustronna czynność prawna na podstawie, której organ administracji i niepodporządkowany mu podmiot prawa ustalają treść przysługujących im uprawnień lub wiążących je obowiązków (tak. Z. Cieślak w. Z. Cieślak (red.), *Nauka administracji*, Warszawa 2012). W prawie polskim nie istnieje umowa publicznoprawna w czystej postaci. W Niemczech umowa administracyjna służy wykonaniu norm prawnych prawa publicznego, zobowiązuje do wydania aktu administracyjnego lub podjęcia innej czynności władczej oraz określa publicznoprawne uprawnienie lub obowiązek obywatel, bądź zwalnia go z tego obowiązku. Ma ona charakter równorzędny wobec aktu administracyjnego, a niedopuszczalna jest wyłącznie wówczas, gdy wyraźnie nakazana jest w ustawie forma aktu administracyjnego.

⁵⁷ We Francji jest to umowa zawierana przez państwo i inne osoby prawne prawa publicznego z podmiotami prywatnymi, które mają na celu uzyskanie dóbr i usług o cechach użyteczności publicznej.

z zupełnie publicznoprawnym ujęciem prawa zamówień publicznych, chociaż nie można go całkowicie pominąć.

Zagadnienie publicznoprawnego charakteru zamówień publicznych było przedmiotem analiz wielu przedstawicieli doktryny⁵⁸, jednak większość z nich zwracała uwagę na te instrumenty systemu zamówień publicznych, które odnosiły się *stricte* do działań zamawiających lub zadań organów władzy publicznej, uznając że występowanie pierwiastka publicznoprawnego jest na tyle istotne, iż cała regulacja powinna być uznawana za element prawa publicznego. Nie da się jednak zakwalifikować do tego typu regulacji przepisów stanowiących o stosunkach zamawiającego z wykonawcami, w tym zwłaszcza przepisów o umowach zawieranych w ramach zamówień publicznych⁵⁹. Jednym z powodów jest fakt, że prawo polskie, w przeciwieństwie do systemów prawnych niektórych innych państw, nie zawiera regulacji odnoszących się wprost do umów administracyjnych⁶⁰.

Z drugiej strony kwestię przynależności prawa zamówień publicznych należy rozważać również z punktu widzenia prawa europejskiego. Unijne prawo zamówień publicznych może należeć zarówno do prawa publicznego, jak i prawa prywatnego. P. Bogdanowicz zwraca uwagę, że trudności napotyka próba oparcia (publicznoprawnego) charakteru prawa zamówień publicznych o swobody rynku wewnętrznego, jako podstawy przejrzystej i konkurencyjnej procedury w celu ochrony interesu publicznego⁶¹. Dla przykładu M. E. Comba, uznaje, że „przynależność” prawa zamówień publicznych do

⁵⁸ K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 206 – 208; R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, *Kwartalnik PZP* 2013, Nr 4, s. 17, a także H. Nowicki oraz J. Niczyporuk, którzy zgodnie odwołują się do orzecznictwa SN dotyczącego ustawy z 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych (w szczególności wyr. SN z 13.09.2001 r. w sprawie IV CKN 381/00, OSNC 2002, nr 6, poz. 75, w którym SN stwierdził, że celem ustawy jest ochrona interesu publicznego, a zatem normy tam zawarte mają charakter norm publicznoprawnych); H. Nowicki, *Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce*, w: J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 72 oraz J. Niczyporuk, *Przedmiot zamówień publicznych*, w: J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 76; S. Fundowicz, *Miejsce prawa zamówień publicznych w prawie administracyjnym*, w: H. Nowicki, J. Sadowy (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, Toruń -Warszawa 2009, s. 34-47; J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, w: E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk-Warszawa 2012, s. 33-42; T. Kocowski, *Administratywizacja przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*, w: M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, Warszawa 2017, s. 51; E. Przeszło, *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013, s. 97; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 349.

⁵⁹ Z. Gordon, *O typologicznej kwalifikacji...*, s. 6.

⁶⁰ A. Śledzińska, *Umowy administracyjne w prawie i praktyce innych krajów*, w: J. Bocia i L. Dziewięcka-Bokuń (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008, s. 179–190.

⁶¹ P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, s. 65.

prawa publicznego została przesądzona na gruncie prawa Unii Europejskiej, które uznaje postępowanie o udzielenie zamówienia za część prawa publicznego, z uwagi na charakter rozwiązań prawnych przyjętych w dyrektywach⁶².

Trzeci z proponowanych kierunków, który można określić jako pośredni, zakłada, że prawo zamówień publicznych stanowi element prawa publicznego, posługujący się prywatnoprawną metodą regulacji. Pogląd ten opiera się na założeniu, że wprawdzie sama procedura zawierania umowy oparta jest o rozwiązania publicznoprawne, to umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie stanowiła przykładu umowy administracyjnej czy publicznoprawnej⁶³.

Niekiedy przyjmuje się również, że prawo zamówień publicznych łączy w sobie zarówno prawo prywatne, jak i publiczne jako wynik swoistej syntezy ponadgałęziowej, na którą składają się przepisy przynależne do różnych gałęzi prawa, zwłaszcza cywilnego oraz administracyjnego i finansowego⁶⁴. Ustawa PZP jest specyficznym aktem prawa, w którym prywatnoprawną metodą regulowane są stosunki pomiędzy stronami umowy, ale relacja tworzona na podstawie tego stosunku prawnego daleka jest od prawa prywatnego⁶⁵. Jest to związane z szerszym zjawiskiem, przenikania się prawa administracyjnego i prawa

⁶² Szerzej: M. E. Comba, *Contract Execution in Europe: Different Legal Models with a Common Core*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013, nr 4, s. 303-305 oraz P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień...*, s. 292.

⁶³ Warto zaznaczyć za A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, *PiP* 2008, Nr 2, s. 18–31, który na podstawie niejednorodnych, jak zauważył, poglądów doktryny podjął próbę nakreślenia jej teoretycznego modelu prawnego. Jego zdaniem: *umowa publicznoprawna to dwustronny, elastyczny stosunek prawny nawiązany między podmiotami publicznymi lub podmiotem publicznym i podmiotem prywatnym; stosunek, którego celem jest realizacja zadań publicznych zaspokajających interes publiczny. Umowa publicznoprawna powinna charakteryzować się: 1) tym, że zawsze jedną lub obu stronami takiej umowy jest podmiot publiczny; 2) umiejscowieniem przedmiotu umowy w sferze realizacji zadań publicznych; 3) tym, że realizowane zadania publiczne urzeczywistniają interes publiczny; 4) względną swobodę zawierania umowy, ograniczoną jedynie konkurencyjno-eliminacyjnymi procedurami wyboru partnera; 5) jednoznacznym określeniem rozdziału zadań i czynności podmiotu prywatnego oraz obowiązków podmiotu publicznego, ewentualnie rozdzieleniem takich zadań i czynności między podmiotami publicznymi będącymi stronami umowy; 6) jasnym określeniem odpowiedzialności za dokonywane czynności oraz efekt końcowy; 7) określeniem zasad sprawowania nadzoru i kontroli nad sposobem realizacji powierzonych zadań publicznych.* W jego ocenie w tak zaprezentowanych ramach nie będzie mieściła się umowa w sprawie klasycznego zamówienia publicznego, które m.in. nie odnosi się bezpośrednio do realizacji zadań publicznych, a jedynie pośrednio – przez dostawę aktywów podmiotowi publicznemu.

⁶⁴ W. Robaczyński, *Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych*, w: M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Warszawa 2017, s. 137 i n. oraz K. Horubski, *Administracyjno-prawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 33 i n.

⁶⁵ R. Tanajewska, *Od projektu do odbioru inwestycji – rola Zamawiającego w optymalizacji procesu inwestycyjno-budowlanego*, w: M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Olsztyn 2019, s. 140, która ponadto wskazuje, że podmioty, realizujące umowy zawierane na podstawie tej ustawy, mają szczególne okoliczności prawne temu towarzyszące. Nie jest to bowiem sytuacja swobodnego zawierania i wykonywania umowy. Jednak autorka nie konkretyzuje, co rozumie pod pojęciem wyłączenia swobodnego zawierania i wykonywania umów.

cywilnego przez coraz większą wszechstronność działania administracji. Z tego względu podmioty prawa publicznego zmuszone są do posługiwania się formami prawnymi pochodzącymi z różnych gałęzi prawa⁶⁶, w tym prawa cywilnego⁶⁷.

4. Podsumowanie

Analiza powyższych poglądów na temat charakteru prawa zamówień publicznych, skłania do przyjęcia koncepcji cywilnoprawnego charakteru procedur udzielania zamówień publicznych oraz zawieranej w ich wyniku umowy. Przemawia za tym wskazane już odesłanie do stosowania przepisów KC (wprost) na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym powołanie KIO, której zadaniem jest kontradiktoryjne oparte na zasadach procesu cywilnego rozstrzygnięcie sporów zawisłych na etapie postępowania. Kolejnym istotnym czynnikiem jest poddanie sporów w przedmiocie realizacji umów kognicji sądów cywilnych, wykorzystujących instytucje prawa cywilnego w celu określenia skutków okoliczności i zdarzeń wprost nieprzewidzianych w ustawie PZP. Również ewolucyjnie widoczne jest dążenie w kierunku coraz to silniejszego powiązania prawa zamówień publicznych z prawem cywilnym, chociażby poprzez stopniowe odejście od administracyjnoprawnego systemu kontroli decyzji zamawiającego podejmowanych na gruncie ustawy PZP⁶⁸. Dodatkowo sama procedura prowadząca do

⁶⁶ Zob. J. Supernat, *Instrumenty działania administracji publicznej. Studium z nauki administracji*, Wrocław 2003, s. II i n., K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, w: R. Hauser (red.), *System Prawa Administracyjnego*, Tom 8B, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2018, s. 930.

⁶⁷ J. Starościk, *Prawne formy i metody działania administracji*, w: T. Rabska, J. Łętowski (red.), *System prawa administracyjnego*, Tom 3, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1978, s. 97. Autor ten zasadnie wskazuje, że: *istnienie z kolei w problematyce umów zagadnień wynikających z faktu, że umowy w ręku organu administracyjnego są narzędziem nawiązywania nowych stosunków prawnych, wynikających z rozwijania przez administrację państwową swej twórczej, kształtującej działalności, stwarza pozycję właściwą dla zainteresowania się umową również teorii prawa administracyjnego. Ten bowiem punkt widzenia nie jest już właściwy cywilistycznie. Podane przedstawienie przyjęte być może jedynie jako linia kierunkowa wskazująca na podstawy zainteresowania umową ze strony teorii prawa administracyjnego, a nie jako linia nieprzekraczalnej granicy między zainteresowaniami poszczególnych badaczy, gdyż takiej linii w ogóle być nie może.*

⁶⁸ Jednym z przykładów takiej zmiany jest rezygnacja w 2006 r. z konieczności uzyskania uprzedniej zgody Prezesa UZP, wyrażonej w drodze decyzji administracyjnej na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w postępowaniach o równowartości 60 000 euro. Przepis ten został zmieniony na mocy ustawy dnia 07.04.2006 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2006, Nr 79, poz. 551), która weszła w życie 25.05.2006 r. Obecnie ustawa PZP upoważnia Prezesa UZP do rozstrzygnięcia w drodze decyzji administracyjnych spraw w zakresie nakładania kary pieniężnej (art. 621 ust. 1 ustawy PZP) oraz wpisu na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, odmowy wpisu lub skreślenia z listy (art. 470 ust. 2 ustawy PZP).

zawarcia umowy, chociaż znacząco sformalizowana, oparta jest na cywilnoprawnej koncepcji przetargu.

Nie może jednak umknąć uwadze 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 doktrynie podnosi się, że pierwiastek publiczny powinien być uwzględniany przy interpretowaniu i stosowaniu prawa zamówień publicznych⁶⁹, jednak nie wpływa na ustalenie charakteru samej regulacji.

Nie budzi wątpliwości, że w wyniku kolejnych zmian przepisów prowadzących do sukcesywnego eliminowania instytucji prawa administracyjnego z prawa zamówień publicznych (np. decyzji administracyjnych Prezesa UZP lub *quasi* administracyjnych jak tzw. czarna lista wykonawców prowadzona przez Prezesa UZP) ustawa PZP przybliżyła się do prawa prywatnego. Pozostałe elementy czy wręcz pierwiastki administracyjnoprawne nie mogą decydować o ustaleniu charakteru umowy jako przynależnej prawu administracyjnemu, czy nawet z pogranicza prawa administracyjnego i cywilnego. Umowa w sprawie zamówienia ma charakter umowy cywilnoprawnej.

W piśmiennictwie, wśród zwolenników cywilnoprawnego charakteru prawa zamówień publicznych, próżno jednak szukać bardziej pogłębionych rozważań na temat znaczenia pierwiastka publicznoprawnego w cywilnoprawnej regulacji jaką jest umowa w sprawie zamówienia. Prezentowany przez *J. Jerzykowskiego* pogląd o konieczności uwzględnienia elementu publicznoprawnego przy interpretacji umowy, nie został rozwinięty. Zgodnie z art. 65 § 2 KC w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Jak podkreśla jednak judykatura, taka wykładnia nie może pomijać celu, w jakim umowa została zawarta, a także natury i funkcji zobowiązania⁷⁰. W związku z tym można przyjąć, że administracyjnoprawny aspekt zamówień stanowić będzie jeden z wyznaczników wykładni umów w sprawie zamówienia. *R. Szostak* wskazuje, że pojęcie „publicznoprawnych” ograniczeń swobody kontraktowej funkcjonuje w ujęciu funkcjonalnym niekiedy trochę „na wyrost”⁷¹, chociaż sam autor dostrzega znaczenie publicznego celu zakupów oraz

⁶⁹ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1035.

⁷⁰ Wyrok SN z 24.02.2021 r., III CSKP 60/21, Legalis nr 2535866; Postanowienie SN z 16.03.2021 r., II CSK 524/20, Legalis nr 2543556.

⁷¹ R. Szostak, *Zakres i struktura...*, s. 3-4.

konieczność ochrony środków publicznych, jako istotne czynniki wyróżniające system prawa zamówień publicznych spośród innych regulacji o charakterze prywatnoprawnym⁷².

W doktrynie brakuje natomiast rozważań odnoszących się do znaczenia pierwiastka publicznoprawnego w kontekście granic swobody umów, o których mowa w art. 353¹ KC. Szczególnie interesującym zagadnieniem jest przeprowadzenie takiej analizy w kontekście nieopisanej dotąd albo wręcz kwestionowanej „natury stosunku prawnego”. Pierwiastek publicznoprawny w umowach w sprawie zamówień ma niebagatelne znaczenie, które rozpatrywane jest w często w kontekście przynależności prawa zamówień publicznych do prawa publicznego lub prywatnego. Przyjęcie przynależności umów w sprawie zamówień do umów cywilnoprawnych skłania jednak do refleksji na temat umiejscawiania pierwiastka publicznoprawnego w systemie prawa prywatnego. Rozważania takie będą doskonałym uzupełnieniem dyskusji na temat charakteru umowy w sprawie zamówienia o aspekty dotąd nie brane pod uwagę, rzucając nowe światło na długą już dyskusję na temat charakteru umowy i znaczenia pierwiastka publicznoprawnego w prawie zamówień publicznych, w szczególności w kontekście natury stosunku prawnego, o czym w dalszej części rozprawy.

⁷² R. Szostak, *Zakres i struktura...*, s. 4.

II. Umowa w sprawie zamówienia publicznego

1. Wstęp

Opowiedzenie się za przynależnością prawa zamówień publicznych do prawa cywilnego i nadanie umowie w sprawie zamówienia publicznego cywilnoprawnego charakteru uprawnia do rozpoczęcia dalszych rozważań na temat znaczenia samego pojęcia zamówienie publiczne i zarazem wyznaczenia cech charakterystycznych dla prawa zamówień publicznych i samej umowy o zamówienie. Ustalenie istoty pojęcia zamówienia publicznego pozwoli na zakreślenie pola dalszych rozważań odnoszących się do zasad udzielania zamówień i treści stosunku prawnego określanego mianem „zamówienia publicznego”. To z kolei pozwoli na dalszą ich analizę w kontekście zasady swobody umów oraz jej granic.

Umowy w sprawie zamówień jako umowy majątkowe o znacznej doniosłości gospodarczej oraz społecznej, są definiowane na gruncie prawa unijnego, a w ślad za nim również polskiego. Poszczególne składniki definicji mają często autonomiczne znaczenie, odmienne od znaczenia nadawanego im na gruncie innych ustaw, dlatego tylko właściwe zrozumienie siatki pojęć pozwala na wyodrębnienie grupy umów, które można określić mianem „zamówień publicznych”, a ściślej „umów w sprawie zamówień publicznych”.

2. Znaczenie pojęcia „zamówienie publiczne”

Pojęcie zamówienia publicznego jest pojęciem prawnym o autonomicznym charakterze, które, w zależności od przyjętej koncepcji, może być rozumiane co najmniej na dwa sposoby⁷³. Pojęcie zamówienia publicznego *sensu stricto* nawiązuje do definicji legalnych, których dostarcza ustawa PZP oraz prawo unijne. W takim właśnie znaczeniu pojęcie to będzie używane w dalszej części niniejszej rozprawy. Nie można jednak pominąć, podkreślanego w doktrynie, szerszego ujęcia „zamówienia publicznego” lub

⁷³ Por. M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 31; J. Krysa, *Prawo właściwe...*, s. 1-2.

częściej „zamówień publicznych” w liczbie mnogiej. Ujęcie to uwzględnia elementy, których pozbawiona jest definicja zamówienia publicznego w znaczeniu wąskim.

Jako przykład można wskazać definicję sformułowaną przez *M. Wielońskiego*, który zamówienie publiczne w znaczeniu szerokim ujmuje jako prawnie uregulowany, ze względu na interes publiczny, proces wydatkowania środków publicznych, na który składa się zawarcie umowy oraz jej realizacja, jak również czynności prowadzące do jej zawarcia, dokonywane w celu nabycia określonych dóbr oraz zaspokajający przede wszystkim interes publiczny⁷⁴. *T. Grzeszczyk* definiuje zamówienia publiczne jako planowe i zorganizowane działania prawne, organizacyjne, ekonomiczne i społeczne służące udzielaniu zamówień i zawieraniu umów obejmujący także fazę jej realizacji oraz rozliczenia⁷⁵.

Rozważania na temat zakresu szerokiej definicji zamówienia publicznego, jakkolwiek interesujące z teoretycznego punktu widzenia, w praktyce nie mają tak doniosłego znaczenia. Z punktu widzenia celu niniejszej pracy tj. przedstawienia problematyki granic swobody zawierania umów, za adekwatne i istotne należy przyjąć legalne definicje zamówienia publicznego zawarte w ustawie PZP oraz dyrektywie 2014/24/UE – określane jako zamówienie publiczne *sensu stricto*.

Do koncepcji zamówienia publicznego *sensu stricto*, rozumianego jako odpłatna umowa o określonym charakterze i przedmiocie, zawarta między podmiotami wskazanymi w przepisach, pomimo ścisłego i legalnego jej ujęcia odnoszono się w doktrynie. *M. Szydło* definiuje zamówienie publiczne jako poddaną szczególnemu reżimowi prawnemu umowę, którą publiczny lub prywatny nabywca poddany temu reżimowi (nazywany zamawiającym lub instytucją zamawiającą) zawiera z jednym wykonawcą lub wieloma wykonawcami dla zaspokojenia popytu na określone, pożądane przez siebie dobro dla zaspokojenia konkretnych potrzeb zamawiającego (często o charakterze publicznym) i przynosi mu gospodarcze korzyści. W ujęciu tym ekwiwalent świadczenia wykonawcy stanowi wynagrodzenie, którego może się on domagać od zamawiającego (wynagrodzenie to może być płatne ze środków pozostających w dyspozycji zamawiającego lub też może być generowane dzięki eksploatacji przez wykonawcę przedmiotu świadczenia zamówienia

⁷⁴ M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego...*, s. 32.

⁷⁵ T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 28, cyt. za: A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz–Warszawa 2007, s. 60.

publicznego⁷⁶). Zamówienie publiczne w takim ujęciu stanowi więc kategorię prawną o charakterze dynamicznym, przechodzącym przez kolejno następujące po sobie fazy: przygotowania, udzielania i wykonywania⁷⁷.

Z kolei R. Szostak definiuje zamówienie publiczne jako cywilnoprawną umowę, na podstawie której Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego oraz różne instytucje prawa publicznego otrzymują niezbędne do wykonywania zadań publicznych świadczenia rzeczowe (niepieniężne), przede wszystkim w zakresie tzw. obrotu zaopatrzeniowego i budownictwa publicznego⁷⁸.

Tak sformułowana definicja zamówienia publicznego nie eksponuje w dostateczny sposób cechy, która pozwalałaby na nadanie pojęciu zamówienia przymiotnika „publiczny”. Nie ukazuje ona bowiem związku, jaki istnieje między danym zamówieniem a publicznym interesem lub celem, dla którego jest ono udzielane⁷⁹. Dlatego za słuszny należy uznać pogląd, że definicja zamówienia publicznego *sensu stricto* nie oddaje całej złożoności instytucji, jaką jest zamówienie publiczne⁸⁰. Warto jednak zaznaczyć, że odesłanie w definicji do celu publicznego danego zakupu wprowadziłoby dodatkowy desygnat pojęcia zamówienie publiczne, który nakazywałby doszukiwania się w każdym zakupie pierwiastka publicznego. To z kolei mogłoby prowadzić do wyłączenia niektórych zakupów dokonywanych przez zamawiających (np. organizacja uroczystości świątecznych dla pracowników) lub skłaniało do rozważań, jak dalece cel publiczny „infekuje”⁸¹ poszczególne zamówienia.

⁷⁶ Ten ostatni element prowadzi jednak do wniosku, że autorka jest zwolenniczką szerszego ujęcia samego prawa zamówień publicznych; szerzej na ten temat w Rozdziale II punkt 1.

⁷⁷ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. XIX.

⁷⁸ R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 3.

⁷⁹ J. Krysa, *Prawo właściwe...*, s. 1-2 oraz przywołane tam J. Niczyפורuk, *Przedmiot zamówień publicznych*, w: J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 76; M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego...*, s. 31–32; Z. Czarnik, w: S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 49–50.

⁸⁰ Zob. A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania*, Bydgoszcz–Warszawa 2005, s. 89; M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego...*, s. 31–32.

⁸¹ Słowo „infekuje” została użyte w ślad za wyrokiem z 15.01.1998 r. w sprawie C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria i in.*, EU:C:1998:4. Sprawa ta dotyczyła kwalifikacji prawnej austriackiej drukarni państwowej (Österreichische Staatsdruckerei – zwanej dalej „ÖS”). Zgodnie z prawem austriackim ÖS była niegdyś przedsiębiorstwem państwowym, które później stało się przedsiębiorcą w rozumieniu kodeksu handlowego. ÖS powierzano przede wszystkim sporządzanie urzędowych dokumentów administracyjnych wymagających zachowania tajemnicy lub zastosowania środków bezpieczeństwa. Prowadziła ona jednak również inne rodzaje działalności, takie jak wydawanie książek czy gazet. Trybunał uznał, że ÖS jest podmiotem prawa publicznego w rozumieniu obowiązującej wówczas dyrektywy dotyczącej sektora publicznego. W związku z tym wszystkie rodzaje prowadzonej przez nią działalności wchodziły w zakres stosowania tej dyrektywy. Tym samym nawet jej działalność handlowa została uznana za podlegającą

Jak widać doktrynalne rozważania na temat znaczenia pojęcia „zamówienie publiczne”, w zależności od tematyki, na potrzeby której są prezentowane, prowadzą do różnych, niekiedy odległych od siebie wniosków, co nie dziwi. Zamówienie publiczne może być zatem rozumiane jako całokształt procesu zakupowego wraz z elementami wykonania umowy albo jako umowa o określonych cechach wyznaczonych podmiotowo i przedmiotowo⁸².

Pewne rozbieżności pojawiają się również przy ustalaniu definicji legalnej zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 7 pkt 32 ustawy PZP „zamówienie” to umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług⁸³. Definicja ta wskazuje na cztery zasadnicze elementy konstytuujące zamówienie publiczne: umowę, nabycie, odpłatność oraz wybór wykonawcy⁸⁴.

Ustawa PZP2004 umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane określała mianem „zamówienie publiczne”⁸⁵. Ta z pozoru błaha różnica, której ustawodawca polski nie poświęcił większej uwagi w toku procesu legislacyjnego prowadzi do rozbieżności w zakresie siatki pojęć stosowanej w prawie unijnym i polskim.

Dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE nie zawierają legalnej definicji pojęcia „umowy w sprawie zamówienia”, ponieważ, formalnie rzecz biorąc, definiują nie tyle pojęcie „umowy w sprawie zamówienia”, co pojęcie „zamówienia publicznego”. „Zamówieniem publicznym” na gruncie tych dyrektyw jest jednak umowa⁸⁶. Warto zauważyć, że same dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE rozróżniają pojęcie „zamówienia publicznego” *sensu stricto* (ang. – public contract, fr. – marché public, hiszp. – contrato

dyrektywie dotyczącej sektora publicznego ze względu na jej status prawny jako podmiotu prawa publicznego (tak Rzecznik Generalny w opinii z dnia 23.04.2020 r., w sprawie C-521/18, Legalis 2333519). Podobnie teoria infekcji mogłaby zostać zastosowana przy wykładni pojęcia celu publicznego jako element nakazujący rozszerzającą jego wykładnię.

⁸² Ta ostatnia definicja została wykorzystana np. przez J. Pokrzywniak, J. Baehr, T. Kwieciński, *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice 2006, s. 10.

⁸³ W tym kontekście nie są zrozumiałe rozważania prezentowane przez L. Piotr-Krajecką, która wskazuje, że: *Na gruncie ustawy PZP umowa o zamówienie publiczne występuje w dwóch znaczeniach: jako synonim umowy albo jako określenie jej przedmiotu*. L. Piotr-Krajecka, *Umowa w sprawie zamówienia publicznego, Praktyczny poradnik z wzorami postanowień umownych*, Warszawa 2020, s. 11.

⁸⁴ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 12.

⁸⁵ Art. 2 pkt 13 ustawy PZP2004.

⁸⁶ P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, s. 104-105.

público) od pojęcia samego „zamówienia” (ang. – procurement, fr. – passation d'un marché, hiszp. – contratación)⁸⁷.

To ostatnie zostało zdefiniowane w art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE⁸⁸. jako nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone są do celów publicznych. Stąd w piśmiennictwie pojęcie „zamówienia publicznego” utożsamiane jest z umową i obejmuje również etap jej wykonywania, podczas gdy samo „zamówienie” – z czynnością jego nabycia⁸⁹. W doktrynie wskazuje się, że w rozumieniu potocznym zamówienie publiczne łączone jest z procedurą przetargową, zmierzającą do wyłonienia wykonawcy⁹⁰.

W piśmiennictwie polskim brak wyraźnego zaakcentowania różnic w ww. pojęciach. Zwraca na nie uwagę J. Krysa⁹¹, zaznaczając jednak, że ze względu na zbliżone brzmienie nadane w polskiej wersji językowej dyrektywy 2014/24/UE oraz podobne zakresy znaczeniowe wyraźne rozgraniczenie obu tych pojęć może powodować istotne trudności. Wskazuje na niekonsekwencje w treści samych dyrektyw, np. art. 72 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE regulujący kwestię modyfikacji umów w sprawie zamówienia publicznego i umów ramowych, który stanowi, że „zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia (...)”, gdzie pojęcie zamówienie użyte zostało w celu uregulowania zasad zmian umowy („zamówienia publicznego”).

Również UZP w opublikowanym komentarzu do ustawy PZP zdaje się nie rozróżniać pojęcia zamówienia od pojęcia zamówienia publicznego, wskazując, że: *Przez pojęcie zamówienia publicznego rozumie się umowę odpłatną zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Nie oznacza to jednak nowego typu umowy nazwanej. Definicja zamówienia publicznego stanowi*

⁸⁷J. Krysa, *Prawo właściwe...*, s. 2-3.

⁸⁸ Art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE.

⁸⁹ Zwraca na to uwagę S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Tom 1, Londyn 2014, s. 1, która wyróżnia zamówienie (procurement) w znaczeniu wąskim, tj. proces prowadzący do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zamówienie w znaczeniu szerokim, które poza procedurą obejmuje także etap wykonania i zakończenia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

⁹⁰ M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński, *Prawo zamówień publicznych: praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012, s. 27.

⁹¹ J. Krysa, *Prawo właściwe...*, s. 3.

*odzwierciedlenie definicji zamówienia publicznego z dyrektyw i z jednej strony podkreśla szczególny charakter umowy zawieranej w wyniku procedur określonych Pzp, umowy która angażuje czynnik „publiczny” zwłaszcza w postaci środków pieniężnych o takim charakterze lub instytucji administracji publicznej występującej po stronie zamawiającego, a z drugiej strony podkreśla cel zamówienia jako umowy zorientowanej na wykonywanie zadania lub zadań służących dobru publicznemu*⁹².

Niekonsekwencja w siatce pojęć widoczna jest również w polskim prawodawstwie. Ustawa PZP2004 nie zawierała autonomicznej definicji pojęcia „zamówienia”, jednak pojęcie „zamówienia publicznego” było spójne z tym zawartym w dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE, a samo pojęcie „zamówienia” stosowane było zamiennie z pojęciem „zamówienia publicznego”⁹³. Obecna ustawa PZP unijne pojęcie „zamówienia publicznego” określa mianem „zamówienia”. Można przypuszczać, że również obecnie pojęcia te należy utożsamiać. Może na to wskazywać treść art. 1 ustawy PZP, gdzie wskazano, że: „Ustawa reguluje zamówienia publiczne, zwane dalej „zamówieniami”, oraz konkursy, w tym określa: (...)”. Pomijając w tym miejscu zagadnienia techniki legislacyjnej i znaczenia tzw. „słowników ustawowych” dla interpretacji tekstu prawnego, można przyjąć, że również pod rządami obecnych przepisów pojęcia te należy utożsamiać⁹⁴. Wskazuje na to również zmiana treści samej definicji, uwzględniająca istotny dla unijnego pojęcia „zamówienia” element nabycia.

Nawiasem mówiąc, jak słusznie zauważa Z. Gordon, definiowanie pojęcia zamówienia publicznego za pomocą pojęcia umowy jest metodologicznie i terminologicznie co najmniej wątpliwe, zwłaszcza jeżeli wziąć pod uwagę, że przepisy PZP stanowią np. o udzieleniu zamówienia publicznego, zatem, konsekwentnie rzecz ujmując, o udzieleniu umowy, co dla cywilisty brzmi wręcz absurdalnie.⁹⁵ Dlatego, w celu uniknięcia niejednoznaczności w dalszej części rozprawy pojęcie „zamówienie” będzie używane dla określenia przedmiotu umowy, a sama umowa określona jako „umowa w

⁹² H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych Komentarza*, Warszawa 2021, s. 85-86.

⁹³ Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 ustawy PZP2004 dla określenia zamówień publicznych stosowało się skróconą nazwę – „zamówienie”.

⁹⁴ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 1: Projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą” lub „projektem ustawy”, ma na celu kompleksowe uregulowanie materii zamówień publicznych stanowiących umowy o charakterze odpłatnym zawierane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, których przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego robót budowlanych, dostaw lub usług od wybranego wykonawcy.

⁹⁵ Z. Gordon, *O typologicznej kwalifikacji...*, s. 10.

sprawie zamówienia publicznego”, „umowa w sprawie zamówienia” lub rzadziej „zamówienie publiczne”.

Jak wyjaśniono na etapie prac legislacyjnych, zmiana definicji miała na celu jej doprecyzowanie oraz zwrócenie uwagi na kluczowe znaczenie pojęcia „nabycie”. Z motywu 4 preambuły dyrektywy 2014/24/UE wynika, że termin „nabycie” należy rozumieć jako uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług, przy czym przeniesienie własności na zamawiającego nie jest konieczne. Nabycia nie można więc utożsamiać z obowiązkiem przeniesienia na zamawiającego własności przedmiotu dostawy lub obiektu budowlanego. Wystarczy, że świadczenie ma być wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Obecna regulacja precyzuje również, że zamówieniem publicznym jest tylko taka umowa, która została zawarta z „wybrany wykonawcą”, co zawęża stosowanie reżimu ustawowego⁹⁶. Jak wynika z przywołanego motywu preambuły do dyrektywy 2014/24/UE element wyboru wykonawcy konstytuujący zamówienie skutkuje wyłączeniem spod regulacji zamówień publicznych sytuacji, w których wszystkie podmioty spełniające określone warunki są uprawnione do wykonania danego zadania, bez przeprowadzania kwalifikacji⁹⁷.

Kolejnym istotnym elementem charakteryzującym umowę w sprawie zamówienia jest odpłatność, która oznacza korzyść majątkową po stronie zamawiającego i wykonawcy. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że umowa odpłatna to taka na mocy, której strona dokonująca przysporzenia na rzecz drugiej strony otrzymuje w zamian korzyść majątkową⁹⁸. W tym wypadku korzyść zamawiającego to usługi, dostawy lub roboty budowlane, które zostały wykonane na jego rzecz w celu zaspokojenia potrzeb związanych z jego funkcjonowaniem lub realizacją przypisanych mu zadań. Korzyść wykonawcy polega na wynagrodzeniu w formie zapłaty w pieniądzu lub w innej postaci, której wartość

⁹⁶ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 12.

⁹⁷ W wyroku z 01.03.2018 r. w sprawie C-9/17, *Maria Tirkkonen*, Legalis nr 1784330, Trybunał doprecyzował, iż nie mamy do czynienia z wyborem wykonawcy przez zamawiającego, jeżeli podstawą takiego wyboru są jedynie kryteria kwalifikacji. Dopóki bowiem decyzja o zakwalifikowaniu do systemu opartego na wyborze dokonany przez klienta nie jest podejmowana na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwiłyby zamawiającemu porównanie i klasyfikację dopuszczalnych ofert, dopóty taki system nie stanowi zamówienia publicznego.

⁹⁸ zob. A. Brzozowski, T. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 508; wyrok SN z 26.08.2004 r., I CK 210/04, BSN 2005, Nr 2.

może zostać przedstawiona w pieniądzu⁹⁹. Z tego elementu definicji wynika, że każda ze stron umowy w sprawie zamówienia jest zarazem dłużnikiem i wierzycielem, co wskazuje wprost na wzajemny jej charakter, odpowiadający modelowi wyrażonemu w art. 487 § 2 KC, który uznawany jest za jej cechę konstytutywną¹⁰⁰.

Na gruncie ustawy PZP, podobnie jak na gruncie KC, powszechnie dopuszczalne jest uiszczenie wynagrodzenia wykonawcy częściowo bądź w całości w formie niepieniężnej¹⁰¹. W prawie cywilnym podkreśla się, że zyskiwana przez strony korzyść majątkowa powinna mieć realną wartość, przy czym nie musi ona stanowić ekwiwalentu przysporzenia uzyskanego od drugiej strony, mierzonego z zastosowaniem obiektywnych kryteriów wartości rynkowej¹⁰². W prawie zamówień publicznych nie jest jednak możliwe oferowanie dostaw, usług i robót budowlanych za cenę rażąco niską. Nie wkraczając w złożoną materię próby zdefiniowania ceny rażąco niskiej, można najogólniej określić ją jako cenę niewiarygodną, nierealną, odbiegającą od cen rynkowych, za jaką niemożliwe jest należyte zrealizowanie zamówienia publicznego. Oferta, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia podlega odrzuceniu. Założenie takie ma na celu ochronę uczciwej konkurencji na rynku zamówień publicznych. Pośrednio ma również chronić zamawiającego, przed kontrahentami, którzy mogą nie być zdolni do wykonania zamówienia w zamian za zbyt niskie wynagrodzenie.

Również na gruncie prawa unijnego i orzecznictwa TSUE (a wcześniej ETS) uznaje się, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter odpłatny, jeżeli zamawiający zobowiązany jest do świadczenia wzajemnego względem wykonawcy, w zamian za świadczenia, które ten ma wykonać¹⁰³. W sprawie C-367/19 *Tax-Fin-Lex v.*

⁹⁹ Podobnie UZP w opinii *Zlecenie spółkom komunalnym przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywania zadań własnych* www.uzp.gov.pl; UZP zauważa, że: Tak rozumiane zamówienie publiczne obejmować będzie w głównej mierze umowy wzajemne, w których świadczenie jednej ze stron umowy stanowi ekwiwalent świadczenia drugiej strony (art. 487 § 2 k.c.). Również w opinii *Przeniesienie własności nieruchomości jako forma wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego* UZP zauważa, że: W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że przez umowę odpłatną należy rozumieć umowę, na mocy której strona dokonująca przysporzenia na rzecz drugiej strony otrzymuje w zamian korzyść majątkową.

¹⁰⁰ Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1037, podobnie A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 93.

¹⁰¹ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 30.11.2005 r., III SA/Wa 1671/05, LEX nr 239145, aktualny również w obecnym stanie prawnym.

¹⁰² Por. S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego, Część ogólna, Tom 1*, Warszawa 1985, s. 497 i n.; W. Czachórski (red.), *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 153.

¹⁰³ Zob. wyrok ETS z 12.07.2001 r. w sprawie C-399/98 *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi i inni v. Comune di Milano*, ECR 2001, s. I-5409, pkt 77; wyrok TSUE z 25.03.2010 r. w sprawie C-451/08, *Helmut Müller GmbH v. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, EU:C:2010:168.

*Ministrstvo za notranje zadeve*¹⁰⁴ TSUE wskazał, że świadczenie wzajemne nie musi koniecznie polegać na zapłacie kwoty pieniężnej, ale może ono zostać wynagrodzone poprzez inne formy świadczenia wzajemnego, takie jak zwrot kosztów poniesionych w celu wykonania uzgodnionej usługi. Nie zmienia to faktu, że wzajemny charakter umowy o udzielenie zamówienia publicznego musi przekładać się na stworzenie prawnie wiążących zobowiązań dla każdej strony umowy, co do których musi istnieć możliwość dochodzenia ich wykonania na drodze sądowej. Wynika z tego, że umowa, w ramach której instytucja zamawiająca nie jest prawnie zobowiązana do spełnienia żadnego świadczenia w zamian za świadczenie, do którego wykonania zobowiązała się druga strona umowy, nie jest objęta zakresem pojęcia „umowy o charakterze odpłatnym” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE.

Do zagadnienia odpłatności umowy w sprawie zamówienia publicznego odnosiła się również KIO w swoim orzecznictwie. Odwołując się do doktryny prawa cywilnego Izba uznawała, że zamówieniem publicznym jest umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wyniku której korzyść majątkową otrzyma zamawiający w postaci wykonanego na jego rzecz zamówienia (usługi, dostawy lub roboty budowlanej), jak i wykonawca, otrzymujący korzyść w postaci zapłaty lub w innej formie, nie zawsze pieniężnej (jednak w postaci, której wartość możliwa jest do przedstawienia w pieniądzu)¹⁰⁵. Niezbędnym zatem elementem umowy w sprawie zamówienia publicznego jest ekwiwalentna wymiana świadczenia pieniężnego zamawiającego za dostawę, usługę lub robotę budowlaną świadczone przez wykonawcę. Jeżeli skutek zawarcia umowy zamawiający i wykonawca nie uzyskują przysporzenia, brak jest podstaw do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych.

Definicja ustawowa zamówienia publicznego odwołuje się do odpłatności, ale nie określa minimalnej wartości świadczenia stron, która pozwala uznać, że umowa stanowi zamówienie publiczne. Dlatego bez znaczenia jest w kontekście oceny charakteru umowy, czy jej zawarcie zostało poprzedzone postępowaniem o udzielenie zamówienia, czy też nie (np. z powodu wartości zamówienia lub wyłączenia obowiązku stosowania ustawy PZP). Jak podkreślił SO w Warszawie w wyroku z 23.11.2012 r.¹⁰⁶, o uznaniu umowy za

¹⁰⁴ Wyrok TSUE z 10.09.2020 r. w sprawie C-367/19, *Tax-Fin-Lex v. Ministrstvo za notranje zadeve*, EU:C:2020:685.

¹⁰⁵ Wyrok KIO z 26.07.2011 r., KIO 1470/11, Legalis nr 365049.

¹⁰⁶ V Ca 2497/12, Legalis nr 2489681, wyrok którym – w wyniku skargi m.in. Prezesa UZP – SO uchylił wyrok KIO z 21.08.2012 r., KIO 1700/12, Legalis nr 2489681.

zamówienie publiczne, decyduje bezsprzecznie nie tryb, w którym została wygenerowana, lecz jej przedmiot oraz podmiot. Skoro zatem dane zamówienie oraz zamawiający wypełniają przesłanki zamówienia oraz zamawiającego w rozumieniu PZP, to zastosowanie wyłączenia skutkuje jedynie zmianą procedury udzielenia zamówienia na wynikające z norm prawa międzynarodowego, nie niweluje natomiast bytu zawartej umowy jako umowy dotyczącej zamówienia publicznego¹⁰⁷. Przyjęty w ustawie PZP próg bagatelności (kwota 130 000 zł), czyli wartość zamówienia decydująca o tym, czy przepisy ustawy należy zastosować nie przesądza o tym, czy zawarta umowa będzie określana mianem zamówienia publicznego. Próg bagatelności to kwota, poniżej której koszty prowadzenia postępowania przewyższają ewentualne wynikające z niego oszczędności.

Kolejnym elementem określającym umowę w sprawie zamówienia publicznego są jej strony. Żeby można mówić o umowie w sprawie zamówienia publicznego należy ustalić, że została ona zawarta pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Pojęcia „zamawiającego” i „wykonawcy” są zdefiniowane w samej ustawie PZP. Warto jednak pamiętać, że ich zakres należy określać funkcjonalnie. Za zamówienie publiczne TSUE¹⁰⁸ uznało umowę, mocą której – bez ustanawiania współpracy mającej na celu realizację wspólnej misji publicznej między umawiającymi się jednostkami publicznymi – jednostka publiczna powierza innej jednostce publicznej zadanie utrzymania w czystości określonych budynków wykorzystywanych na cele biurowe, pomieszczeń administracyjnych oraz szkół, zastrzegając sobie prawo kontroli odpowiedniego wykonania tego zadania, w zamian za rekompensatę finansową mającą odpowiadać poniesionym kosztom przy realizacji tego zadania, przy czym druga jednostka ponadto jest uprawniona do skorzystania z podwykonawstwa podmiotów trzecich, ewentualnie posiadających zdolność funkcjonowania na rynku, w celu realizacji tego zadania¹⁰⁹.

Zamawiającym w rozumieniu ustawy PZP jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, obowiązana na podstawie ustawy do jej stosowania. Taka definicja została zawarta w art. 7 pkt 31 ustawy PZP¹¹⁰.

¹⁰⁷ Podobnie D. Grześkowiak - Stojek w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...* 2024, s. 54-55.

¹⁰⁸ Wyrok TS z 13.06.2013 r., w sprawie C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren*, ECLI:EU:C:2013:385.

¹⁰⁹ Trybunał odnosił się do zamówień na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Orzeczenie pozostaje aktualne w obecnym stanie prawnym z uwagi na treść art. 2 ust.1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE.

¹¹⁰ Warto zwrócić też uwagę, że zamawiający jest zarówno podmiotem poszczególnych umów, jest też jednocześnie podmiotem prawa zamówień publicznych jako takiego, tzn. posiada status podmiotu prawnego

Definicja ta nie jest jednak wystarczająca dla zidentyfikowania katalogu podmiotów, które można określić tym mianem. Sama definicja ma charakter porządkowy. Pojęcie zamawiającego, a właściwie określenie kręgu podmiotów uznawanych za zamawiających jako strony umowy w sprawie zamówienia jest bardzo ważne zarówno w ujęciu teoretycznym jak i praktycznym. Jego znaczenie będzie określane głównie w świetle prawa unijnego.

Pierwotnie każde z Państw UE samodzielnie określało krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur zamówień publicznych¹¹¹. Powodowało to duże podmiotowe zróżnicowanie systemu zamówień publicznych w poszczególnych państwach członkowskich UE. Już w tamtym czasie kształtowało się jednak doniosłe w kontekście formułowania się pojęcia zamawiającego orzeczenia ETS. Na szczególną uwagę zasługuje jedno z najważniejszych w tym kontekście orzeczeń, czyli wyrok w sprawie C-31/87, *Beentjes*¹¹², gdzie Trybunał określił zasady interpretacji pojęcia „organ państwowy”, który jest elementem składowym pojęcia „zamawiający”¹¹³. Uznał, że interpretacja ta powinna odbywać się „w kategoriach funkcjonalnych, biorąc pod uwagę cel dyrektywy, którym jest zapewnienie swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Organ, którego skład i funkcje są określone przez władze ustawodawcze i który wymaga zgody władz na mianowanie swoich członków, wypełnianie obowiązków wynikających ze swoich uprawnień oraz finansowanie zamówień publicznych na roboty budowlane, których udzielanie należy do jego obowiązków, powinien być uważany za mieszczący się w definicji organu państwowego”.

Dlatego w obliczu konieczności ujednoczenia przepisów prawa na poziomie najpierw wspólnotowym, a następnie unijnym, takie samodzielne i swobodne określenie podmiotów zamawiających nie mogło mieć miejsca¹¹⁴. W szczególności dyrektywa nie

reżimu zamówień publicznych. Szerzej na ten temat M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014 s. 50.

¹¹¹ Np. dyrektywa z dnia 26.07.1971 numer 71/305/EEC koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.

¹¹² Wyrok ETS z 20.09.1988 r. w sprawie C-31/87, *Beentjes*, EU:C:1988:422, pkt 15,16. Za zamawiającego uznany został lokalny komitet do spraw konsolidacji gruntów – ciało bez osobowości prawnej, którego funkcje i skład określały przepisy prawa, a jego członkowie byli mianowani przez organ wykonawczy danej prowincji. Komitet nie był formalnie częścią administracji publicznej Holandii.

¹¹³ ETS orzekał na gruncie art. 1 Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26.07.1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, OJ 1971 (II), str. 682.

¹¹⁴ Szerzej na temat ewolucji wspólnotowego i unijnego prawa zamówień publicznych wypowiedzieli się m.in. L. Kieres, w: M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Łódź 2012; P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 15 i n. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012; W. Dzierżanowski, *Nowe dyrektywy o zamówieniach publicznych*, ZP Doradca, 2015, nr 6.

może enumeratywnie wskazywać podmiotów zamawiających w każdym państwie członkowskim UE. Jednak z uwagi na potrzebę ochrony „wspólnego rynku” nadal istniała konieczność usystematyzowania kręgu podmiotów obowiązanych do stosowania sformalizowanych procedur zakupowych. Stąd też obecnie w prawodawstwie unijnym krąg podmiotów zamawiających określa się poprzez przypisanie funkcji jakie dany podmiot wykonuje / pełni. Oznacza to również, że w każdym przypadku ustalanie czy dany podmiot jest podmiotem zamawiającym odbywać się będzie poprzez badanie zakresu jego działań.

Istotą ukształtowanego w ten sposób pojęcia „funkcjonalnego zamawiającego” jest odejście od kryterium formalnego przynależności do państwa. Zgodnie z orzecnictwem ETS cel dyrektyw, jakim jest faktyczne urzeczywistnienie swobody przepływu towarów i usług, może być spełniony, tylko w przypadku, gdy dyrektywy są zastosowane bez względu na to, czy podmiot jest częścią administracji publicznej. Jeśli dany podmiot prawa udziela zamówień w celu wykonywania zadań publicznych, nie jest jednak częścią administracji publicznej, wystarczy to dla uznania go za podmiot zamawiający w rozumieniu przepisów dyrektyw. Dlatego też, za zamawiającego (a ściślej „organ państwowy”) w rozumieniu prawa zamówień publicznych należy uznać podmiot, (a) którego organizacja i zadania są regulowane ustawowo, (b) którego członkowie są wyznaczani przez władzę publiczną, (c) którego obowiązki zostały wyznaczone przez władzę publiczną, (d) którego zamówienia są finansowane przez państwo. Taka koncepcja znalazła wyraz w wielu późniejszych wyrokach ETS, a następnie TSUE¹¹⁵.

W ten właśnie sposób określono katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy PZP. Dwie zasadnicze grupy zamawiających, określane mianem zamawiających publicznych, wymieniono w art. 4 ustawy PZP. Pierwsza z nich to jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych¹¹⁶ (art. 4 pkt 1 ustawy PZP), oraz inne (niebędące jednostkami sektora finansów publicznych) państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości

¹¹⁵ Np. w wyroku z 17.09.1998 r. w sprawie C-323/96, *Komisja przeciwko Belgii*, Legalis nr 151469, Trybunał odwołał się również do wcześniejszego wyroku w sprawie C-31/87 *Beentjes* uzasadniając, że skoro za organ państwowy został uznany organ nie będący formalnie integralną częścią administracji państwowej tym bardziej jest nim każdy formalny państwowy organ ustawodawczy, wykonawczy czy władzy sądowniczej: *Termin „organ państwowy” [zgodnie z dyrektywą 93/37 „zamawiający” to organ państwowy, samorządowy lub instytucja prawa publicznego lub stowarzyszenie złożone z jednego lub większej liczby takich organów lub instytucji prawa publicznego. W nowych dyrektywach pojęcie organy państwowego zostało zastąpione pojęciem państwa – przypis autorki], (...) jednoznacznie obejmuje wszystkie organy, które sprawują władzę prawodawczą, wykonawczą lub sądowniczą. (...) To samo dotyczy organów, które w państwie federalnym sprawują taką władzę na stopniu federalnym.*

¹¹⁶ t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 305, z późn. zm.

prawnej (art. 4 pkt 2 ustawy PZP), a także związki ww. podmiotów (art. 4 pkt 4 ustawy PZP). Druga grupa to tzw. „podmioty prawa publicznego”¹¹⁷, czyli inne (niebędące jednostkami sektora finansów publicznych), osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli jednostki sektora finansów publicznych lub inne jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego (art. 4 pkt 3 ustawy PZP). Dodatkowo za zamawiających uznawane są związki podmiotów prawa publicznego (art. 4 pkt 4 ustawy PZP).

Trzecia grupa zamawiających to tzw. zamawiający sektorowi. Grupa ta obejmuje dwie kategorie zamawiających, jedna to tzw. „przedsiębiorstwa publiczne”¹¹⁸, czyli inne niż zamawiający publiczni podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy PZP, oraz na których zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności: a) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub b) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego (art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). Druga kategoria to inne niż zamawiający publiczni i „przedsiębiorstwa publiczne” podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy PZP, jeżeli działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych¹¹⁹.

Czwarta grupa to tzw. zamawiający subsydiowani¹²⁰, którymi są inne niż zamawiający publiczni lub zamawiający sektorowi, podmioty jeżeli zachodzą łącznie

¹¹⁷ W ten sposób opisaną grupę podmiotów zamawiających określono w art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE. Pojęcie to nie zostało przeniesione do prawa polskiego.

¹¹⁸ W ten sposób opisaną grupę podmiotów zamawiających określono w art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE. Pojęcie to nie zostało przeniesione do prawa polskiego.

¹¹⁹ Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy PZP prawami szczególnymi lub wyłącznymi są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty, z wyłączeniem praw przyznanych w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania: 1) obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi; 2) prowadzonego na podstawie przepisów ogłoszonych w obwieszczeniu Prezesa UZP.

¹²⁰ Jak wynika z art. 13 in fine dyrektywy 2014/24/UE: Instytucje zamawiające przekazujące subsydia, o których mowa powyżej w pkt 1 i 2, zapewniają przestrzeganie przepisów niniejszej dyrektywy w

następujące okoliczności: 1) ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP; 2) wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne; 3) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy PZP pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia¹²¹, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo rozszerzenia definicji wykonawcy w stosunku do poprzedniego stanu prawnego¹²² status wykonawcy jest ściśle związany z jego wolą ubiegania się o udzielenie zamówienia, wyrażaną na kolejnych etapach postępowania¹²³. Celem zmiany definicji było jej dostosowanie do regulacji unijnych oraz rozszerzenie poprzez objęcie nią dodatkowo np. uczestnika wstępnych konsultacji rynkowych, przedsiębiorcę niezaproszonego do negocjacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, czy byłego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia kwestionującego dopuszczalność zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z innym wykonawcą¹²⁴. Definicja ta powinna być odczytywana również w świetle przepisów KC, co oznacza, że oceniając status wykonawcy, należy badać, czy podmiot ten posiada zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Ustawa dopuszcza również wspólne ubieganie się o zamówienie przez grupy

przypadku, gdy subsydiowanego zamówienia nie udzielają one same, lub w przypadku, gdy udzielają takiego zamówienia w imieniu i na rzecz innych podmiotów.

¹²¹ Pojęcia ubiegania się o zamówienie jest rozumiane dwojako. Jak wskazuje D. Grześkowiak - Stojek w. M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...* 2024, s.46, przejawem ubiegania się o zamówienia jest np. zwrócenie się o wyjaśnienie treści SWZ czy wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem autorki, jeśli jednak nie złoży oferty, po upływie terminu składania ofert traci status wykonawcy. P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień...*, 2021, s.65. wskazał, że może to być nawet podmiot, który pobrał SWZ.

¹²² Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy PZP2004 za wykonawcę uznawano osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

¹²³ I. Pawlik, *Kto może ubiegać się o zamówienie, Pojęcie wykonawcy i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia w nowym Pzp*, ZP Doradca – dodatek 2020, Nr 4, s. 21.

¹²⁴ Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 13.

wykonawców, co w praktyce oznacza składanie wniosków lub ofert przez np. spółki cywilne lub tzw. konsorcja¹²⁵.

Co istotne, wśród desygnatów zamówienia nie ma elementów związanych z pochodzeniem środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia z określonych źródeł co oznacza, że zamówienie publiczne nie jest związane wyłącznie z wydatkowaniem środków publicznych¹²⁶. Oczywiście u samego źródła kształtowania się prawa zamówień publicznych niezmiernie istotnym elementem była konieczność ochrony wydatkowania środków publicznych. Sama ustawa PZP uznawana jest za narzędzie gwarantujące dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy, oszczędny z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Stąd też obecnie można przyjąć, że ścisłe powiązanie zamówień publicznych z ochroną wydatkowania środków publicznych ma charakter pośredni i nie wynika wprost z charakteru samej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Obowiązek stosowania prawa zamówień publicznych przez zamawiających ma zasadniczo charakter podmiotowy, co sprowadza się do konieczności stosowania procedur określonych w ustawie PZP przez zamawiających niezależnie od tego, czy źródłem finansowania są dochody budżetowe, czy pozabudżetowe. Zgodnie z art. 4 ustawy PZP *ab initio*, przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są: (...). Takie ukształtowanie obowiązku oznacza, że każdy podmiot zaliczany do grupy zamawiających publicznych, wskazanych w tym przepisie zobowiązany jest do zastosowania przepisów ustawy. Na uwagę zasługuje szczególny sposób określania tzw. podmiotów prawa publicznego, czyli zamawiających o których mowa w art. 4 pkt 3 ustawy PZP, który odnosi się m.in. do sposobu finansowania takich podmiotów (ponad 50% finansowania pochodzi od pozostałych zamawiających publicznych). Jednak również w tym wypadku sposób finansowania ma na celu ustalenie, czy dany podmiot jest obowiązany do stosowania

¹²⁵ Art. 58 i 59 ustawy PZP.

¹²⁶ W opinii „Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przy zawieraniu umów grupowego ubezpieczenia pracowniczego” UZP zwrócił uwagę, że: (...) *płatność w ramach zamówienia na grupowe ubezpieczenia pracownicze, mimo iż dokonywana przez zamawiającego, może być finansowana przez podmiot trzeci (pracownika) i na jego rzecz, nie zaś zamawiającego, może być wykonane świadczenie stanowiące przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że konstrukcja grupowego ubezpieczenia pracowników przewiduje, że to zamawiający samodzielnie i we własnym imieniu zobowiązuje się wobec wykonawcy i dokonuje na jego rzecz określonego przysporzenia, wykonawca zaś zobowiązany jest do spełnienia świadczenia wzajemnego w postaci określonych w umowie usług, dostaw lub robót budowlanych.*

przepisów ustawy. W przypadku uznania, że dany podmiot zalicza się do podmiotów prawa publicznego, staje się on zamawiającym, niezależnie od tego, czy wydatkuje środki pochodzenia publicznego, czy też inne.

W przypadku zamawiających sektorowych, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy PZP (innych niż zamawiający publiczni wykonujący działalność sektorową) przepisy ustawy znajdują zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamówienie jest udzielane w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy PZP. W tym przypadku nie każde zamówienie udzielane przez te podmioty podlega reżimowi ustawy PZP. Determinantą zastosowania procedur jest cel zakupu, nie zaś środki, z których będzie on realizowany. Tylko zamawiający subsydiowani, którymi są podmioty inne niż zamawiający publiczni lub zamawiający sektorowi stosują przepisy ustawy PZP (przy zachowaniu innych przesłanek¹²⁷), tylko w sytuacji, gdy ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Uwaga ta jest istotna z punktu widzenia dalszych rozważań na temat celu publicznego w kontekście natury stosunku zobowiązaniowego, jakim jest zamówienie publiczne. Pomimo wyraźnego zaznaczenia jego publicznego charakteru w samej definicji, w przepisach ustawy PZP próżno szukać wyraźnego powiązania wprost z pochodzeniem środków (poza zamawiającym subsydiowanym) oraz publicznym charakterem zakupu np. celem związanych z zadaniami własnymi lub zleconymi danego zamawiającego (z wyjątkiem zamawiających sektorowych). Dlatego w celu umiejscawiania pierwiastka publicznoprawnego w umowie w sprawie zamówienia publicznego należy sięgnąć głębiej, do samej natury stosunku prawnego.

Ostatnim wyróżnikiem definicji „zamówienia publicznego” jest przedmiot. Zamówienie publiczne to taka umowa, której przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane, przy czym ustawa PZP definiuje każde z tych pojęć. Definicje te pochodzą z prawa unijnego i nie są zbieżne z cywilistycznym rozumieniem dostaw, robót

¹²⁷ Zgodnie z art. 6 pkt 2 i 3 pozostałe warunki zaistnienia obowiązku zastosowania ustawy PZP to: wartość zamówienia, która musi być równa lub przekraczać progi unijne oraz jego przedmiot, którym są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

budowlanych, ani nawet potocznym rozumieniem usług. Dostawy, w rozumieniu prawa zamówień publicznych to nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Ponieważ nie ma tu umowy o nabyciu na własność, dostawą w rozumieniu prawa zamówień publicznych będzie również najem sprzętu, np. koparki.

Robota budowlana to, na gruncie prawa zamówień publicznych, wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Odwołując się do ww. załączników robotą budowlaną będzie np. wynajem sprzętu budowlanego i burzącego wraz z obsługą operatorską. Przykład ten obrazuje, jak definicja robót budowlanych różni się od pojęcia robót budowlanych znanego polskiemu ustawodawstwu np. w ustawie Prawo budowlane¹²⁸.

Definicja usług ma charakter negatywny. Zgodnie z art. 7 pkt 28 ustawy PZP usługa, to każde świadczenie, które nie jest robotą budowlaną lub dostawą. Przyjąć należy, że celem takiego ukształtowania definicji było przedmiotowe „domknięcie” systemu zamówień publicznych. Taki sposób definiowania przedmiotu umowy w sprawie zamówienia nadaje przedmiotowemu elementowi definicji charakteru porządkującego, nie określającego. Jeśli bowiem przedmiotem zamówienia są dostawy, roboty budowlane lub usługi, a usługą są wszystkie świadczenia, które nie stanowią dostaw i robót budowlanych, to przedmiotem zamówienia publicznego jest wszystko, co może zostać legalnie nabyte na podstawie odpłatnej umowy. Podział na roboty budowlane, dostawy i usługi służy jedynie przyporządkowaniu danego przedmiotu zamówienia, czyli - posługując się terminologią dyrektyw - ustalenia jego rodzaju.

Legalne definicje zamówienia publicznego zawarte zarówno w ustawie PZP i ustawie PZP2004 oraz dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE kładą nacisk na jego

¹²⁸ Zgodnie art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 682, ze zm.), Ilekroć w ustawie mowa jest o robotach budowlanych należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

materialny, a nie proceduralny charakter, jednoznacznie wskazując, że zamówienie publiczne stanowi sama umowa, będąca następstwem przeprowadzonej procedury, nie zaś procedura (czyli postępowanie o udzielenie zamówienia)¹²⁹, która prowadzi do jej zawarcia.

Korelacja definicji zawartych w prawie krajowym i europejskim związana jest nie tylko z koniecznością implementacji dyrektyw, w których została zawarta. Definicja umowy w sprawie zamówienia należy do właściwości prawa UE. Oznacza to, że jej kwalifikacja w prawie wewnętrznym pozostaje bez wpływu na ustalenie, czy jest ono objęte zakresem prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych¹³⁰. Dyrektywa określa pewne minimalne standardy, które muszą być zachowane przez państwa członkowskie¹³¹. Obejmuje przede wszystkim regulacje o charakterze proceduralnym, które określają zasady udzielania zamówień publicznych, zasady wyboru właściwego trybu udzielania zamówień publicznych, zasady wyboru wykonawców oraz oceny wniosków i ofert składanych przez tych wykonawców. W przedmiocie samych umów w dyrektywie 2014/24/UE znajdujemy uregulowania, dotyczące zasad modyfikacji umów w okresie ich obowiązywania (art. 72), jak również zasad rozwiązywania tych umów (art. 73)¹³². W pozostałym zakresie ustawodawca krajowy odnosi się do własnego systemu prawa cywilnego, czerpiąc z niego zasady zawierania, kształtowania treści i wykonywania

¹²⁹ Definicja postępowania w sprawie zamówienia została określona w art. 7 pkt 18 ustawy PZP jako postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

¹³⁰ P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...* s. 69-70 i powołana tam literatura w szczególności: S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londyn 2014, s. 388 oraz Ch. Bovis, *The Law of EU Public Procurement*, Edward Elgar Publishing 2012, s. 371. W konsekwencji w świetle prawa Unii Europejskiej bez znaczenia pozostaje, czy umowę w sprawie zamówienia zaliczymy na gruncie prawa krajowego do umowy publiczno- czy prywatnoprawnej. Zob. na ten temat przykładowo Z. Gordon, *O typologicznej kwalifikacji...*, s. 3 i n. oraz powołana tam literatura; A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, PiP 2008, Nr 2, s. 18–31 oraz W. Dzierżanowski, *Umowa o zamówienie publiczne. Stan obecny, stan przyszły*, w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 293–295 oraz A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec, *Dyrektywa w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 57.

¹³¹ W hierarchii źródeł prawa unijnego dyrektywy określana jest mianem prawa pochodnego, obok rozporządzeń, decyzji, zaleceń i opinii, oznacza to, że swoje pierwotne źródło mają w traktatach. Zgodnie z art. 288 TFUE, dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty; pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków.

¹³² J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, art. 1 nb. 2.

umowy. Pozwala to na minimalne ujednoczenie sposobu wykonywania umów w obszarze prawodawstw w państwach członkowskich.

Takie rozumienie zamówienia publicznego powoduje, że uznanie danej umowy za zamówienie publiczne nie jest domeną woli stron (czyli nie podlega swobodzie umów). Uznanie umowy za zamówienie publiczne jest kwestią subsumpcji danego stanu faktycznego w kontekście definicji. Charakter umowy wyznacza z kolei zakres obowiązków stron przy jej zawieraniu, kształtowaniu jej treści oraz wykonywaniu. Dlatego właściwe zaklasyfikowanie umowy (do zamówień publicznych lub umów spoza tej grupy), stanowi kluczowy element dla wyznaczenia granic swobody umów. Prawo zamówień publicznych, a w ślad za nim właściwe mu ograniczenia kontraktowania znajdują bowiem zastosowanie jedynie do umów wspólnie określanych mianem zamówień publicznych. Nasuwa się zatem pytanie, czy tak charakterystyczna i szczegółowo zidentyfikowana umowa nie powinna być uznawana za umowę nazwaną, rozumianą jako typ umowy ustawowo określonej, najczęściej zdefiniowanej w jednym przepisie prawa.

3. Umowa nazwana czy nienazwana

Pomimo wielu – wspomnianych wyżej – cech charakterystycznych, wspólnych dla umów w sprawie zamówienia publicznego jako określonej grupy umów, w doktrynie przyjmuje się (choć niezupełnie jednolicie), że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest odrębnym typem umowy nazwanej¹³³. Najważniejszym argumentem przemawiającym za taką tezą jest brak możliwości określenia cech konstytutywnych umów w sprawie zamówień publicznych, w tym zwłaszcza ich elementów przedmiotowo istotnych.

Teza ta wynika jednoznacznie z zakresu regulacji oraz odesłania do stosowania przepisów KC. Stanowisko takie wyraził SN w wyroku z dnia 10.04.2003 r., III CKN 1320/00¹³⁴ uznając, że: *udzielenie i realizacja zamówień publicznych następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych, a wolą ustawodawcy nie było wyodrębnienie samodzielnego kontraktu nazwanego, lecz jedynie ograniczenie swobody*

¹³³ Tak również J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021; s. 1037, H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych Komentarza*, Warszawa 2021, s. 85-86.

¹³⁴ OSNC Nr 7-8 poz. 112.

kontraktowej stron. Potwierdził je w wyroku z dnia 18.02.2016 r., II CSK 197/15¹³⁵, wskazując, że umowy zawierane w reżimie prawa zamówień publicznych nie są odrębnym typem umów nazwanych, więc należy je kwalifikować na zasadach ogólnych, odnosząc się do regulacji KC. W związku z tym umowa w sprawie zamówienia publicznego może przybrać postać umowy nazwanej uregulowanej w przepisach KC, umowy mieszanej lub umowy nienazwanej¹³⁶.

Warto odnotować stanowisko odmienne, acz odosobnione, wyrażone w wyroku SN z 13.09.2001 r., IV CKN 381/00¹³⁷, gdzie SN określił umowę w sprawie zamówienia mianem „pozakodeksowego typu umowy nazwanej”. Uzasadniając swoje stanowisko SN wyjaśnił, że celem norm zawartych w ustawie o zamówieniach publicznych jest zapewnienie ochrony interesu publicznego, mają one więc charakter publicznoprawny. W prawie publicznym podział norm na imperatywne, dyspozytywne i semidyspozytywne z oczywistych względów nie występuje. Jednak powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Umowę o zamówienie publiczne – mimo występujących zastrzeżeń, na które zwraca się uwagę w piśmiennictwie prawniczym – uznał za pozakodeksowy typ umowy nazwanej. Można zatem uznać, że źródłem uznania, że umowa w sprawie zamówienia jest umową nazwaną, był jej publicznoprawny charakter.

Stanowisko to zostało jednak szeroko skrytykowane¹³⁸. Po pierwsze, jak słusznie wskazuje Z. Gordon, sam termin „umowa nazwana” należy do siatki pojęć języka prawniczego właściwego dla prawa cywilnego. Już chociażby z tego powodu trudno rozpatrywać w tych kategoriach umowę przynależącą do prawa publicznego. Jednak nawet, gdyby analizę taką przeprowadzić, autor słusznie zauważa, że w teorii prawa cywilnego tradycyjnie przyjmuje się, że przez umowę nazwaną należy rozumieć taką umowę, której co najmniej elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*) są ustalone przepisami

¹³⁵ LEX nr 2019505.

¹³⁶ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1037; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie...*, s. 93.

¹³⁷ OSN 2002, Nr 6, poz. 75.

¹³⁸ A. Szyszkowski, *Glosa do wyroku SN z 13.09.2001 r. IV CKN 381/00*, MoP 2002/21, s. 1004 i n.; R. Szostak, *Glosa do wyroku SN z 10.04.2003 r., III CNK 1320/00*, PS 2005/1, s. 180 i n.; Z. Gordon, *O typologicznej kwalifikacji ...*, s. 9-12; R. Szostak, *Zakres i struktura ...*, s. 12-15. Dziwić może zatem powołanie się na wskazany wyrok przez P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 69, jako podstawy do twierdzenia, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów umowa w sprawie zamówienia stanowi ma pozakodeksowy typ umowy nazwanej.

prawa¹³⁹. Warunkiem wyodrębnienia jest jednak okoliczność, że nie konsumuje jej pojęciowo inna umowa nazwana wyodrębniona na wyższym szczeblu z punktu widzenia hierarchii źródeł prawa, a jej regulacja prawna nie jest uzupełniona przepisami dotyczącymi tej innej umowy na zasadzie *lex specialis – lex generalis*¹⁴⁰. W tak określone ramy nie sposób wpisać umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawowa definicja „zamówienia publicznego” nie pozwala na wyodrębnienie cech konstytutywnych pozwalających na określenie każdej umowy o zamówienie publiczne. Słowo „umowa” użyte w definicji, ma na celu zdefiniowanie zamówienia publicznego za pomocą tego pojęcia, a nie w celu zdefiniowania umowy jako takiej. Również inne elementy definicji (np. odpłatność, przedmiot umowy) nie pozwalają na przyjęcie, że mamy do czynienia ze szczególnym rodzajem umowy nazwanej, gdyż nie kształtują cech konstytutywnych umowy.

Niemiarodajne staje się także wyodrębnienie umowy w sprawie zamówienia jako umowy nazwanej poprzez rekonstrukcję jej cech na podstawie całokształtu przepisów ustawy PZP. Wprawdzie z biegiem czasu ustawodawca wprowadza coraz to nowe obowiązki i zakazy w zakresie treści umowy, wydaje się jednak, że nadal nie są one na tyle istotne, aby można było mówić o nowym typie umowy nazwanej. Nie dotyczą bowiem elementów przedmiotowo istotnych, a celem jaki przyświecał ich wprowadzeniu, nie było kształtowanie szczególnego stosunku prawnego, ale punktowa ochrona wykonawców w przestrzeni newralgicznych wymogów, z uwagi na adhezyjny charakter samej umowy.

Nie sposób również wyodrębnić umów w sprawie zamówień, odnosząc się do skutków, jakie pociąga za sobą zawarcie umowy¹⁴¹ oraz możliwości odtworzenia na podstawie jej treści cech konstytutywnie istotnych określających dany typ umowy nazwanej. Wymogi odnoszące się do treści umowy w sprawie zamówienia (np. postanowienia dotyczące waloryzacji, obowiązek określenia warunków zapłaty wynagrodzenia oraz łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą

¹³⁹ Z. Gordon, *O typologicznej kwalifikacji ...*, s. 9, powołując się na: W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 112, A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 83–84, S. Włodyka, w: *System prawa handlowego*, Tom 5. *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2011, s. 34. Zob. także B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, SC 1971, t. XVII, s. 5 i n. Autor podkreśla jednak, że choć niektórzy autorzy zasadnie zwracają uwagę, że właściwsze byłoby tu mówienie o cechach konstytutywnych, bowiem dla klasyfikacji typologicznej umowy, obok jej treści, istotne znaczenie mogą mieć także szczególne właściwości stron, jakkolwiek do *essentialiarum negotii* nie są one zaliczane.

¹⁴⁰ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 227.

¹⁴¹ W nauce prawa cywilnego uznaje się, że typologiczną klasyfikację umów, w ramach której wyodrębnia się m.in. umowy nazwane, przeprowadza się dla ustalenia skutków, jakie pociąga za sobą zawarcie umowy (patrz: Z. Radwański, *Teoria...*, s. 249).

dochodzić strony, ograniczenia w zakresie zaliczkowania, wysokości i form zabezpieczenia należytego wykonania itp.) nadal nie pozwalają na zrekonstruowanie ani przedmiotu takiej umowy, ani typowych praw i obowiązków stron.

Stąd zasadne wydaje się przyjęcie, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi odrębnego typu umowy nazwanej. Nie można jednak wykluczyć, że dalsza ewolucja prawa zamówień publicznych doprowadzi kiedyś do takiego wyodrębnienia. Jest to szczególnie interesujące zagadnienie podobnie jak zagadnienie stopniowego kształtowania się nowej gałęzi prawa, chociaż w doktrynie wciąż operuje się pojęciem syntezy ponadgałęziowej¹⁴².

4. Podsumowanie

Zgodnie z art. 7 pkt 32 ustawy PZP „zamówienie” to umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Pomimo legalnej definicji zamówienia, w doktrynie nie cichnie dyskusja na temat faktycznego znaczenia pojęcia „zamówienie”, „zamówienie publiczne” i „umowa w sprawie zamówienia”. Jednak kluczowe jest ostateczne zaklasyfikowanie umów w sprawie zamówienia do umów o cywilnoprawnej regulacji, jednak z istotnymi odrębnościami od klasycznej umowy między podmiotami prywatnymi.

Pierwszorzędne znaczenie w prawie zamówień publicznych mają normy o charakterze *ius cogens*, narzucające zamawiającemu i wykonawcom określone schematy działań, które zapewnią urzeczywistnienie naczelných zasad wyrażonych wprost w ustawie PZP lub z niej wynikających. Wybór kontrahenta następuje w sformalizowanym postępowaniu, które charakteryzuje się znaczną specyfiką. Nie bez znaczenia są również przepisy unijne, których wpływ wyraża się nie tylko jako ustanowione ramy, w których porusza się krajowy legislator, ale również jako zbiór zasad wpływających na interpretację i stosowanie prawa.

Cechy odróżniające system zawierania umów w ramach prawa zamówień publicznych pozwalają na wyodrębnienie „systemu zamówień publicznych”. Tak osadzony system zamówień publicznych nie jest zatem jednorodny, a poszczególne przepisy nabierają

¹⁴² R. Szostak, *Zakres i struktura ...*, s. 14-15.

mogą różnego charakteru, na co wskazywano w Rozdziale I. Dlatego należy opowiedzieć się za poglądem, że sama umowa w sprawie zamówienia, pomimo swej specyfiki jest umową podlegającą przepisom prawa cywilnego, a jej interpretacja powinna odbywać się w sposób właściwy prawu cywilnemu, w szczególności przez pryzmat zasady swobody umów i jej granic.

Pomimo wspomnianych wyżej cech charakterystycznych, wspólnych dla umów w sprawie zamówienia publicznego jako określonej grupy umów, w doktrynie przyjmuje się (choć niezupełnie jednolicie), że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest odrębnym typem umowy nazwanej. Zatem uprawniony jest wniosek, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest cywilnoprawną umową nienazwaną z widocznym pierwiastkiem administracyjnoprawnym – o którym szerzej w dalszej części rozprawy.

III. Kształtowanie się zasady swobody umów w prawie zamówień publicznych

1. Wstęp

Z poszanowaniem różnorodności przywołanych wyżej poglądów doktryny i judykatury, w dalszej części pracy prawo zamówień publicznych będzie traktowane jako część prawa prywatnego, a umowa w sprawie zamówienia publicznego jako zobowiązanie, czyli – najogólniej rzecz ujmując - dwustronnie zindywidualizowany stosunek prawny (odpłatna umowa), obejmujący obowiązek świadczenia (nabycie dostaw usług lub robót budowlanych) jednego podmiotu (wykonawcy) na rzecz drugiego (zamawiającego)¹⁴³. Wnioski te pozwalają na dokonanie dalszych rozważań na temat swobody zawierania takich umów w świetle podstawowych zasad KC oraz z uwzględnieniem roli i specyfiki prawa zamówień publicznych.

Swoboda umów uznawana jest za jedną z najbardziej doniosłych zasad prawa cywilnego, która sięga wszystkich jego części¹⁴⁴, choć szczególne miejsce znajduje w prawie zobowiązań. Określana jest niekiedy mianem serca systemu zobowiązań umownych¹⁴⁵. Wyraża ją *expressis verbis* art. 353¹ KC, dodany do kodeksu ustawą z dnia 28.07.1990 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny¹⁴⁶, w ramach tzw. „reformy pierwszego etapu”¹⁴⁷. Przepis art. 353¹ KC stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

¹⁴³ Zob. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 29 i n oraz cyt. tam dawniejsza literatura; nawiązuje do niego także P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 136.

¹⁴⁴ Zob. M. Gutowski, *Autonomia woli a automatyzacja obrotu prawnego (granice przypisania skutków oświadczeń woli składanych elektronicznie)*, w: J. Pisuliński, J. Zawadzka (red.), *Aksjologia prawa cywilnego i cywilnoprawna ochrona dóbr*, Warszawa 2020, s. 36.

¹⁴⁵ Określenia takiego użył M. Szczygieł w: *Właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego jako ograniczenie zasady swobody umów*, *Palestra* z 1997 r., Nr 41/7-8 (475-476), s. 17.

¹⁴⁶ Dz.U. Nr 55, poz. 321.

¹⁴⁷ Pierwszy etap reformy prawa cywilnego został zrealizowany przez wydanie ustawy z 28.07.1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 55, poz. 321 ze zm.) oraz ustawy z 25.10.1991 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, oraz ustaw: o księgach wieczystych i hipotece, Prawo spółdzielcze, Kodeks postępowania cywilnego, Prawo lokalowe (Dz.U. Nr 115, poz. 496).

Przedstawiciele nauki i judykatura zgodnie podkreślają, że zasada swobody umów ma również umocowanie w ustawie zasadniczej, chociaż nie jest w niej wyrażona wprost¹⁴⁸.

Ważną determinantą zasady swobody umów są jej ograniczenia. Nawet zwolennicy koncepcji wolności gospodarczej jako motoru napędowego gospodarki wolnorynkowej dostrzegali potrzebę wprowadzenia mechanizmów korygujących ewentualne niewłaściwe korzystanie z nieograniczonej swobody kontraktowej. Jednak w piśmiennictwie zwraca się uwagę na ważną dyrektywę interpretacyjną zakazującą stosowania rozszerzającej wykładni wyjątków od ogólnej zasady swobody kontraktowania¹⁴⁹.

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 prawną¹⁵⁰. Zasada swobody umów oznacza zatem 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 uprawnień¹⁵¹. W prawie zamówień publicznych sama już istota zamówienia publicznego wpływa na potrzebę wprowadzenia optymalnych ograniczeń swobody kontraktowej, zarówno w odniesieniu do samych umów, jak i procedur poprzedzających ich zawarcie¹⁵². Nie przekreślają one jednak swobody kontraktowej w rozumieniu kodeksowym¹⁵³, wyznaczając jedynie wyraźne jej granice, nieznane innym dziedzinom prawa.

¹⁴⁸ Por. m.in. wyrok TK z 29.04.2003 r., SK 24/02, OTK-A 2003, Nr 4, poz. 33, który wywodzi wolność z art. 31 Konstytucji RP; por. także wyrok TK z 13.09.2005 r. K 38/04, OTK-A 2005, Nr 8, poz. 92 oraz wyrok z 21.11.2005 r. P 10/03, OTK-A 2005, Nr 10, poz. 116, które wskazują na ścisłą zależność zasady wolności gospodarczej i wolności umów; por. w tej kwestii także M. Safjan, w: *System Prawa Prywatnego*, Tom 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 137 i n.; P. Machnikowski, w: E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 426 i n.; R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ KC*, Kraków 2005, s. 67 i n.

¹⁴⁹ C. Żuławska, *Wokół zasady wolności umów (art. 353¹ k.c. i wykładnia zwyczajnej)*, Acta Universitatis Wratislaviensis Nr 1690, Prawo CCXXXVIII, Wrocław 1994, s. 175-176.

¹⁵⁰ A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 102–103.

¹⁵¹ Zob. A. Jedliński, J. Mędrzecka, *Zasada swobody umów a ważność czynności prawnej*, Rej. 2003, Nr 5, s. 91–94; uchwała SN z 28.04.1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135.

¹⁵² R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 27 i n. oraz A. Panasiuk: *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz – Warszawa, 2007, s. 132 i n.

¹⁵³ R. Szostak, *O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych*, w: M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Olsztyn 2019, s. 10, również KIO w wyroku z 21.05.2021 r., KIO 1066/21, Legalis nr 2612982.

Co interesujące, zaczątki swobody umów i kształtowanie się systemu zakupów dla zbiorowości znajdują swoje źródła w odmiennych potrzebach i założeniach. Dopiero ewolucja systemu zamówień publicznych w kierunku cywilnoprawnym spowodowała zbliżanie się ścieżek kontraktów dla zbiorowości z kontraktami *stricte* prywatnoprawnymi, co zostanie zaprezentowane w dalszej części niniejszego Rozdziału.

2. Swoboda umów w ujęciu historycznym

Ewolucję i wykształcenie zaczątków zasady swobody umów można zaobserwować w prawie rzymskim. Początkowo rzymskie prawo klasyczne oparte było na zasadzie sformalizowania czynności prawnych oraz zamkniętego katalogu typów kontraktów. Z czasem uległo zmianie poprzez wprowadzenie nieznacznego zakresu swobody określania treści umów. Zakres wolności stopniowo się powiększał, choć nie doprowadziło to do powstania pełnej swobody kształtowania treści umów konsensualnych. Ograniczenia jej zakresu wyznaczało prawo (prywatne i publiczne) oraz dobre obyczaje¹⁵⁴. Tego typu system kontraktowy, jako system umów pomiędzy stronami, uznawanych przez prawo cywilne, a przez to zaskarżalnych w państwie rzymskim, dotyczył głównie zobowiązań. W ten sposób rzymski system kontraktowy zbliżał się do obecnie znanego nam systemu zobowiązań uwzględniającego coraz lepiej zarysowaną swobodę zawierania umów.

W średniowieczu swoboda określania treści umów, często wyrażana była poprzez dogmat, że nawet nieformalnych umów należy dotrzymywać. Wobec słabości organizacji państwowych i prawodawstwa zasada swobody umów i jej ograniczenia wynikały z reguł moralności; główne znaczenie miał wymóg braku pokrzywdzenia żadnej ze stron oraz prawdy¹⁵⁵.

Za kolejny znaczący etap ewolucji swobody umów uznawany jest wiek XVII i XVIII i panujący wówczas nurt ekonomicznego liberalizmu oraz myśl filozoficzna podkreślająca znaczenie indywidualnej wolności¹⁵⁶. W kolejnych dziesięcioleciach nurt ten

¹⁵⁴ A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 521.

¹⁵⁵ M. Sośniak, *Rozwój historyczny konstrukcji umowy obligacyjnej*, Katowice 1986, s. 41 oraz R. Trzaskowski, *Granice...* s. 38 i n., A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, s. 522.

¹⁵⁶ M. Sośniak, *Rozwój historyczny konstrukcji umowy obligacyjnej*, Katowice 1986, s. 94; A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, s. 52; Z. Radwański, *Teoria...*, s. 9 i n.; Z. Radwański, K. Mularski, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2.

poddany był silnej krytyce opartej na konieczności dostrzegania potrzeb i interesów ogólnospołecznych, również w kontekście pogłębiających się nierówności społecznych. Dlatego w tym czasie wykształciło się dążenie do ograniczenia jak najszerszej swobody kontraktowej opartej na autonomii woli jako kategorii psychicznej¹⁵⁷.

W tym czasie ukształtowały się ograniczenia legislacyjne w korzystaniu z pełnej swobody umów. Ich celem było niwelowanie faktycznych nierówności stron umowy (związanych z różnymi czynnikami społecznymi i gospodarczymi) i wprowadzenie sprawiedliwości w rozkładzie wzajemnych praw i obowiązków stron¹⁵⁸. Tak kształtowały się i ewoluowały granice swobody umów, które przybierały różne formy, przez normy bezwzględnie obowiązujące, regulacje dotyczące wzorców umownych, klauzul abuzywnych itp.¹⁵⁹

Na gruncie prawa polskiego warto odnotować moment, gdy po zakończeniu I wojny światowej i odzyskaniu przez Polskę niepodległości Komisja Kodyfikacyjna rozpoczęła prace nad stworzeniem nowego prawa zobowiązań. Uznano wtedy, że jedną z fundamentalnych kwestii, którą należy odpowiednio unormować, jest zasada swobody umów¹⁶⁰.

Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2019, s. 5 i n.; J. Kaczor, *Zasada autonomii woli w świetle filozofii liberalnej*, RPEiS 2001, Nr 1-2, s. 6 i n.; A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 93.

¹⁵⁷ Zob. M. Sośniak, *Zasada...*, s. 19; Z. Radwański, *Teoria ...*, s. 15 i n.; Z. Radwański, K. Mularski, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 5 i n.; R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 42 i n.

¹⁵⁸ A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, s. 522, gdzie zwrócono uwagę na nasilenie się prawnych reakcji na zjawiska koncentracji kapitału, monopolizacji rynku, standaryzacji umów dokonywanej przy użyciu wzorców umownych, często prowadzącej do uzyskania przez umowę charakteru adhezyjnego, specjalizacji działalności gospodarczej, posługiwania się reklamą o znikomej wartości informacyjnej itd.

¹⁵⁹ Zob. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 14 i n.; E. Traple, E. Traple, *Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy*, KPP 1997, Nr 2, s. 228 i n.; R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 43 i n.

¹⁶⁰ Szerzej na ten temat: R. Longchamps de Bérier, *Zasada wolności umów w projektach polskiego prawa o zobowiązaniach*, w: R. Longchamps de Bérier (red.), *Księga pamiątkowa ku czci Władysława Abrahama*, Lwów 1930, s. 351; I. Łyskowski, *W sprawie kodyfikacji naszego prawa cywilnego*, Themis Polska, 1924/25, Tom II, s. 1-112; M. Derek, *Indywidualizm czy socjologizm? Zasada swobody umów w projektach polskiego kodeksu zobowiązań z 1933 roku na tle porównawczym*, Czasopismo Prawno-Historyczne 2/2015, s. 169-191; D. Haponiuk, *Uwagi o pracach na polskim kodeksie zobowiązań z 1933 r. ze szczególnym uwzględnieniem zasady słuszności*, Miscellanea Historico-Iuridica 2018, Tom XVII, z. 1, s. 143-153.

3. Ewolucja prawa zamówień publicznych w kontekście swobody umów

Inaczej kształtowało się samo prawo zamówień publicznych. Jego geneza jest na tyle odmienna, że punkty wspólne z cywilnoprawną koncepcją swobody umów są na przestrzeni wieków ledwo dostrzegalne. Dlatego w niniejszej rozprawie poświęcam jej nieco więcej uwagi.

Początków zamówień publicznych należy doszukiwać się w okresach, kiedy pojawiła się konieczność realizowania określonych zadań na potrzeby funkcjonującej władzy. Dlatego w piśmiennictwie geneza zamówień publicznych łączona jest z okresem kształtowania państwowości i koniecznością zaspokajania potrzeb społecznych w obrębie pewnej wspólnoty. Inne były zatem cele jakim przyświecało kształtowanie się prawa cywilnego i zakupów dla zbiorowości. Historia zakupów dokonywanych przez wspólnotę oraz jej władze jest prawdopodobnie równie stara jak historia cywilizacji zachodnioeuropejskiej¹⁶¹. Określenie źródeł prawa zamówień publicznych lub szerzej systemu zamówień publicznych¹⁶², wiąże się jednak z wyodrębnieniem szczególnych form zamawiania przez wspólnotę potrzebnych jej dóbr i usług oraz wynagradzania dostawców i wykonawców za ich świadczenie.

Dla potrzeb ustalenia genezy systemu zamówień publicznych w ramach zbliżonych do współczesnych wyróżnić można dwie główne determinanty. Po pierwsze dla ich zaistnienia konieczne było wyraźne wyodrębnienie środków publicznych oraz zadań i kompetencji władzy publicznej. Po drugie kontrakty publiczne mogły zaistnieć jedynie w warunkach rozwiniętej gospodarki towarowo-pieniężnej powiązanej z fiskalizmem państwa¹⁶³.

¹⁶¹ A. Ziółkowski, *Historia Powszechna. Starożytność*, Warszawa 2009, s. 54–70.

¹⁶² Pojęcie systemu zamówień publicznych zostało omówione w Rozdziale I.

¹⁶³ S. Kuchnio, *Początki zamówień publicznych w starożytności*, Kwartalnik PZP Nr 2/2016, s. 66; w tym kontekście autor wykluczył z kręgu zamówień publicznych szereg występujących na przestrzeni dziejów form pozyskiwania dóbr i usług na cele wspólne np. prace publiczne prowadzone przez starożytne państwa niejako „systemem gospodarczym”, tj. na własnych polach i we własnych warsztatach (jak np. w Mezopotamii), przy pomocy nieodpłatnych świadczeń przymusowych niektórych warstw społeczeństwa lub nakładem pracy niewolniczej i jenieckiej (np. Asyria) albo pracy własnych żołnierzy (vide: Rzym), etc. Nie będzie nimi także pozyskiwanie rozmaitych świadczeń i danin naturalnych, zarówno osobistych, jak i rzeczowych, ani pozyskiwanie usług i świadczeń w ramach stosunków feudalnych, np. w zamian za przekazanie części uprawnień władzy publicznej. Zamówieniami publicznymi nie będą wreszcie prace i darowizny na cele publiczne wykonywane czy ofiarowane przez obywateli na ich koszt i według ich uznania. Na przykład: urządzone przez sprawujących edylat, Bibulusa i Cezara, i opłacane z ich własnych środków, igrzyska oraz uroczystości publiczne nie powinny zostać zakwalifikowane w ten sposób.

W starożytnym Rzymie rozwój zamówień publicznych łączył się nierozzerwalnie z rozwojem państwowości, fiskalizmu i prawa. W literaturze podkreśla się, że istotnym czynnikiem rozwoju rzymskich zamówień publicznych było unormowanie, wraz z zaskarżalnością, umów konsensualnych, stanowiących podstawę efektywnego obrotu gospodarczego, uważanych za jedno z najważniejszych osiągnięć prawa rzymskiego¹⁶⁴. W zamówieniach publicznych dominowały konsensualne kontrakty: kupna-sprzedaży (*emptio venditio*) z ceną wyrażoną w pieniądzu i odpowiedzialnością za wady przedmiotu sprzedaży, najmu usług (*locatio operarum*), zabezpieczanego w późniejszych czasach karą umowną, a także szeroko stosowane zlecenie (*mandatum*). R. Szostak powołując się na literaturę niemiecką wskazuje na interesujący aspekt wiarygodności kontrahenta jako czynnik istotny z punktu widzenia doboru wykonawcy¹⁶⁵.

Rodząca się w okresie średniowiecznym monarchia patrymonialna i charakterystyczne dla niej utożsamianie dóbr publicznych z osobistą własnością feudalną władcy, stanowiła główny hamulec rozwoju gospodarczego i zacofania w sprawach publicznych¹⁶⁶. Ożywienie gospodarcze nadeszło dopiero wraz ze stabilizacją zagwarantowaną przez monarchię Karolingów i większym zaangażowaniem Bizancjum w Europie Wschodniej, wzrostem znaczenia chrystianizacji, politycznej aktywności Kościoła, działalnością zakonów i otwarciem bezpiecznych szlaków handlowych¹⁶⁷. Wielkiego renesansu doczekała się umowa obligacyjna, w wyniku recepcji prawa rzymskiego¹⁶⁸.

Istotną rolę w rozwoju średniowiecznych zamówień publicznych przypisuje się odrodzeniu konsensualnych umów terminowych i wzrost znaczenia samorządu miejskiego, a także republikańskiego ustroju państwowego najpierw na półwyspie Apenińskim¹⁶⁹, potem na ziemiach francuskich i niemieckich, wreszcie na wschodzie Europy.

¹⁶⁴ R. Szostak, *Zamówienia publiczne...*, s. 9 oraz powołany tam S. Estreicher, *Początki prawa umownego*, Kraków 1901, s. 9 i n.

¹⁶⁵ R. Szostak, *Zamówienia publiczne...*, s. 9.

¹⁶⁶ R. Szostak, *Zamówienia publiczne...*, s. 11; J. Szpak, *Historia gospodarcza powszechna*, Warszawa 2007, s. 70 i n.

¹⁶⁷ R. Szostak, *Zamówienia publiczne...*, s. 12 oraz powołane tam: H. Samsonowicz, *Narodziny średniowiecznej Europy*, Warszawa 1999, a także B. Ziętara, *Historia powszechna średniowiecza*, Warszawa 1994.

¹⁶⁸ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 88 i n.

¹⁶⁹ Por. J. Szpak, *Historia gospodarcza powszechna*, Warszawa 2003, s. 98-104. Były to zazwyczaj zamożne i sprawnie zarządzane republiki (Werona, Florencja, Siena, Ferraro, Mediolan, Lubeka, Burgia, Antwerpia, Amsterdam, Rostock) kontrolujące szlaki handlowe, a nawet panujące na morzach i zakładające własne kolonie (Wenecja, Genua).

Wprowadzano obowiązki przeprowadzania co najmniej sondażu rynkowego, reaktywowano też jednostronne przyrzeczenie nagrody i niewiążąca w skutkach licytację¹⁷⁰.

W okresie absolutyzmu oświeconego w Europie zachodniej doszło do rozbudowy funkcji państwa, administracji, unowocześnienia finansów publicznych i istotnego wzrostu znaczenia zamówień rządowych, udzielanych z zastosowaniem umów cywilnoprawnych. Z czasem przymus feudalny i świadczenia osobiste ludności zeszyły na margines¹⁷¹. Ważnym krokiem stało się wyodrębnienie skarbu państwa od majątku osobistego władcy, co wzmocniło rozwój budownictwa publicznego oraz rozbudowę administracji¹⁷². Zmiany te uzasadniały wzrost wydatków i konieczność ustalenia nowych zasad zamawiania dostaw i robót na potrzeby publiczne w celu wyeliminowania zagrożeń korupcyjnych i innych nadużyć rzutujące bezpośrednio na efektywność czynionych wydatków. We Francji obok ministrów resortowych podporządkowanych bezpośrednio królowi ustanowiono urząd głównego kontrolera finansów, czuwającego nad wykonaniem budżetu i zamówieniami publicznymi¹⁷³. W Austrii i Prusach ukształtowała się administracja bardziej zhierarchizowana, ale równie silnie podporządkowana władcom¹⁷⁴. W Rosji w wyniku reform Piotra I i Katarzyny II realną administrację sprawowały tzw. kolegia zastąpione ministerstwami¹⁷⁵. Zaufanie osobiste zastępowano zaufaniem do kwalifikacji zawodowych. Szczegółowa kontrola administracyjna wydatków (rachunków) zapobiegać miała nadużyciom, a surowa odpowiedzialność karno-administracyjna za uchybienia, dopełniała zorganizowanego sposobu ochrony interesów skarbowych¹⁷⁶.

Dynamiczny wzrost potrzeb, a w ślad za nim samych zakupów publicznych stworzył konieczność poszukiwania rozwiązań systemowych w postaci wiążących instrukcji czy zaleceń. Dopiero na dalszym etapie pojawiły się wyspecjalizowane

¹⁷⁰ R. Szostak *Zamówienia publiczne...*, s. 14 oraz powołane tam A. Petrucci, *Rozważania o exceptio mercis non traditae oraz praedictio ne aliter emptori res traderetur quam si pretium solverit przy auctio argentaria*, w: A. Lityński, P. Fiedorczyk (red.), *Miscellenta Historico – Iuridica*, Tom. IV, Białystok 2006, s. 11 i n.

¹⁷¹ Jak wskazuje jednak R. Szostak w *Zamówienia publiczne...*, s. 20, w Europie Wschodniej sytuacja przedstawiała się inaczej; panowała wtedy stagnacja, konserwowana feudalnym porządkiem prawnym. Z braku reform aktywność gospodarcza szlachty poszła w odwrotnym kierunku – umocnienia mechanizmów gospodarki folwarczno-pańszczyźnianej, znoszonych dopiero w II połowie XIX w.

¹⁷² M. Szaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 265 oraz J. Malec i D. Malec, *Historia administracji i myśli administracyjnej*, Kraków 2000, s. 31 i n.

¹⁷³ Por. M. Szaniecki, *Powszechna historia ...*, s. 268–269 oraz K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1991, s. 115.

¹⁷⁴ J. Malec, D. Malec, *Historia administracji ...*, s. 45–46.

¹⁷⁵ Por. K. Koranyi, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 1976, s. 74 i n.

¹⁷⁶ R. Szostak, *Zamówienia publiczne...*, s. 22.

regulaminy, a w końcu regulacje prawa stanowionego¹⁷⁷. Początkowo wiążące konkursy i licytacje funkcjonowały jedynie na gruncie prawa zwyczajowego i statutowego oraz wycinkowej reglamentacji administracyjnej zamówień publicznych. Jeszcze później rozwiązania te pojawiały się w normach o charakterze kodeksowym¹⁷⁸.

Z czasem regulacje nabierały nowych kształtów w obrębie procedury¹⁷⁹. Zmiany pojawiły się również w obszarze planowania zakupów i szacowania przyszłych wydatków. Szacowanie odnosiło się do przeciętnych cen rynkowych. Kolejny krok na drodze rozwoju zamówień publicznych stanowiły unormowania wzmacniające ochronę interesów zamawiającego w fazie realizacji umowy (zwłaszcza o karach umownych i zabezpieczeniu roszczeń) oraz surowsze przepisy o odpowiedzialności wykonawcy za wady przedmiotu zamówienia¹⁸⁰.

Rozwój prawa zamówień publicznych odzwierciedla stopniowe kształtowanie się przekonania, że to umowy majątkowe zapewniające świadczenia na potrzeby publiczne stanowią lepszy instrument prawny niż danina naturalna oparta na przymusie administracyjnym¹⁸¹. Omówione rozwiązania i regulacje prowadzą do wniosku, że rozwój

¹⁷⁷ R. Szostak, *Zamówienia publiczne...*, s. 23 oraz powołane tam literatura. Autor wymienia pionierską (jak ją określa) instrukcję wydaną w czasach nowożytnych w sprawie publiczno-ofertowego zlecenia robót budowlanych, czyli francuskie wytyczne z 1535 r. (na ich istnienie wskazuje zachowany protokół udzielenia zamówienia), wprowadzające wymóg zebrania i porównanie ofert złożonych w następstwie publicznego zaproszenia w celu wyłonienia najlepszego kandydata do udzielenia zamówienia. Z kolei na ziemiach niemieckich wskazuje się instrukcję wojskową z 1542 r. dotyczącą budowy fortyfikacji w bawarskim Ingolstadt, nakazującą uruchomienie publicznego ogłoszenia dla rozeznania skali zainteresowania wykonawców w celu zawarcia umowy z tym, kto podejmie się wykonania robót na najlepszych warunkach. Jako dalszy przykład wskazuje się w piśmiennictwie regulamin władz hamburskich (wolnego miasta hanzeatyckiego) z 1617 r. zawierający wytyczne w zakresie zamawiania robót budowlanych, mające na celu „zaprowadzenie oszczędności w kosztach”. W imię efektywności ekonomicznej transakcji, a także ochrony interesów miejskich przed nadużyciami zalecano porównanie ofert pisemnych lub składanych ustnie do protokołu, połączone z wstępnym badaniem wiarygodności wykonawców. Brak jednak danych o okresie obowiązywania tego regulaminu. Nie odnotowano też, aby stał się on wzorem dla innych miast hanzeatyckich.

¹⁷⁸ R. Szostak, *Zamówienia publiczne w starożytności oraz w epoce średniowieczno-feudalnej*, PZP 2012 nr 3, s. 23, wskazuje, że pierwsze kodeksowe unormowanie jednostronnie wiążącego przyrzeczenia publicznego nastąpiło dopiero w pruskim Landrechcie z 1794 r., natomiast w ogóle nie trafiło do kodeksu Napoleona, a do kodeksu austriackiego wprowadzono je stosunkowo późno, w ramach wielkiej jego nowelizacji z 1916 r. Obie procedury przewidywały już kodeksy: saski z 1863 r. oraz ogólnoniemiecki z 1896 r.

¹⁷⁹ M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim (zagadnienia cywilistyczne)*, Warszawa 2004, s. 43; R. Szostak, *Zamówienia publiczne w starożytności...*, s. 27.

¹⁸⁰ R. Szostak, *Zamówienia publiczne w starożytności ...*, s. 27, Autor podkreśla również znaczenie królewskiego „*rescriptum clemens*” z 1787 r., mocą którego wprowadzono w Prusach nadzór budowlany, sprawowany przez urzędowo uznanego konstruktora budowlanego. Rozwiązania pruskie były potem naśladowane w wielu innych krajach, zwłaszcza północnoniemieckich. W szczególności od 1790 r. w Kilonii (Schleswig-Holstein) obowiązywało zarządzenie o ofertowo eliminacyjnym udzielaniu zamówień publicznych z tygodniowym terminem na podpisanie umowy, licząc od dnia „przybicia”, głównie z uwagi na potrzebę przyspieszenia realizacji publicznych robót budowlanych.

¹⁸¹ A. Gawrońska-Baran, *Unieważnienie przetargu...*, s. 17-18.

mechanizmów określających procesy zakupowe w ramach zamówień na potrzeby publiczne (a ściśle na potrzeby administracji publicznej) był stopniowy. Kolejne rozwiązania wprowadzano w wyniku potrzeb zaradzenia nieprawidłowościom lub wzmocnienia mechanizmów kontrolnych. Na pierwszy plan wysuwały się potrzeby kupującego, często kosztem interesów potencjalnego wykonawcy.

W Polsce w okresie monarchii patrymonialnej – w nieco większym stopniu niż w krajach zachodnioeuropejskich – podstawą utrzymania państwa były daniny naturalne i różne świadczenia osobiste ludności zależnej¹⁸². Okres ostatniego trzydziestolecia I Rzeczypospolitej był bardzo doniosły dla polskiej gospodarki skarbowej, ze względu na próby jej unowocześnienia na gruncie reform ustrojowych państwa, podjętych pod silnym wpływem myśli politycznej oświecenia¹⁸³. Brak jednak jednoznacznych doniesień na temat rozwoju zamówień publicznych jako osobnego instrumentu prawnego, czy rodzącej się gałęzi prawa.

Podczas zaborów sytuacja na ziemiach polskich była szczególnie trudna ze względu na podział tych ziem pomiędzy państwa zaborcze i wprowadzenia różnych regulacji prawnych. Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości w 1918 r. w poszczególnych częściach kraju obowiązywały różne regulacje dotyczące kwestii zamówień rządowych. W byłym zaborze rosyjskim obowiązywała ustawa o dostawach i robotach rządowych z 1900 r. W byłym zaborze pruskim obowiązywały ogólne przepisy o udzielaniu zamówień na dostawy i roboty, ogłoszone w 1906 r. Natomiast w byłym zaborze austriackim obowiązywało rozporządzenie z 1909 r. dotyczące oddawania przedsiębiorstwom dostaw i robót państwowych¹⁸⁴.

Pierwsze unormowania prawne, które należy zaliczyć do systemu zamówień publicznych, we współczesnym rozumieniu i kształcie pojawiły się w latach 1918 i 1919 wraz z odzyskaniem niepodległości, i rozpoczęciem procesu scalenia ziem trzech zaborów w jeden organizm państwowy. Potrzeba wprowadzenia określonych regulacji związana była z koniecznością zapewnienia sprawnego funkcjonowania nowo tworzonej administracji w odbudowującym się państwie, w tym właściwe zaopatrzenie w dobra konieczne do prawidłowego funkcjonowania gospodarki. Dlatego też dekretem z dnia

¹⁸² R Szostak, *Zamówienia publiczne...*, s. 15.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ A. Panasiuk, *System zamówień...*, s. 34.

07.12.1918 r.¹⁸⁵ utworzono specjalny urząd zajmujący się zamówieniami publicznymi, którego celem było dokonywanie zakupów towarów i usług w imieniu całego rządu. Tak przy Ministerstwie Przemysłu i Handlu powstał Urząd Rozdzielczy; jego zadaniem było przede wszystkim realizowanie zamówień rządowych. Stanowił element polityki zmierzający do łagodzenia skutków kryzysu gospodarczego wywołanego wojną i rozpadem dotychczasowych organizmów państwowych oraz narzędzie do realizacji polityki gospodarczej państwa. Działanie Urzędu Rozdzielczego było związane z centralizacją i rozdzielnictwem, jako podstawowymi założeniami zakupów rządowych. Przyjmował zamówienia na wyroby przemysłowe, od wszystkich organów rządowych, które następnie dzielił pomiędzy odpowiednie zakłady przemysłowe. W skład Urzędu weszli delegaci powołanych i funkcjonujących wówczas Ministerstw¹⁸⁶. Dekret został uchylony w 1920 r.¹⁸⁷

Kolejnym istotnym aktem prawnym odnoszącym się do zamówień dla potrzeb wojskowych była ustawa z 1919 roku¹⁸⁸, mocą której utworzono Główny Urząd Zaopatrzenia Armji. Zadaniem Urzędu było gromadzenie środków niezbędnych do bieżącego utrzymania armii oraz udzielanie zamówień związanych z tym celem. Również w tym przypadku, co zrozumiałe, ustawodawca skupiał się na centralizacji i koncentracji zadań¹⁸⁹. Stosowanie punktowych rozwiązań nie sprzyjało prowadzeniu jednolitej polityki gospodarczej rodzącego się państwa, dlatego poszukiwano rozwiązań kompleksowych.

¹⁸⁵ Dekret z dnia 07.12.1918 r. w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego w celu centralizacji zamówień rządowych (Dz. U. Nr 19, poz. 55).

¹⁸⁶ Przemysłu i Handlu, Rolnictwa i Dóbr Państwowych, Spraw Wojskowych, Apropowizacji, Robót Publicznych, Komunikacji, Poczty i Telegrafów oraz Skarbu.

¹⁸⁷ Uchwała Sejmu z dnia 30.01.1920 r. w sprawie uchylecia mocy dekretu z dnia 07.12.1918 r. w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego w celu centralizacji zamówień rządowych (Dz.U. z 1920 r. nr 10, poz. 55).

¹⁸⁸ Ustawa z dnia 11.04.1919 r. o utworzeniu Głównego Urzędu Zaopatrzenia Armji (Dz. U. Nr 32, poz. 265).

¹⁸⁹ J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013 r. s. 16. Do zadań Urzędu należała współpraca z dostawcami w zakresie ich zaopatrzenia w niezbędne surowce i inne artykuły niezbędne dla zrealizowania zamówień. Jednym z ważnych zadań Urzędu było nadzorowanie wykonania zamówień. Urząd mógł też dokonywać zamówień u dostawców zagranicznych, jednak tylko w sytuacjach wyjątkowych i przy współdziałaniu z Ministrem Skarbu oraz Ministrem Spraw Zagranicznych. Urząd mógł, w granicach obowiązujących ustaw, nakładać określone obowiązki na dostawców lub przejmować określone materiały lub inne mienie niezbędne dla funkcjonowania wojska. Uzupełniająco powołano również Komitet, który był organem doradczym funkcjonującym przy Głównym Urzędzie Zaopatrzenia Armji, w skład którego wchodziłi przedstawiciele Ministrów: Spraw Wojskowych, Przemysłu i Handlu, Apropowizacji, Rolnictwa, Skarbu, Pracy, Spraw Zagranicznych oraz przedstawiciele organizacji społecznych.

Za pierwowzór wielu rozwiązań zawartych zarówno w obowiązującej ustawie PZP, jak i we wcześniejszych ustawach z 1994 r.¹⁹⁰ i 2004 r.¹⁹¹ uznaje się przepisy ustawy z dnia 15.02.1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego¹⁹². Ustawa regulowała kwestie zakupów dotyczących dostaw i robót budowlanych na rzecz Skarbu Państwa, samorządu terytorialnego, instytucji prawa publicznego, zakładów i przedsiębiorstw państwowych, zakładów i funduszy przez państwo zarządzanych z wyłączeniem monopoli państwowych i przedsiębiorstw państwowych wydzielonych z administracji państwowej na podstawie rozporządzenia z 1927 roku¹⁹³. Sama ustawa określała jedynie ogólne ramy prawne zachowań podmiotów udzielających zamówień publicznych. Poza przepisami kompetencyjnymi, wprowadzała istotne regulacje dotyczące obowiązku użycia w zamówieniach surowców oraz wszelkich wyrobów pochodzenia krajowego aż do ich wyczerpania oraz zlecenia zamówień wykonawcom krajowym (ew. przedsiębiorcom zagranicznym działającym w Polsce z odpowiednim wydzielonym kapitałem)¹⁹⁴.

Zawirowania polityczne, zmiany gabinetowe, brak porozumień jednostek rządowych i jednostek samorządu przemysłowo-handlowego, co do zasadniczych kwestii, przyczyniły się do tego, że dopiero w 1937 r. doszło do uszczegółowienia warunków zakupów w rozporządzeniu Rady Ministrów¹⁹⁵ oraz w aktach prawnych wydawanych przez upoważnionych ministrów¹⁹⁶. Rozporządzenie Rady Ministrów z 1937 r. uszczegółowiło zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy z 1933 r. oraz określiło procedurę udzielania samego zamówienia. Zobowiązywało do ustalania warunków technicznych dostaw i robót w sposób gwarantujący realizację zakupów. Również, z dzisiejszego punktu widzenia, przepisy te można uznać za zawierające tzw. preferencje krajowe¹⁹⁷. Zamówienia na

¹⁹⁰ Ustawa z dnia 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.).

¹⁹¹ Ustawa z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2004 r., Nr 19, poz. 177).

¹⁹² Ustawa z dnia 15.02.1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. Nr 19, poz. 127 z późn. zm.), która obowiązywała od 24.03.1933 r. do 31.01.1949 r.

¹⁹³ Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 17.03.1927 r. o wydzieleniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych przemysłowych, handlowych i górniczych oraz ich komercjalizacji (Dz. U. R. P. Nr 25, poz. 195).

¹⁹⁴ J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013 r., s. 16.

¹⁹⁵ Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 02.01.1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. Nr 13, poz. 92).

¹⁹⁶ Np. Zarządzenie Ministra Przemysłu i Handlu w porozumieniu z Ministrem Skarbu z dnia 15.07.1938 r. w sprawie przepisów szczegółowych o dostawach i robotach dla podległych Ministrowi Przemysłu i Handlu działów administracji państwowej (Mon. Pol. Nr 168, poz. 308).

¹⁹⁷ J. Sadowy (red.), *System zamówień...*, s. 16.

dostawy lub roboty były udzielane w drodze pisemnego przetargu ofertowego nieograniczonego lub ograniczonego, publicznego przetargu ustnego, z wolnej ręki, przez zakup bezpośredni za zwykłym rachunkiem. Podstawowym trybem udzielania zamówienia był przetarg nieograniczony. Zasadniczo udzielenia zamówienia odbywało się w drodze pisemnej umowy, z wyjątkiem zakupu bezpośredniego za zwykłym rachunkiem. Przepisy określały również sposób przeprowadzenia poszczególnych procedur, w tym obowiązki podmiotu dokonującego zamówienia oraz podmiotów ubiegających się udzielenie zamówienia¹⁹⁸.

Na uwagę zasługują przepisy rozporządzenia, określające postanowienia, które powinny być zawarte w umowie o udzielenie zamówienia¹⁹⁹, w tym obowiązek dokładnego określenia przedmiotu umowy oraz szczegółowych warunków jej wykonania. Określono także kwestie związane ze zmianami umowy. Obligatoryjnymi elementami umowy były postanowienia odnoszące się do zabezpieczenia wykonania umowy i postanowienia o odszkodowaniach. Uregulowano także problematykę podwykonawstwa, wskazując na obowiązek uzyskania zgody zamawiającego na udział podwykonawcy w realizacji umowy.

Ustawa z 1933 r. i Rozporządzenie z 1937 r. obowiązywały do roku 1948²⁰⁰. W 1949 r.²⁰¹ wprowadzono nowe regulacje o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych. Ustawa zrewidowała podmiotowy zakres jej zastosowania zobowiązując do organizowania procedur

¹⁹⁸ Szerzej proces ten opisuje J. Sadowy (red.), *System zamówień...*, s. 17, precyzując, że przeprowadzenie przetargów oraz przyjmowanie dostaw i robót budowlanych odbywało się za pośrednictwem komisji, której skład i tryb określano przez właściwego ministra (powołując komisję należało, między innymi, określić prawa i obowiązki przewodniczącego i członków komisji). Wdrożono zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych poprzez wybór oferty, która najbardziej odpowiadała całokształtowi warunków oczekiwanych przez zamawiającego. Wybierając najkorzystniejszą ofertę zamawiający brał pod uwagę takie kwestie jak: jakość oferowanych przedmiotów lub robót, solidność i pewność oferentów oraz ich uzdolnienia i przygotowanie techniczne i finansowe do realizacji zamówienia. Warto wspomnieć, że już wówczas, jako element solidności wykonawców wskazywano na wywiązywanie się przez nich ze zobowiązań wobec swoich pracowników. Wprowadzono obowiązek kierowania zamówień, o ile było to możliwe, w tzw. sezonach martwych oraz udzielania zamówień w taki sposób, aby potrzeby wszystkich okręgów gospodarczych były uwzględniane możliwie równomiernie. Wprowadzono również przepisy preferujące małych przedsiębiorców (rolników) oraz zalecenie kierowania zamówień na dostawy w okresach wzmożonej podaży zamawianych produktów (głównie chodziło o produkty rolne).

¹⁹⁹ Rozporządzenie zostało wydane już pod rządami Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. Kodeks zobowiązań (Dz. U. Nr 82, poz. 598 ze zm.), który regulował m.in. problematykę umowy sprzedaży (art. 294 i nast.) oraz umowy o świadczenie usług (art. 441 i nast.)

²⁰⁰ Ustawa z 1933 r. została uchylona na mocy art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 18.11.1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. Nr 63, poz. 494).

²⁰¹ Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. Nr 63, poz. 494), która obowiązywała od dnia 31.01.1949 r.

przetargowych podmioty, w których udział w kapitale zakładowym podmiotów publicznych wynosił ponad 50%. Obowiązkiem tych podmiotów było dołożenie staranności, której efektem miało być najbardziej korzystne udzielenie i wykonanie zamówienia. Po raz pierwszy zdefiniowano pojęcie zamówienia, które oznaczało powierzenie dostaw, robót lub świadczenia usług oraz pojęcie zamawiającego oznaczające podmioty zobowiązane do stosowania ustawy. Podmioty zamawiające w pierwszej kolejności miały obowiązek planowania zamówień i kierowania ich do określonych kategorii przedsiębiorstw państwowych lub samorządowych w trybie bezprzetargowym. Kierowanie zamówień do innych przedsiębiorstw ustawodawca określał jako wyjątkowe i odbywać się mogło w drodze pisemnego przetargu nieograniczonego²⁰². Ustawa z 1948 r. obowiązywała do 1956 r., wpisując się w system gospodarki planowej, który wpływał na całkowitą zmianę charakteru i trybów wydatkowania środków publicznych²⁰³.

Powyższe regulacje zostały zastąpione w latach 1956-1957²⁰⁴ kolejnymi przepisami, utrzymanymi w tym samym duchu co regulacje z końca lat 40. XX wieku. Nadal zamówień należało udzielać jednostkom państwowym prowadzącym działalność gospodarczą lub spółdzielniom. Udzielenie zamówień rzemieślnikom, przedsiębiorstwom prywatnym lub innym osobom nie będącym jednostkami gospodarki uspołecznionej mogły być dokonywane tylko w sytuacjach ściśle określonych ustawą. Zamówienia mogły być udzielane w trybie bezprzetargowym lub w trybie przetargu nieograniczonego. O sposobie i warunkach udzielenia zamówienia decydował zamawiający, który zobowiązany był do uregulowania ich w sposób dla siebie najkorzystniejszy, w granicach ustawy. Realizacja zamówienia następowała na podstawie umowy w formie pisemnej. Taki stan obowiązywał do 1984 r. Wraz z reformą gospodarczą²⁰⁵ od 1984 r. Radzie Ministrów nadano prawo nakładania obowiązku przeprowadzenia postępowania przetargowego na dostawy, roboty i usługi jednostkom gospodarki nieuspołecznionej, przy jednoczesnym określeniu zasad i trybu przeprowadzenia takiego postępowania.

²⁰² J. Sadowy (red.), *System zamówień...*, s. 17-18.

²⁰³ Zob. też ustawę z dnia 19.04.1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej (Dz. U. Nr 21, poz. 180) wprowadziła obowiązek zawierania umów planowych będących gwarantem realizacji planów gospodarczych i zasad rozrachunku gospodarczego.

²⁰⁴ Dekret z dnia 16.05.1956 r. o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej (Dz. U. Nr 16, poz. 87 ze zm.) oraz ustawa z dnia 28.12.1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz. U. z 1958 r. Nr 3, poz. 7). Ustawa wprowadziła pojęcie łącznej wartości zamówienia, odnoszące się do łącznej wartości wszystkich zamówień udzieloną jednemu wykonawcy lub łącznej wartości tego samego zadania gospodarczego.

²⁰⁵ Patrz art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21.12.1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą (Dz. U. Nr 71, poz. 318).

Proces transformacji ustrojowej i powrót do gospodarki rynkowej doprowadził do przywrócenia regulacji prawnych dotyczących wydatkowania środków publicznych, co w konsekwencji wiązało się z przywróceniem regulacji z zakresu zamówień publicznych²⁰⁶. Aktem prawnym, który wprowadził regulacje z zakresu zamówień publicznych była ustawa Prawo budżetowe z 1992 roku²⁰⁷. W konsekwencji opracowano i przyjęto kompleksową regulację odnoszącą się do zakupów publicznych, która przez kolejną dekadę stanowiła podstawowe narzędzie prawne realizacji zakupów publicznych²⁰⁸. Można zatem przyjąć, że najnowsza historia prawa zamówień publicznych rozpoczyna się właśnie od wejścia w życie ustawy z dnia 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych²⁰⁹.

Już wówczas ustawodawca zdecydował o rezygnacji z kompleksowej regulacji na temat umów, na rzecz odesłania. Do umów w sprawach zamówień publicznych zastosowanie znajdowały przepisy Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego, jeżeli przepisy ustawy o zamówieniach nie stanowiły inaczej²¹⁰. Sama ustawa o zamówieniach publicznych odmiennie regulowała szereg kwestie odnoszące się do formy w jakiej pod rygorem nieważności zawierana jest umowa²¹¹, okresu na jaki może zostać zawarta umowa²¹², podstaw uzasadniających stwierdzenie nieważności umowy²¹³, zabezpieczenia należytego jej wykonania²¹⁴ oraz odstąpienia od umowy²¹⁵. Istotnym elementem godnym uwagi w kontekście zasady swobody umów są przepisy wprowadzające ograniczenia zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego²¹⁶.

²⁰⁶ J. Sadowy (red.), *System zamówień...*, s. 18.

²⁰⁷ Ustawa z dnia 05.01. 1991 r. Prawo budżetowe (tekst pierwotny Dz. U. Nr 4, poz. 18 ze zm.).

²⁰⁸ Kolejne nowelizacje uszczegóławiały przebieg postępowania, konkretyzowały wymagania, stanowiły o nowych prawach i obowiązkach stron, zmierzając do ustalenia właściwych proporcji w prawach i obowiązkach zamawiającego i wykonawcy. Za najbardziej znaczące uznaje się te dokonane w latach: 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003; <https://www.uzp.gov.pl/urząd-zamowien-publicznych/historia-uzp/ustawa-o-zamowieniach-publicznych?type=fullversion>.

²⁰⁹ (t.j.: Dz. U. Nr 76, poz. 344), ustawa zaczęła obowiązywać od dnia 1 stycznia 1995 r.

²¹⁰ Art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

²¹¹ Art. 74 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

²¹² Art. 73 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

²¹³ Art. 72 ust. 2 – 5 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny: Dz. U. Nr 76, poz. 344); podstawy nieważności umowy wskazane w ustawie stanowiły uchylenie zasad i okoliczności stwierdzenia nieważności umowy zawartych w kodeksie cywilnym, poprzez dookreślenie podstaw właściwych tylko umowom zawartym w wyniku nieprawidłowego zastosowania przepisów ustawy o zamówieniach.

²¹⁴ Art. 75 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

²¹⁵ Art. 77 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

²¹⁶ Zmiana umowy dokonana z naruszeniem tych zasad była nieważna, jednak o stwierdzenie nieważności zmian dokonanych wbrew zakazowi mógł wystąpić do sądu jedynie Prezes UZP. Na podstawie art. 76 ustawy o zamówieniach publicznych wprowadzono zakaz zmian postanowień zawartej umowy oraz wprowadzania nowych postanowień do umowy, niekorzystnych dla zamawiającego, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru oferenta, chyba że konieczność

W ustawie PZP2004 również zdecydowano, że do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy KC, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej²¹⁷. Tym razem jednak ustawodawca zdecydował się na uregulowanie dodatkowych kwestii, które wpłynęły na dalsze ograniczenie zasady swobody umów. Poza formą, czasem trwania umowy, zabezpieczeniem należytego jej wykonania, zmianami umowy oraz zasadami jej rozwiązania, a także unieważnienia ustawodawca w kolejnych nowelizacjach decydował się na coraz szersze uregulowanie kwestii związanych z samą treścią umowy.

Jako przykład takiej regulacji można wskazać art. 151a ustawy PZP2004 dodany ustawą z dnia 05.11.2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²¹⁸. Przepis ten wprowadził regulacje odnoszące się do udzielania zaliczek na poczet wykonania zamówienia. Zgodnie z nim zamawiający mógł udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, w ściśle określonych przypadkach, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wprowadzono również regulacje co do wysokości zaliczek, sposobu ich rozliczania oraz ich zabezpieczenia.

4. Podsumowanie

Ten krótki rys historyczny, został przedstawiony w celu przybliżenia kierunków ewolucji samej treści zasady swobody umów oraz spojrzenia na potrzebę i sposób jej wyrażenia, a także jej miejsca w historii prawa zamówień publicznych. Stanowi on doskonałe tło dla dalszych analiz związków prawa zamówień publicznych z prawem cywilnym i znaczenia swobody umów w systemie zamówień publicznych.

Nacechowany publicznoprawnymi elementami kontrakt na cele publiczne z czasem przybierał coraz więcej cech prywatnoprawnych. Celem kolejnych zmian było usprawnienie systemu poprzez wprowadzenie mechanizmów sprzyjających jego efektywności. Jak się jednak okazało te najskuteczniejsze znajdowały się w systemie prywatnoprawnym. Kolejne włączanie coraz to nowych elementów właściwych dla systemu prawa prywatnego i odejście od administracyjnoprawnego sposobu nadzoru, coraz

wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

²¹⁷ Art. 139 ust. 1 ustawy PZP2004.

²¹⁸ Dz.U. Nr 206, poz. 1591, wszedł w życie 22.12.2009 r.

to bardziej zbliżały system zamówień publicznych do prawa prywatnego, a z czasem wprost do prawa cywilnego.

Wskazuję przy tym na postępującą na przestrzeni lat decentralizację zamówień publicznych. Ustawodawca polski stopniowo rezygnował z typowo administracyjnych instytucji, jak wydawania decyzji administracyjnych wobec zamawiających jako stron umowy. Cywilnoprawną formułę przyjmuje także metoda regulacji ustawy PZP w zakresie środków ochrony prawnej. Stąd też uprawnione są dalsze analizy granic zasady swobody umów przy zastosowaniu nawiązań i porównań do prawa cywilnego, w szczególności instytucji określonych w KC.

IV. Swoboda umów jako fundamentalna zasada prawa prywatnego

1. Wstęp

Znaczenie swobody umów dla obrotu prawnego ewoluowało wraz ze zmianami społecznymi i gospodarczymi. Dlatego poszukiwanie zakresu swobody umów w prawie zamówień publicznych musi zostać poprzedzone analizą zakresu współczesnego rozumienia samego pojęcia „swoboda umów”.

W prawie cywilnym zwrot „swoboda umów” rozumiany jest jako normatywnie kwalifikowany stan, oznaczający możliwość lub uprawnienie do oddziaływania podmiotów na ich sytuację prawną, wyznaczone przez obowiązujący system prawny²¹⁹. Dlatego Z. Radwański zwraca uwagę, że dla wyjaśnienia tego pojęcia nie jest właściwe posługiwanie się terminem „uprawnienie” lub „prawo podmiotowe”, ponieważ, to ostatnie łączy się z istnieniem stosunku prawnego powstałego w wyniku zdarzenia prawnego. Tymczasem, dopiero umowa zawarta w granicach swobody kontraktowej uznawana jest za zdarzenie prawne kreujące stosunek prawny²²⁰. Powyższe oznacza, że do ustalenia treści „swobody umów” nie odnosi się np. art. 5 KC o nadużyciu prawa podmiotowego.

2. Znaczenie swobody umów w prawie cywilnym

Również obecnie zasada swobody umów może być rozważana na wielu płaszczyznach i różnie definiowana. Bardzo ogólnie określił ją R. Longchamps de Berier, jako „wolność zawierania umów zobowiązaniowych dowolnej treści”²²¹. Zdaniem P. Machnikowskiego sformułowanie to, dobrze oddające istotę zagadnienia, nie spełnia jednak przyjmowanych przez współczesną naukę prawa standardów określoności. W jego ocenie szeroko rozumiana wolność nie może odnosić się do czynności prawnych, będących

²¹⁹ Z. Radwański, *Teoria...*, s. 97.

²²⁰ *Ibidem*, s. 98.

²²¹ R. Longchamps de Berier, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu. Art. 1–167*, Warszawa 1934, s. 71.

czynnościami konwencjonalnymi²²². Autor słusznie zwraca uwagę, że w najnowszej literaturze sformułowanie „wolność umów” zastępuje się „swobodą umów”.

W literaturze swoboda umów określana jest jako kompetencja²²³ do kształtowania przez podmioty wiążących je stosunków prawnych w drodze dwu- lub wielostronnych oświadczeń woli²²⁴. Założenia te oparte są o koncepcję regulującego (normatywnego) charakteru oświadczenia woli (i czynności prawnej)²²⁵, która podkreśla podmiotową stronę zasady swobody umów. Tak właśnie akcenty rozkłada P. Machnikowski²²⁶, określając swobodę umów jako przyznaną podmiotom prawa cywilnego kompetencję do ustanawiania, zmiany i znoszenia wiążących te podmioty norm postępowania, wyznaczających stosunki prawne między nimi.

Na gruncie prawa polskiego podstawowe znaczenie przyznaje się tu treści art. 56 KC, zgodnie z którym czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. Czynności prawne, w tym umowy, cechuje to, że regulują one sytuację prawną podmiotów, których dotyczą. Dlatego zdaniem P. Machnikowskiego i A. Brzozowskiego właśnie to sformułowanie – czynność prawna wywołuje skutki w niej wyrażone – ma rozstrzygać o regulującym (stanowiącym) charakterze oświadczeń woli. Skutki, o których mowa w przywołanym wyżej przepisie, określa się tradycyjnie w cywilistyce jako

²²² P. Machnikowski, *Swoboda umów ...*, s. 1.

²²³ P. Machnikowski, *Swoboda umów ...*, s. 2 i przywołana tam literatura oraz P. Machnikowski, w: E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2012 s. 463. Pojęcie normy kompetencyjnej w cywilistyce opracował Z. Ziemiński, *Kompetencja i norma kompetencyjna*, RPEiS 1969, Nr 4, s. 23–41; tenże, Z. Ziemiński, *O zawłościach związanych z pojmowaniem kompetencji*, PiP 1991, Nr 4, s. 14–24. Czynnością konwencjonalną jest czynność psychofizyczna, której na podstawie określonych zasad (np. norm prawnych) przypisuje się określone znaczenie (nt. czynności konwencjonalnych zob. L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, SP 1972, Nr 33, s. 85. W oparciu o pojęcie czynności konwencjonalnych prezentowane są różne definicje czynności prawnych. Według Z. Radwańskiego, czynność prawna jest to skonstruowana przez system prawny czynność konwencjonalna podmiotu prawa cywilnego, której treść określa – przynajmniej w podstawowym zakresie – konsekwencje prawne tego zdarzenia prawnego (zob. Z. Radwański, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979, s. 160 i n.; tenże, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 37 i n.). Według M. Gutowskiego: *Czynność prawna to oparta na oświadczeniu woli czynność konwencjonalna, za pomocą której podmioty cywilnoprawne, w sposób i przy spełnieniu przesłanek prawem przewidzianych, wywołują skutki w sferze prawa cywilnego* (zob. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2012, s. 17).

²²⁴ Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 132.

²²⁵ Zob. Z. Radwański, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 18 i n.

²²⁶ P. Machnikowski, *Swoboda umów ...*, s. 20 i 143.

powstanie, zmianę lub ustanie stosunku cywilnoprawnego (a w kontekście swobody umów powstanie, zmiana lub ustanie zobowiązania)²²⁷.

Konsekwencją tych rozważań jest przyjęcie, że tworzenie, znoszenie i zmienianie stosunków zobowiązaniowych przez zawieranie umów musi w jakiś sposób dotyczyć wyznaczających te stosunki norm postępowania. Wynika to z samego charakteru zobowiązania jako stosunku cywilnoprawnego składającego się z wielu elementarnych stosunków prawnych. Każdy z nich jest z kolei konsekwencją obowiązywania pewnej normy postępowania, wyznaczającej jednemu podmiotowi określone zachowanie odnoszące się do innego podmiotu²²⁸.

Koncepcję tę odrzuca *M. Niedośpiał* podkreślając, że z reguły konstrukcję prawa podmiotowego łączy się z istnieniem stosunku prawnego. Natomiast w przypadku autonomii woli (czy swobody umów) nie ma żadnego stosunku prawnego, ten dopiero ma powstać wskutek zawarcia określonej umowy²²⁹. Jego zdaniem koncepcja normy kompetencyjnej (art. 353¹ KC) i wynikającej z niej kompetencji (upoważnienia, sytuacji prawnej) stron do ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego w drodze zawarcia umowy stanowi zbędne (nawet obce) pojęcie w teorii prawa cywilnego, przyjęte przez tzw. poznańską szkołę prawa. Autor ten wiąże jednak swobodę umów z autonomią woli. Powiązanie to jest zresztą wspólne dla wielu poglądów doktryny, chociaż część z nich nadaje autonomii woli mniejsze znaczenie, zakładając, że obecnie to system prawny i normy prawne wyznaczają przesłanki ważnego zawarcia umowy oraz dopuszczalne granice jej treści, stąd wnioski, że podstawą legitymującą obowiązywanie umów przestała być wola stron, a stały się normy prawne²³⁰.

Nadal jednak swoboda umów zobowiązaniowych jest uznawana za jeden z przejawów autonomii woli, czyli stworzonej przez system prawny możliwości regulowania

²²⁷ P. Machnikowski, w: E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 478.

²²⁸ Por. P. Machnikowski, *Swoboda umów ...*, s. 136–137. Koncepcja ta jest związana z przyjęciem, że uprawnienia i obowiązki stron stosunku cywilnoprawnego są przyznawane przez ustawę w abstrakcyjnym stosunku prawnym. Powstanie prawa podmiotowego, na które składają się te uprawnienia, o treści przewidzianej w modelowym (abstrakcyjnym) stosunku prawnym, wymaga wystąpienia przewidzianego przez treść tego stosunku zdarzenia prawnego np. zawarcie umowy. Umowa powoduje ustanowienie przez strony indywidualnych norm postępowania, o treści przewidzianej w abstrakcyjnym stosunku cywilnoprawnym, ale wiążących strony wskutek jego konkretyzacji. Swoboda umów wynika więc z abstrakcyjnych stosunków cywilnoprawnych, a jej zakres zależy od charakteru norm prawnych ustanawiających taki stosunek.

²²⁹ M. Niedośpiał, *Swoboda umów Synteza*, Warszawa 2012, s. 29.

²³⁰ Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, Warszawa 1986, s. 108.

przez podmioty prawa stosunków cywilnoprawnych według ich własnej woli za pomocą narzędzia, jakim jest czynność prawna²³¹. Najczęściej przez autonomię woli rozumie się stan, w którym podmiot prawa (osoba fizyczna, prawna), na podstawie i w granicach prawa przedmiotowego, może własną mocą kształtować swoje stosunki prawne, zwłaszcza poprzez czynności prawne²³². Autonomia woli stron w szerokim znaczeniu nie jest zatem ograniczana do czynności prawnych, lecz utożsamia się ją z działaniami zgodnymi z prawem²³³. W znaczeniu węższym (tzw. pośrednim), pojęcie autonomii woli - odnosi się do wszelkich rodzajów stosunków cywilnoprawnych i wszelkich rodzajów czynności prawnych (zarówno umów, jak i czynności prawnych jednostronnych oraz uchwał)²³⁴. W znaczeniu wąskim pojęcie to odnoszone jest przez niektórych do swobody umów. W tym ostatnim znaczeniu pojęcie autonomii i swobody umów to określenia tożsame, zamienne²³⁵. W tym kontekście różny jest również zakres przysługującej podmiotom kompetencji. Zależy on od rodzaju stosunku cywilnoprawnego, którego dotyczy kompetencja (np. szerszy w odniesieniu do stosunków zobowiązaniowych, a węższy w odniesieniu do stosunków prawa rzeczowego), a także od cech danego podmiotu (pewne czynności prawne mogą być dokonywane tylko przez podmioty spełniające określone warunki).

W dalszej części rozprawy pojęcie autonomii woli będzie rozumiane jako autonomia w zakresie zawierania wszelkich rodzajów stosunków cywilnoprawnych i

²³¹ Zob. Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 5 i n.; M. Safjan, w: *System Prawa Prywatnego*, Tom 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 329 i n.; J. Kaczor, *Zasada autonomii...*, s. 5 i n.; A. Olejniczak, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. III, Warszawa 2010, s. 30; P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 20 i 143; R. Trzaskowski, *Granice swobody...*, s. 33 i n. M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Tom II, Warszawa 2021 s.18 i n.

²³² S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego, Część ogólna, Tom I*, Warszawa 1980; A. Wolter, *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, Warszawa 1977, s. 15.

²³³ S. Grzybowski, *System...*, s. 199 i n.: (...) *dozwolone działania, które wywołują określone skutki prawne niezależnie od tego, czy istniała wola wywołania takich właśnie lub nawet jakichkolwiek skutków prawnych. Od woli zależy więc tylko to, czy zdarzenie stanowiące czyn w ogóle nastąpi. Nie zależy już jednak od woli, czy i jakie skutki prawne nastąpią.*

²³⁴ L. Duguít, *Kierunki rozwoju prawa cywilnego od początku XIX wieku*, Kraków–Warszawa 1938, s. 31,49; R. Longchamps de Berier, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*. Lublin 1922, s. 5.

²³⁵ Tak M. Niedośpiał, *Swoboda czynności prawnych*, Bielsko Biała 2004, s. 27 powołując się na: W Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, t. 11 — Das Rechtsgeschäft*, Berlin — Heidelberg — New York 1965, s. 12, używa pojęcia: autonomia prywatna (Privatautonomie) na oznaczenie swobody umów w ujęciu szerokim — tj. na oznaczenie tego, czy i z kim zawrzeć umowę, jakiej treści i w jakiej formie; S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1967, s. 80, 307; autor jednak odrzuca tę koncepcję uznając ją za nieodpowiednie do samego pojęcia autonomii woli, które wskazuje na konieczność szerszego spojrzenia na zagadnienie.

dokonywania wszelkich rodzajów czynności prawnych. Warto jednak pokrótce zaakcentować relacje dwóch pojęć: autonomia woli, swoboda umów.

Autonomia woli to po prostu „swoboda woli”. Zakres tej swobody oraz płaszczyzny, w których można ją rozpatrywać (czy dane zachowanie jest dopuszczalne w świetle prawa, w jakiej formie ma zostać wyrażone, jaka jest dopuszczalna treść czynności – wyrazu woli) są podobne do elementów składających się na czynność prawną. Być może dlatego M. Niedośpiał twierdzi, że pojęcia: autonomia woli i swoboda czynności prawnych są tożsame²³⁶. Pytanie o zakres autonomii woli jest pytaniem o zakres swobody czynności prawnych. W prawie rzeczowym, rodzinnym swoboda ta jest prawie wyłączona, czyli zakres autonomii woli jest niepomernie wąski. Inaczej w prawie zobowiązań gdzie autonomia woli znajduje najszerzy wyraz w zasadzie swobody umów²³⁷.

Niezależnie od przyjętej koncepcji teoretycznej, w większości podjętych rozważań można stwierdzić, że termin „swoboda umów” ma zasadniczo dwa ujęcia: węższe i szersze. W ujęciu węższym swoboda umów dotyczy kształtowania treści umowy. W ujęciu szerokim oznacza nie tylko wolność kształtowania treści przyszłej lub zawartej umowy, ale także swobodę co do tego, czy i z kim zawrzeć umowę oraz w jakiej formie²³⁸. Niekiedy ujęcie szerokie obejmuje również takie elementy jak swobodę zmiany lub rozwiązania umowy²³⁹.

Sam art. 353¹ KC odzwierciedla ściśle znaczenie pojęcia swobody umów tj. swobodę kształtowania treści zobowiązaniowych stosunków prawnych przez ich strony. Swoboda umów w szerokim znaczeniu, tj. kompetencja do kształtowania przez podmioty wiążących je stosunków prawnych w drodze umów, obejmuje także tzw. swobodę zawarcia umowy (podjęcie decyzji o zawarciu lub niezawarciu umowy, wyborze kontrahenta, rozwiązaniu istniejącego stosunku prawnego)²⁴⁰. W tym kontekście problematyka zasady swobody umów będzie rozważana w ramach niniejszej rozprawy na gruncie prawa zamówień publicznych.

²³⁶ M. Niedośpiał, *Swoboda czynności...*, s. 30-31.

²³⁷ Próbuje pokusić się o komentarz tego stanowiska, warto zaznaczyć, że M. Niedośpiał prowadząc swoje rozważania porównuje autonomię woli i swobodę dokonywania czynności w prawie rzeczowym i rodzinnym, prawi zobowiązań. Wydaje się, że takie porównania, na inne tory prowadzi całe rozważanie nadając mu charakter bardziej ogólny. Koncentrując się natomiast stricte na autonomii woli w kontekście swobody umów.

²³⁸ M. Niedośpiał, *Swoboda czynności...*, s. 31.

²³⁹ E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 751.

²⁴⁰ E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, 2023 s. 752.

W dalszej części rozprawy swoboda umów będzie zatem rozumiana jako kompetencja (możliwość) stron umowy do ustanawiania, uchylania i zmieniania ich obowiązków (oraz skorelowanych z nimi uprawnień), czyli tworzenia, zmieniania i znoszenia stosunków zobowiązaniowych w drodze dokonywanych wspólnie czynności prawnych.

Podmiotowy wymiar swobody umów nie powinien być jednak utożsamiany z „uprawnieniem” czy „prawem podmiotowym” stron, gdyż pojęcia te w nauce prawa cywilnego łączone są z pojęciem istniejącego już stosunku prawnego powstałego w wyniku zdarzenia prawnego²⁴¹. Takie ujęcie ograniczałoby zakres swobody umów do powstałych już stosunków prawnych, co wyklucza z jej obrębu swobodę kreowania stosunku prawnego, czyli jeden z ważniejszych składników swobody kontraktowej.

W doktrynie przyjmuje się, że zasada swobody umów obejmuje swobodę zawarcia umowy²⁴², swobodę doboru kontrahenta oraz swobodę kształtowania treści umowy²⁴³. Dodatkowo wskazuje się na swobodę wyboru formy czynności prawnej²⁴⁴ oraz wyboru

²⁴¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 132.

²⁴² P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 492; element ten rozumiany jest najczęściej w szerokim znaczeniu, obejmującym możliwość decydowania o zawarciu lub niezawarciu umowy, o wyborze kontrahenta oraz możliwość zmiany i rozwiązywania istniejących stosunków prawnych; tak np. Z. Radwański, A. Olejniczak *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2018 s. 133.

²⁴³ M. Gersdorf-Giaro, *Zawarcie umowy o pracę*, Warszawa 1985, s. 26; T. T. Mróz, *Dekompozycja zasady swobody umów? Próba klasyfikacji i oceny niektórych czynników kształtujących tę zasadę*, w: B. Gnela (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Kraków 2010, s. 42; T. Liszcz, *Swoboda umów w prawie pracy*, w: M. Seweryński, J. Stelina (red.), *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, Gdańsk–Sopot 2012, s. 177; P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 464; J. Kaczor, *Zasada autonomii woli ...*, s. 3; Z. Radwański, *Teoria...*, s. 99; W. Czachórski (red.), *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 145; Z. Radwański, *Uwagi ogólne o autonomii woli*, w: R. Szytk (red.), *II Kongres notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Kraków–Kluczbork 1999, s. 267–268; Z. Radwański, *Teoria...*, s. 99; A. Stelmachowski, *Ewolucja autonomii woli*, w: E. Łętowska (red.), *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Wrocław 1983, s. 180; A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 83; M. Niedośniał, *Swoboda umów...*, s. 21; A. Brzozowski, w: A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2013, s. 117.

²⁴⁴ T. Mróz, *Dekompozycja zasady swobody...*, s. 42; T. Liszcz, *Swoboda umów...*, s. 177; P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 464; J. Kaczor, *Zasada autonomii woli...*, s. 3; W. Czachórski, *Zobowiązania...*, s. 145; A. Stelmachowski, *Ewolucja...*, s. 180; A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii...*, s. 83; A. Brzozowski, w: A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część ogólna*. Warszawa 2021, s. 117; M. Niedośniał, *Swoboda umów...*, s. 21 i 31. Jednak kwestia ta jest nadal dyskusyjna. Według Z. Radwańskiego historycznie forma umowy była nierozzerwalnie związana z samą czynnością prawną, gdyż tylko dokonanie czynności w pewien sposób oznaczało, że dana czynność prawna została dokonana. Dopiero z czasem forma, w jakiej dochodzi do zdarzenia wywołującego skutki prawne, stała się elementem niezależnym. Uznał również, że nie można ujmować formy jako ograniczenia wolnej woli człowieka. Prawdą jest, że strony muszą zastosować się do jakichś określonych reguł, podjąć dodatkowy wysiłek, także w kontekście kosztów, ale te wszystkie działania nie ograniczają przysługującej im kompetencji prawnej do zawarcia umowy i

rodzaju umowy (typu umowy, który obejmuje wybór pomiędzy umową nazwaną a nienazwaną)²⁴⁵. Swoboda kształtowania treści zobowiązania obejmuje również kompetencję do rozwiązania umowy²⁴⁶, chociaż ten jej wymiar nie będzie przedmiotem szerszych rozważań w niniejszej rozprawie. P. Machnikowski uzupełnia powyższe o dalsze elementy swobody umów tj. możliwość wyboru trybu, w którym umowa zostanie zawarta, kształtowania celu umowy, wyboru prawa właściwego dla umowy z elementem obcym oraz wyboru sądu²⁴⁷. Każdy z tych elementów składających się na treść swobody umów doznaje ograniczeń w prawie zamówień publicznych. Do najistotniejszych można zaliczyć ograniczenia sposobu zawierania umowy oraz kształtowania treści stosunku prawnego, które ostatnio nabierają szczególnego znaczenia.

Z. Radwański w wielu pracach, wykazywał przydatność wyróżnienia dwóch istotnych elementów jakie należy rozważać w kontekście zasady swobody umów: 1) swobody kształtowania treści umów, do której zalicza także swobodę wyboru kontrahenta; oraz 2) swobody zawierania umów, rozumianych w szerokim znaczeniu, obejmującym możliwość decydowania o zawarciu lub niezawarciu umowy, o wyborze kontrahenta oraz możliwość zmiany i rozwiązywania istniejących stosunków prawnych. Przyjęta koncepcja skłania natomiast powołanego autora do wyłączenia z problematyki swobody umów kwestii formy umowy zobowiązaniowej.

Można zatem przyjąć, że istotę swobody umów stanowi swoboda kształtowania treści stosunku prawnego²⁴⁸, przejawiająca się przede wszystkim w dopuszczalności zawierania umów nienazwanych²⁴⁹ oraz modyfikowania ustawowych norm odnoszących się do umów nazwanych, które w dużej mierze mają charakter dyspozytywny²⁵⁰.

kształtowania jej treści (Z. Radwański, *Uwagi ogólne o autonomii...*, s. 268; tak też: P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 5). A. Stelmachowski opowiadał się za pojmowaniem swobody umów w znaczeniu szerszym uznając, że kwestia formy ma istotne znaczenie dla określenia zakresu tej swobody (A. Stelmachowski, *Ewolucja...*, s. 182). Kwestia formy umowy w sprawie zamówienia jako granicy swobody umów zostanie rozwinięta w dalszej części rozprawy.

²⁴⁵ M. Safjan, *Zasada swobody umów*, PiP 1993, Nr 4, s. 14.

²⁴⁶ A. Olejniczak, J. Grykiel, w: M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–352*, t.1, Warszawa 2021, s. 43.

²⁴⁷ P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 465 i powołana tam literatura.

²⁴⁸ M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 105; M. Gersdorf-Giaro, *Zawarcie umowy...*, s. 28.

²⁴⁹ P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 611; Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 333.

²⁵⁰ A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii...*, s. 84–87; P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 610.

3. Granice swobody umów

Wolność umów podobnie jak większość wolności i praw wyrażonych w aktach prawnych nie jest absolutna. Doznaje ona ograniczeń. Ostateczna realizacja zasady autonomii woli i swobody umów musi uwzględniać również konieczność ochrony innych wartości konstytucyjnych w tym ochronę równości. Dlatego urzeczywistnienie zasady swobody umów wymaga istnienia faktycznej, równoważnej pozycji stron. Jej osiągnięcie wymaga z kolei wprowadzenia granic swobody umów. Istotą granic swobody w stosunkach zobowiązaniowych jest wyrównanie pozycji stron w taki sposób, by poza formalną równością urzeczywistniona została także równość faktyczna²⁵¹, gwarantująca równość kontraktową²⁵². E. Łętowska podkreśla, że tak długo jak egalitaryzacja nie wykracza poza „dowartościowanie pozycji strony typowo słabszej i dociążenie (dzięki zwiększeniu obowiązków) położenia strony typowo silniejszej”, nie istnieje zagrożenie dla samej idei zasady wolności umów i wartości prakseologicznych umów w ogólności²⁵³.

Swoboda stron w kształtowaniu stosunków obligacyjnych nie ma charakteru absolutnego i zgodnie z treścią art. 353¹ KC - doznaje trojakich ograniczeń odnoszących się do ustawy, właściwości (natury) stosunku prawnego, który ma wiązać strony oraz do zasad współżycia społecznego²⁵⁴. W doktrynie zaznacza się, że poza trzema ww. granicami swobody umów należy wskazać również dodatkowe czynniki prowadzące do faktycznych jej ograniczeń²⁵⁵. W związku z tym można najogólniej przyjąć, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się jednemu z trzech ww. czynników.

Strony kształtujące treść zobowiązania nie są ograniczone istniejącymi w tej dziedzinie zwyczajami²⁵⁶. Warto jednak nadmienić, że sama treść stosunku prawnego

²⁵¹ M. Safjan, *Wyzwania...*, s. 107; M. Safjan, w: *System Prawa Prywatnego*, Tom 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 336.

²⁵² Tak: wyr. TK z 13.09.2005 r., P 38/04, OTK-A 2005, Nr 8, poz. 92.

²⁵³ E. Łętowska, *Umowy – mitologia równości*, w: S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990, s. 61.

²⁵⁴ Uchwała SN z dnia 28.04.1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, Nr 10, poz. 135.

²⁵⁵ Szerzej na ten temat w Rozdziale VIII.

²⁵⁶ Tak trafnie wyr. SN z 19.03.2003 r., I CKN 174/01 Legalis 124541: (...) postanowienia tego [umownego – przyp. autora], z punktu widzenia rzeczywistej woli stron nie można a limine zdyskwalifikować tylko dlatego, że zwyczaje stosowane w umowach o roboty budowlane są odmienne i że na tle tych zwyczajów, jak również w związku z celem umawiania się o kary umowne, powyższe postanowienie byłoby irracjonalne. Strony mogą umawiać się wedle swojej woli niekoniecznie zgodnie z panującymi zwyczajami (art. 353¹ KC).

wyznaczana jest nie tylko przez umowę, ale także przez ustawę, zasady współżycia społecznego i zwyczaje (zob. art. 56 KC). Zatem przy ocenie zgodności z granicami swobody umów należy uwzględniać wszystkie czynniki wymienione w art. 56 KC²⁵⁷. Jednak już sama próba określenia zwyczaju i ujęcia go w ramy definicyjne otwiera pole do snucia wielowątkowych rozważań, dlatego w niniejszej rozprawie, poprzestać trzeba na stwierdzeniu o wyłączeniu zwyczaju z zakresu oceny w kontekście granic swobody umów, a kilku bardziej szczegółowym uwagom na ten temat poświęcono więcej miejsca w części odnoszącej się do zasad współżycia społecznego jako granicy swobody umów.

Możliwość „ułożenia stosunku prawnego” to przede wszystkim możliwość ukształtowania obowiązków stron oraz sposobu ich realizacji odwołując się do normatywnie określonego typu zobowiązania (umowa nazwana) lub nieodpowiadającego żadnemu z ustawowych typów (umowa nienazwana lub mieszana). Wiąże się z tym swoboda określania świadczeń ubocznych, dodatkowych, zasad odpowiedzialności i innych postanowień regulujących wzajemne relacje stron wynikające z podjętych zobowiązań.

4. Podsumowanie

Autonomia woli stron umowy, która stanowi pochodną autonomii woli jednostki, jako jej przyrodzonej godności i wolności jest w polskim systemie prawnym wartością konstytucyjną, gwarantowaną przez obowiązujący ustroj. Do obowiązywania swobody umów nie jest zatem konieczne jej normatywne potwierdzenie na poziomie ustawodawstwa zwykłego, ale skutkiem uznania jej za wartość konstytucyjną jest konieczność wyraźnej podstawy prawnej dla jej granic, których wprowadzenie powinno być uzasadnione²⁵⁸ i jednoznacznie wyrażone w ustawie.

²⁵⁷ Zob. K. Bączyk, *Zasada swobody umów w prawie polskim*, w: E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa Tom II*, ZNUMK 2002, s. 48 i n. Podobnie w odniesieniu do skutków umowy wynikających ze zwyczajów M. Chajda, *Ograniczenia zasady swobody umów*, w: H. Cioch, A. Dębiński, J. Chaciński (red.), *Iustitia civitatis fundamentum. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Wiesława Chrzanowskiego*, Lublin 2003, s. 269 i n. Pogląd ten jest neguje P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 558.

²⁵⁸ L. Florek, *Ustawa i umowa w prawie pracy*, Warszawa 2010, s. 116–117; L. Florek, *Swoboda umów w stosunku pracy*, w: K.W. Baran (red.), *System prawa pracy*, Tom 2. *Indywidualne prawo pracy. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 91;

Autonomia woli uznawana jest za fundamentalną zasadę prawa prywatnego, bez której budowa konstrukcji prawa zobowiązań nie jest możliwa²⁵⁹. Jej zakres nie jest jednakowy na gruncie prawa administracyjnego i cywilnego, dlatego tak ważne jest badanie przynależności danych czynności do określonych gałęzi prawa. Nadrzędne interesy publiczne lub interesy stron stosunków prawnych powodują, że granice autonomii woli są wyznaczone niejednolicie²⁶⁰. Jest to szczególnie widoczne w prawie zamówień publicznych, gdzie swoboda zawierania i kształtowania treści umowy w sprawie zamówienia, która zasadniczo przynależy do prawa prywatnego, jest ograniczona nie tylko interesem drugiej strony, ale także (a może przede wszystkim) interesem publicznym²⁶¹. W umowie w sprawie zamówienia interes publiczny łączy się przede wszystkim z samym celem transakcji zmierzającym do efektywnego zaspokojenia oznaczonych potrzeb zbiorowych²⁶².

Trafnie rozważania doktryny podsumował SN w uchwale z dnia 28.04.1995 r., III CZP 166/94, uznając, że zasada swobody umów oznacza, że podmioty zawierające umowę mają pełną swobodę co do tego, czy chcą zawiązać między sobą stosunek obligacyjny, a więc, czy zobowiązanie umowne w ogóle powstanie, mają swobodę wyboru kontrahenta, mogą treść umowy ukształtować według swego uznania, a tym samym powołać do życia taki stosunek zobowiązaniowy, jaki odpowiada ich interesom. Ponadto odnosząc się do formy uznał, że prawnie skuteczne jest samo porozumienie stron, nie wymagające w zasadzie szczególnej formy, chyba że wymóg taki wynika z ustawy²⁶³.

Strony mogą zawierać umowy nazwane i nienazwane, a także mieszane, a ustawa PZP nie ogranicza swobody kształtowania treści umowy, w sposób wpływający na przyjętą powszechnie typologię kontraktów. Również wykonawca ma pełną swobodę, czy ubiegać się o zamówienie publiczne, z uwzględnieniem wymagań proceduralnych, które musi brać

²⁵⁹ M. Safjan, w: *System Prawa Prywatnego*, Tom 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 328–329; J. Kaczor, *Zasada autonomii woli...*, s. 18; M. Bieniek, *Autonomia woli stron w projekcie księgi pierwszej Kodeksu cywilnego – uwagi na tle art. 98 Projektu*, *Palestra* 2005, Nr 9/10, s. 108–109; P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 14.

²⁶⁰ Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 5; P. P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 469.

²⁶¹ R. Szostak, *O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych*, w: M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Warszawa 2019, s. 9.

²⁶² R. Szostak, *Umowy ...*, s. 224.

²⁶³ OSNC 1995, Nr 10, poz. 135.

pod uwagę podejmując taką decyzję. Zamawiający jako organizator postępowania, nie tylko nie sprawuje żadnego władztwa, lecz zajmuje pozycję właściwą dla kontrahenta²⁶⁴.

W ramach zamówień publicznych zasada swobody kontraktowej (ustawowo ograniczona), jest ściśle powiązana z zasadą równorzędności stron oraz zasadą poszanowania autonomii woli stron. Mimo wprowadzenia wielu ustawowych granic swobody kontraktowania wiele elementów pozostawiono do swobodnej dyspozycji stron. Zostaną one szczegółowo omówione w dalszej części rozprawy, ze szczególnym uwzględnieniem wpływu tych granic na charakter umowy w sprawie zamówienia i praktykę obrotu.

²⁶⁴ R. Szostak: *Przetarg nieograniczony ...*, s. 28 – 34; M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego ...*, s. 53, Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w: Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Warszawa 2013, s. 3 i n. oraz P. Granecki, *Prawo zamówień...*, 2016, s. 230 – 231, wraz z powołanym tam orzecznictwem.

V. Ustawa jako granica swobody umów w sprawie zamówień publicznych

1. Wstęp

Za podstawową i najbardziej wymierną granicę swobody stron przy zawieraniu i kształtowaniu treści łączącego je stosunku prawnego spośród trzech wymienionych w art. 353¹ KC, jest „ustawa”²⁶⁵. W prawie zamówień publicznych to właśnie ustawa PZP stanowi najważniejsze ograniczenie dla swobody umów, sytuując umowę w sprawie zamówienia publicznego jako szczególny rodzaj umowy, zawieranej w restrykcyjnym reżimie i wyposażonej w elementy, które nie są znane innym rodzajom umów. Dlatego w doktrynie i orzecznictwie rozgorzała dyskusja czy odmienności te skutkują uznaniem takiej umowy za umowę nazwaną, czy też kreują szczególny rodzaj „podtyp” umów nazwanych²⁶⁶. W piśmiennictwie podkreśla się, że samą ustawę PZP stanowi zbiór norm ograniczających zasadę swobody umów²⁶⁷. Wydaje się jednak, że poprzestanie na tak ogólnym stwierdzeniu, nie daje odpowiedzi na zasadnicze pytanie o znaczenie i zakres tych granic.

2. Ustawa jako granica swobody umów – zakres znaczenia pojęcia

Właściwą analizę określonych grup przepisów ustawy PZP, w kontekście granic swobody umów poprzedzić należy kilkoma uwagami natury ogólnej na temat znaczenia ustawy jako jednej z granic swobody umów. Na wstępie trzeba ustalić zakres znaczenia pojęcia „ustawa”, użytego w art. 353¹ KC. Wykładnia językowa tego terminu wskazywałaby, że granice swobody umów wyznaczane są wyłącznie przez ustawę jako jedno ze źródeł prawa powszechnie obowiązującego, wyłączając inne. Przyjęcie takiej interpretacji prowadzi jednak do wyników nielogicznych i sprzecznych z wartościami i

²⁶⁵ L. Florek, *Swoboda umów w prawie pracy...*, s. 94; R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa 2013, s. 228; P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 364. Tak też: wyr. SN z 08.10.2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, Nr 9, poz. 162.

²⁶⁶ Patrz rozważania zawarte w Rozdziale II.

²⁶⁷ J. Bieluk, K. Zadykiewicz-Sokół, *Kara umowna. Zabezpieczenie zobowiązania, obliczanie i miarkowanie kary, skutki podatkowe. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2022, s. 3.

celami zawartymi art. 353¹ KC. Dlatego należy opowiedzieć się za koniecznością odstąpienia od wykładni językowej na rzecz wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zastosowanie tej ostatniej prowadzi do nadania słowu „ustawa” w art. 353¹ KC szerokiego znaczenie, nieograniczonego tylko do źródeł prawa nazwanych w Konstytucji „ustawami”²⁶⁸. Posłużenie się pojęciem „ustawa” oznacza zatem odniesienie granic swobody umów **do wszystkich źródeł powszechnie obowiązującego prawa w Polsce**. Zgodnie z art. 87 Konstytucji RP, będą to: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe, rozporządzenia oraz akty prawa miejscowego²⁶⁹. Pojęcia tego nie można jednak ograniczać do aktów przynależących do prawa cywilnego czy nawet prywatnego²⁷⁰. W celu usystematyzowania rozważań poniżej przedstawiono pokrótce znaczenie konkretnych źródeł prawa w kontekście granic swobody umów w prawie zamówień publicznych. Na każde z tych źródeł prawa powołuje się zarówno doktryna jak i orzecznictwo.

Znaczenie Konstytucji RP jako ustawowej granicy swobody umów rozważane jest w doktrynie na wielu płaszczyznach. W piśmiennictwie i orzecznictwie SN podnosi się konieczność prokonstytucyjnej wykładni przepisów ustaw, możliwość współstosowania norm konstytucyjnych z normami ustawowymi oraz możliwość bezpośredniego stosowania Konstytucji RP w sytuacji sprzeczności z nią normy niższej rangi, na zasadzie reguły kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori*²⁷¹. Jej znaczenie dla wyznaczenia

²⁶⁸ P. Machnikowski, *Swoboda umów ...*, s. 183.

²⁶⁹ Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 225; R. Trzaskowski, *Granice swobody...*, s. 189 i n. M. Safjan uważa, że pojęcie ustawy obejmuje wyłącznie normy rangi ustawowej (zawarte w ustawie lub wydane na podstawie wyraźnego upoważnienia ustawowego), a nie dotyczy regulacji zawartych w aktach normatywnych niższego szczebla. Nie jest jednak jasne, czy Autor ma tu na myśli akty prawa miejscowego (zob. M. Safjan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 834).

²⁷⁰ Sam przykład prawa zamówień publicznych obrazuje, że w niektórych przypadkach jednoznaczne przyporządkowanie regulacji do konkretnej gałęzi prawa nie jest łatwe i bywa sporne. Dlatego ograniczenie ustawowych granic swobody umów wyłącznie do przepisów prawa prywatnego, wymagałoby każdorazowo ustalenia, czy dany przepis jest elementem prawa prywatnego. Warto zatem przytoczyć pogląd M. Safjana w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 835 oraz M. Safjan, *Umowy związane z obrotem gospodarczym jako najważniejsza kategoria czynności handlowych*, PPH 1998, Nr 2, s. 1 i n.: który wskazuje, że: *ograniczenie swobody umów przez ustawę oznacza respektowanie zakazów zawartych w różnych sferach porządku prawnego w państwie, począwszy od regulacji konstytucyjnych, przez regulacje prawa publicznego – karnego i administracyjnego i przepisy iuris cogentis w prawie cywilnym*. Autor rozróżnia jednak tę kwestię od konieczności zbadania, czy wyrażony w nich nakaz lub zakaz odnosi się faktycznie do zachowań w obszarze prawa cywilnego, czy tylko do sfery konsekwencji publicznoprawnych.

²⁷¹ Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 635–720; M. Gutowski, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji w orzecznictwie sądowym*, RPEiS 2019, Nr 1, s. 93–109; J. Jaskiernia, *Spór o reguły bezpośredniego stosowania Konstytucji RP*, w: R. Balicki, M. Jabłoński (red.), *Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, Wrocław 2018, s. 87–101; M. Kondej, *Przełamanie rezultatów wykładni językowej*

granic swobody umów rozważane jest również w kontekście pośrednim jako wyraz preferencji aksjologicznych ustawodawcy i przez to normy ustalone w Konstytucji RP mają znaczenie dla interpretacji klauzul generalnych np. klauzuli zasad współżycia społecznego²⁷². W kontekście zasad konstytucyjnych oraz roli aktu rangi konstytucyjnej w systemach prawa szczególnie istotnym i interesującym zagadnieniem są tzw. prawa podstawowe jako granica swobody umów, które mimo swojej pierwotnej roli ochronnej w stosunkach wertykalnych powinny odnosić się również do relacji horyzontalnych w kontekście ich roli gwarancyjnej²⁷³.

Prokonstytucyjna wykładnia przepisów ustawy PZP oraz wyrażana w orzecznictwie możliwość współstosowania Konstytucji RP z normami ustawowymi wyznacza także zakres ustawowych granic swobody umów. Wprawdzie Konstytucja RP nie zawiera *explicite* regulacji z zakresu prawa zamówień publicznych, jednak wpływ norm w niej zawartych na interpretację ustawy PZP jest widoczny w doktrynie i orzecznictwie, głównie w kontekście ustalenia zakresu norm ustawowych, w sytuacji, gdy nie jest to możliwe na podstawie samej treści przepisów. Np. w wyroku z dnia 07.06.2016 r., sygn. akt: KIO 866/16 Izba ustalając znaczenie pojęcia „interes publiczny” w kontekście przepisów określających podstawy unieważnienia postępowania²⁷⁴ odnosiła się do art. 1, art. 17 czy art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Podobnie KIO w postanowieniu w sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy z dnia 21.06.2021 r., sygn. akt KIO/W 60/21 pojęcie „interesu publicznego” wywodzi wprost z norm zawartych w Konstytucji RP²⁷⁵.

zgodnie z zasadą nadrzędności Konstytucji, RPEiS 2019, Nr 3, s. 39–52. Inaczej J. Podkowik, *Sądy wobec niekonstytucyjnych aktów normatywnych u progu trzeciej dekady obowiązywania Konstytucji RP*, PS 2018, Nr 5, s. 5–22, zdaniem którego, przejaw bezpośredniego stosowania Konstytucji RP przez sądy jest przedstawieniem pytania prawnego do TK (art. 193 Konstytucji RP); D. Bierecki, *Zasada swobody umów w prawie spółdzielczym*, Warszawa 2021, Rozdział III par 2 pkt I.

²⁷² P. Machnikowski, *Swoboda umów ...*, s. 183.

²⁷³ Por. M. Safjan, *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, KPP 2009, Nr 2, s. 297 i n.; R. Trzaskowski, *Zakaz dyskryminacji w prawie umów*, w: M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, Tom II, Warszawa 2008, s. 609 i n.; M. Safjan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2020, art. 353¹ KC, nb 11, oraz szerzej w kontekście europejskim: M. Safjan, P. Mikłaszewicz, *Horizontal, Effect of the General Principles of EU Law In the Sphere of Private Law*, *European Review of Private Law* 2010, Nr 3, s. 475 i n.; wyr. ETS z 15.12.1995 r., w sprawie C-415/93, *Union Royale Belge de Sociétés de Football Association ASBL i inni v. Jean Marc Bosman*, EU:C:1995:463; wyr. z 16.03.2010 r., C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP v. Olivier Bernard and Newcastle UFC*, EU:C:2010:143.

²⁷⁴ Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP2004.

²⁷⁵ W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który wspomina o Rzeczypospolitej jako „wspólnym dobru” wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w około 540 aktach prawnych. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3

Podobny pogląd można sformułować w odniesieniu do części umów międzynarodowych²⁷⁶. Jednakże w kontekście ustawy PZP wpływ umów międzynarodowych na swobodę umów ma również aspekt bezpośredni. Zgodnie z art. 9 pkt 1 ustawy PZP jej przepisów nie stosuje się do zamówień klasycznych oraz zamówień sektorowych lub konkursów, których zamawiający jest obowiązany udzielić lub które ma obowiązek przeprowadzić na podstawie innej niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej lub wynikającej z porozumienia tworzącego zobowiązanie prawnomiędzynarodowe²⁷⁷. Dodatkowo w myśl art. 9 pkt 2 i 3 ustawy PZP nie znajduje ona zastosowania do zamówień klasycznych oraz zamówień sektorowych, lub konkursów w całości finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, pod warunkiem, że zamawiający stosuje do tych zamówień lub konkursów inną procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej (dotyczy to zamówień i konkursów finansowanych w ponad 50% przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli uzgodniono z nimi zastosowanie procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej). Traktując zatem wymogi proceduralne związane z zawieraniem umowy jako ustawową granicę swobody umów (o czym szerzej w dalszej części Rozdziału), należy jako taką potraktować również inną procedurę organizacji międzynarodowej, międzynarodowej instytucji finansującej lub wynikającą z porozumienia tworzącego zobowiązanie prawnomiędzynarodowe, która znajduje zastosowanie na mocy powołanych przepisów.

Szczególne znaczenie zyskują obecnie akty prawa wspólnotowego a następnie unijnego, zarówno pierwotne, jak i wtórne (akty bezpośrednio stosowalne oraz dyrektywy, jeżeli przyjąć koncepcję ich bezpośredniego horyzontalnego działania w razie niedokonania przez państwo w terminie prawidłowej implementacji). Zagadnienie wpływu prawa unijnego na zamówienia publiczne jest jednak zagadnieniem szerokim, wpisującym się w zasadzie w ogólne rozważania na temat wpływu prawa unijnego na system prawa

Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają.

²⁷⁶ P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 183 oraz R. Trzaskowski, *Granice ...*, s. 203 i n.

²⁷⁷ Chodzi o takie porozumienia jak umowa międzynarodowa zawarta między Rzeczpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, w celu pozyskania dostaw, usług lub robót budowlanych na potrzeby zrealizowania lub prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia.

polskiego, a jego omówienie niemożliwe z uwagi na złożoność zagadnienia i wielowątkowy charakter wyводу²⁷⁸.

Znaczenie rozporządzeń oraz aktów prawa miejscowego o charakterze wykonawczym, można porównać do znaczenia przepisów rangi ustawowej w granicach, w jakich istnieje odpowiednio skonkretyzowane upoważnienie ustawowe do ich wydania. W prawie zamówień publicznych akty rangi podustawowej określają m.in. zakres podmiotowych środków dowodowych jakich może wymagać zamawiający od wykonawców w toku postępowania²⁷⁹, sposób komunikacji w toku postępowania²⁸⁰, dokumentowanie postępowań²⁸¹ itp. Są to przepisy, które dotyczą etapu zawierania umów; sama jednak treść umowy, sposób jej zawarcia i inne ograniczenia w tym zakresie uregulowane są wprost w przepisach rangi ustawowej.

Poza zakresem pojęcia „ustawa” pozostają natomiast zwyczaje²⁸², akty wewnętrzne organów administracji, ogólne warunki umów niemające postaci rozporządzenia wykonawczego do ustawy, statuty czy umowy określające zasady funkcjonowania osób prawnych (w tym zamawiających)²⁸³. Nie należy zatem poszukiwać granic swobody umów

²⁷⁸ Na temat znaczenia prawa europejskiego w polskim porządku prawnym por. przede wszystkim K. Wójtowicz, *Bezpośredni skutek przepisów prawa wspólnotowego w porządku prawnym*, KPP 2004, Nr 2, s. 43; K. Wojtyczek, *Bezpośredni skutek przepisów prawa wspólnotowego*, w: D. Kornobis-Romanowska (red.), *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, Warszawa 2004, s. 59; R. Adam, M. Safjan, A. Tizzano, *Zarys Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 129 i n.; wyr. TSUE z 24.01.2012 r., C-282/10, *Maribel Dominguez v. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*, EU:C:2012:33; wyr. TSUE z 26.04.2012 r., w sprawie C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt*, EU:C:2012:242; wyr. TSUE z 21.03.2013 r., w sprawie C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, EU:C:2013:180; wyr. ETS z 27.06.2000 r., w sprawach połączonych C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo Edytora SA v. Roció Murciano Quintero i Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades i inni*, EU:C:2000:346.

²⁷⁹ Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415).

²⁸⁰ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452).

²⁸¹ Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434).

²⁸² Kwestia charakteru zwyczaju jako ustawowej granicy swobody umów, jest jednak przedmiotem dyskusji doktrynalnych. Kwestia ta jest przedmiotem rozważań prowadzonych w: Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 34; A. Stelmachowski, *Zarys teorii...*, s. 311 i n.; M. Safjan, w: *System Prawa Prywatnego*, Tom 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 215 i n. Autorzy przychylają się do możliwości uznania szeroko pojętego prawa zwyczajowego do ustawowych granic swobody umów pod pewnymi jednak warunkami. Przeciwnego zdanie jest np. P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 582.

²⁸³ Zob. Z. Radwański, R. Trzaskowski, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 310 i n.; R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 214 i n.

w regulaminach wewnętrznych dotyczących udzielania zamówień publicznych, których charakter można określić jako porządkowy.

Ustalenie zakresu znaczenia pojęcia „ustawa”, w kontekście katalogu źródeł prawa należy uzupełnić o rozważania odnoszące się do tego, które z zawartych w nich norm stanowią granicę swobody umów. Wiele refleksji na temat ustawowych granic swobody umów koncentruje się wokół **charakteru norm, które granice te wyznaczają**. Według większości przedstawicieli doktryny ustawowe ograniczenia zasady swobody umów należy łączyć z przepisami ustawowymi o charakterze bezwzględnie obowiązującym, a także przepisami semiimperatywnymi²⁸⁴. Większość przepisów regulujących zasady zawierania umów w reżimie prawa zamówień publicznych to normy *ius cogens*, zatem to one w najwyższym stopniu wpływają na sytuację stron w toku postępowaniu, a następnie w toku wykonywania umowy.²⁸⁵

Pierwszorzędne znaczenie należy nadać normom bezwzględnie obowiązującym kreującym zakazy i nakazy ograniczające wolność stron w zakresie zawierania i treści umowy. Jak już wspomniano mogą one pochodzić z różnych gałęzi prawa, pod warunkiem, że z normy takiej jednoznacznie wynika, że to właśnie ustawa wyraźnie odmawia skuteczności ukształtowanemu przez strony stosunku zobowiązaniowego²⁸⁶. W ustawie PZP wiele przepisów wyraża taki właśnie zakaz, chociaż ich redakcja może być różna (art. 431 ustawy PZP wyraża zakaz zawarcia umowy z wykonawcą, który nie jest wybrany w trybie ustawowym, art. 433 ustawy PZP wyraża zakaz stosowania określonych klauzul umownych). Inna grupa norm to takie, które określają przesłanki dopuszczalności pewnych postanowień umownych. Można tu wskazać przepis art. 450 ustawy PZP określający sposób wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, stanowiący w praktyce ograniczenie form w jakich można je ustanowić.

Szczególnie ciekawym zagadnieniem może być art. 442 ustawy PZP regulujący zasady wypłaty zaliczek, który określając sposób postępowania, w rzeczywistości ogranicza swobodę strony w tym zakresie. Po wprowadzeniu tej regulacji w 2013 r.²⁸⁷

Odmiennej jednak pogląd wyraził SN w wyr. z 20.01.2000 r., I CKN 358/98, Legalis nr 79834 odnoszącym się do statutu spółdzielni.

²⁸⁴ M. Safjan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*. Tom I. *Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1111.

²⁸⁵ G. Klich, *Zmiana umowy ...*, s. 88 i n.

²⁸⁶ P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 583.

²⁸⁷ Ustawa z dnia 12.10.2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2012 r. poz. 1271).

rozgorzała dyskusja na temat jej charakteru, w kontekście przepisów KC²⁸⁸ i ustalenia granic swobody stron w zakresie udzielania zaliczek w ramach umów o zamówienie publiczne. Kolejna grupa odnosi się do przepisów określających maksymalny czy minimalny zakres świadczenia, a także termin zawarcia umowy²⁸⁹ (art. 434 ustawy PZP wyraża maksymalny okres na jaki może zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, art. 264 ustawy PZP określają termin w jakim można zawrzeć umowę).

Rozważania te należy uzupełnić o ograniczenia o charakterze podmiotowym, którym przypisuje się szczególny wyraz, wskazując jednocześnie na rzadkie zastosowanie²⁹⁰. W prawie zamówień publicznych przybierają one na znaczeniu, z uwagi na samą już definicję zamówienia, jako umowy zawieranej pomiędzy dwoma ściśle określonymi stronami. Posługując się podziałem stosowanym przez *P. Machnikowskiego* pierwszy rodzaj ograniczeń podmiotowych odnosi się do określenia strony umowy, jako *essentialia negotii* stosunku zobowiązaniowego. Zgodnie z art. 7 pkt 32 ustawy PZP, takim istotnym elementem w prawie zamówień publicznych jest zawarcie umowy przez zamawiającego i wykonawcę²⁹¹. Jeśli umowa nie jest zawarta pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, nie ma ona *per se* charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego; nie spełniono konstruktywnych warunków dla uznania jej za umowę w sprawie zamówienia. Wiąże się z tym wiele konsekwencji, np. brak podstaw do jej unieważnienia w okolicznościach ustawowych.

Drugi dotyczy cech podmiotów zobowiązania, które związane są z wykonywaniem przez nie określonej działalności. W prawie zamówień publicznych aspekt ten nabiera dwojakiego znaczenia, w zależności od tego, której ze stron umowy dotyczy.

Z punktu widzenia wykonawcy na uwagę zasługują przepisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu odnoszące się do uprawnień wykonawcy. Warunki udziału w postępowaniu to wymogi pozwalające zamawiającemu ocenić zdolności wykonawcy do prawidłowego (należytego) wykonania zamówienia publicznego, które muszą znaleźć wyraz w dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP warunki

²⁸⁸ R. Szostak, *Charakter prawny zaliczki w ramach zamówień publicznych*, PiP 2008, Nr 3, s. 36, R. Szostak, *Zaliczka na poczet kosztów wykonania zamówienia*, Kwartalnik PZP 2009 nr 4; J. Jerzykowski, *Zaliczki w zamówieniach publicznych*, s. 3 i n.

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0021/37326/Zaliczki-w-PZP.pdf

²⁸⁹ P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 584.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ Szerzej na ten temat w Rozdziale II.

udziału w postępowaniu mogą dotyczyć m.in. uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. W art. 114 ustawy PZP doprecyzowano, że w ramach tego warunku zamawiający może wymagać udowodnienia przez oferentów posiadania odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej²⁹². Tylko wykonawca, który spełnia warunki może zostać uznany za najkorzystniejszego i zawrzeć umowę w sprawie zamówienia. W ten sposób kształtuje się istotna granica wolności kontraktowej co do podmiotu, z którym zamawiający zawrze umowę, ściśle związana z ogólnymi ograniczeniami dotyczącymi swobody działalności gospodarczej. W ten sposób warunki dotyczące uprawnień wykonawcy stanowią jedno z istotnych podmiotowych ograniczeń swobody umów, określając ramy podmiotowe potencjalnych reflektantów.

Z perspektywy zamawiającego rozważania należy rozpocząć od tradycyjnego podziału samych zamówień na zamówienia klasyczne²⁹³, sektorowe²⁹⁴ i zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa²⁹⁵. Podział ten przebiega zgodnie z zakresem regulacji trzech zasadniczych dyrektyw regulujących europejski system zamówień publicznych: dyrektywy 2014/24/UE – tzw. dyrektywa klasyczna, dyrektywa 2014/25/UE – tzw. dyrektywa sektorowa oraz dyrektywa 2009/81/WE – tzw. dyrektywa obronna. Jedynie częściowo korelują z nim ustawowy podział podmiotów udzielających zamówień

²⁹² Przepis obejmuje szerszy katalog możliwych wymogów tj. odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Wszystkie jednak wymogi związane są z istnieniem innych norm, z których wynika obowiązek posiadania określonego uprawnienia lub wpisu, co powoduje, że ich analiza jako grupy może zostać dokonana na podstawie jednego tylko możliwych elementów warunku.

²⁹³ Zgodnie z art. 7 pkt 33 ustawy PZP zamówienie klasyczne to zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego oraz zamawiającego subsydiowanego inne niż zamówienie sektorowe i zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

²⁹⁴ Zgodnie z art. 7 pkt 35 ustawy PZP zamówienie sektorowe to zamówienie udzielane przez zamawiającego sektorowego do prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy PZP.

²⁹⁵ Zgodnie z art. 7 pkt 36 ustawy PZP zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa to zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, którego przedmiotem są: a) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania, b) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania, c) roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi, d) roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.

na zamawiających publicznych (art. 4 ustawy PZP), zamawiających sektorowych (art. 5 ustawy PZP) zamawiających subsydiowanych (art. 6 ustawy PZP).

Pierwsza grupa, zamawiających publicznych, obejmuje: jednostki sektora finansów publicznych oraz państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (również ich związki), a także inne osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli są zależne bezpośrednio lub pośrednio w określony sposób od ww. podmiotów²⁹⁶.

Druga grupa obejmuje podmioty prowadzące jeden z rodzajów działalności sektorowej, będące jednocześnie zamawiającymi publicznymi lub - posługując się nomenklaturą dyrektywy 2014/25/UE - przedsiębiorstwami publicznymi²⁹⁷ lub inne podmioty, które wykonują działalność sektorową na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych²⁹⁸. Podmioty te udzielając zamówień w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy PZP stosują procedury przewidziane w dyrektywie 2014/25/UE.

W przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ustawodawca nie wyodrębnia katalogu podmiotów zobowiązanych do stosowania zamówień w tym reżimie, ale odnosi się do przedmiotu udzielanego zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 36 ustawy PZP ilekroć w ustawie mowa jest o zamówieniu w dziedzinach obronności i

²⁹⁶ Podmioty te, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

²⁹⁷ Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE: „Przedsiębiorstwo publiczne” oznacza każde przedsiębiorstwo, na które instytucje zamawiające mogą wywierać bezpośrednio lub pośrednio dominujący wpływ na mocy ich prawa własności, udziału finansowego we wspomnianym przedsiębiorstwie lub na mocy zasad określających jego działanie. Zakłada się istnienie dominującego wpływu instytucji zamawiających w dowolnym z poniższych przypadków, gdy instytucje te, bezpośrednio lub pośrednio: a) posiadają większość subskrybowanego kapitału przedsiębiorstwa; b) kontrolują większość głosów przypadających na akcje emitowane przez przedsiębiorstwo; c) mogą powoływać ponad połowę członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa. Pojęcie przedsiębiorstwa publicznych nie zostało implementowane wprost, prawdopodobnie z uwagi na zbyt bliską konotację z przedsiębiorstwem państwowym, o którym mowa w przepisach ustawy z dnia 25.09.1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1317).

²⁹⁸ Zgodnie z art. 4 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE „prawa specjalne lub wyłączne” oznaczają prawa przyznane przez właściwy organ państwa członkowskiego w drodze dowolnych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, które skutkują zastrzeżeniem wykonywania rodzajów działalności określonych w art. 8–14 dla jednego lub kilku podmiotów oraz które wywierają istotny wpływ na możliwość wykonywania takiej działalności przez inne podmioty. Prawa, które przyznano w drodze procedury zapewniającej odpowiednie upublicznienie postępowania i których przyznanie opierało się na obiektywnych kryteriach, nie stanowią „praw specjalnych lub wyłącznych” (...).

bezpieczeństwa - należy przez to rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, którego przedmiotem są: a) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania, b) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania, c) roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi, d) roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.

W zależności od rodzaju podmiotu zamawiającego oraz przedmiotu i wartości zamówienia, granice swobody umów związane wprost z samym zawarciem umowy, a same procedury, przybierają różne kształty. Począwszy od stosunkowo najbardziej restrykcyjnych zasad przewidzianych dla udzielania zamówień klasycznych powyżej progów unijnych, przez procedury określone dla udzielania zamówień sektorowych oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa²⁹⁹. W zakresie postępowań o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż tzw. progi unijne, dyskusja na temat kształtu postępowań toczy się od lat. Ostatecznie ustawodawca polski zdecydował się na wprowadzenie różnych procedur do postępowań o wartości równej i przekraczającej progi unijne i procedur o wartości nie przekraczającej tych progów, mając na celu odformalizowanie i uproszczenie tych ostatnich. Procedury te obejmują udzielanie zamówień klasycznych, gdyż dla zamówień sektorowych o niższej wartości ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie regulacji w zakresie proceduralnym. Podobnie w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – niezależnie od tego, czy są udzielane przez zamawiającego klasycznego, czy przez zamawiającego sektorowego – obowiązek stosowania przepisów ustawy powstaje jedynie w odniesieniu do zamówień, których wartość osiąga tzw. progi unijne.

Wymogi proceduralne, rozumiane jako zestawienie norm o charakterze imperatywnym, których zastosowanie jest elementem niezbędnym dla wyboru kontrahenta

²⁹⁹ Te ostatnie osadzone w dyrektywie 2009/81/WE, która nie została zmieniona w 2014 r., kiedy to modernizacji doznały procedury udzielania zamówień klasycznych i sektorowych, stąd znaczne odrębności proceduralne i formalne.

podlegają ciągłej ewolucji. Przykładem mogą być regulacje proceduralne odnoszące się do udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi³⁰⁰ o wartości mniejszej niż progi unijne, które wraz z wejściem w życie ustawy PZP objęto obowiązkiem stosowania trybów udzielania zamówień publicznych. Jest to ogromna zmiana w stosunku do reguł udzielania zamówień na ww. usługi, które tylko ramowo były określone w art. 138o ustawy PZP2004³⁰¹. Jaki był jej powód? Wydawać się może, że tak daleko idące zmiany wpływające zasadniczo na jedną z podstawowych zasad prawa cywilnego, jaką jest swoboda umów, mają równie zasadnicze i fundamentalne podstawy. Tymczasem jak czytamy w uzasadnieniu projektu ustawy: „*Uwzględniając okoliczność, że dotychczasowe rozwiązanie w zakresie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest nadmiernie skomplikowane i wymaga od zamawiającego samodzielnego opisanie całej procedury na okoliczność udzielania takich zamówień – proponuje się przywrócenie rozwiązania znanego w systemie zamówień publicznych, tj. przepisów dotyczących dawnych usług niepriorytetowych (nieobowiązujący art. 5 ustawy PZP).*” Powodem wprowadzenia znacznych, ustawowych granic swobody zawierania umów, wyboru kontrahenta i sposobu kontraktowania jest przyjęcie, że pozostawienie stronom zbytnej swobody w tym zakresie jest nadmiernie skomplikowane z uwagi na konieczność samodzielnego kształtowania warunków zamówienia.

Przedstawiciele doktryny nie są natomiast zgodni co do tego, czy i w jakim stopniu uregulowanie określonej kwestii normą dyspozytywną wpływa na zakres swobody kontraktowej. Pomocnicza funkcja norm dyspozytywnych w systemie prawa prywatnego polega na proponowaniu rozwiązań w miejsce, gdzie strony stosunku prawnego samodzielnie nie ukształtują kwestii będących przedmiotem ich regulacji. Stąd też w nauce

³⁰⁰ Zgodnie z art. 7 pkt 34 ustaw PZP są to zamówienia klasyczne lub zamówienia sektorowe, na usługi wymienione odpowiednio w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE.

³⁰¹ W brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020). Zgodnie z tym przepisałem jeżeli wartość zamówienia na usługi społeczne była mniejsza niż progi unijne zamawiający mógł udzielić zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący, zamieszczając na stronie podmiotowej BIP, a w jej braku na innej stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty; 2) opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia; 3) kryteria oceny ofert. Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający miał obowiązek zamieścić w BIP lub odpowiednio na stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia lub informację o nieudzieleniu zamówienia.

przypisuje im się określenia: *ius suppletivum*, przepisy uzupełniające³⁰², przepisy o zastosowaniu ewentualnym. W prawie zamówień publicznych należą one do rzadkości.

Normy o charakterze dyspozytywnym nie stanowią granicy swobody umów rozumianych jako linia podziału pomiędzy zachowaniami dozwolonymi i zakazanymi³⁰³. Na uwagę zasługuje jednak pogląd, wedle którego norma dyspozytywna wyraża nakaz takiego zachowania, jakie jest przez ustawodawcę preferowane³⁰⁴. E. Łętowska wywodzi z tego postulat dokonywania kontroli czynności prawnych o treści odmiennej od treści norm dyspozytywnych przez organy stosujące prawo³⁰⁵. Z kolei P. Machnikowski wskazuje, że rolą norm dyspozytywnych jest wyznaczenie katalogu akceptowanych przez ustawodawcę wartości (jego systemu ocen), co może być przydatne do badania zgodności umowy z zasadami współżycia społecznego³⁰⁶. M. Gutowski podkreśla, że z całokształtu unormowania czynności prawnych, a w szczególności z art. 56, 58 i 353¹ KC, wyinterpretować należy normę, z której wynika ogólna zasada dyspozytywności norm KC. Same zaś konstrukcje przewidziane w przepisach KC należy traktować jako legislacyjne propozycje, chyba że szczególne względy natury funkcjonalnej przemawiają za przyjęciem imperatywnego lub semiimperatywnego charakteru konkretnych norm³⁰⁷.

Przychylając się do poglądu o braku formalnego znaczenia norm dyspozytywnych w procesie wyznaczania ustawowych granic swobody umów, warto jednak zwrócić uwagę na znaczenie tych norm w kontekście oceny samego stosunku prawnego. Nie można bowiem bez żadnej refleksji przyjąć poglądu, że brak imperatywnego lub semiimperatywnego charakteru normy oznacza, że normę tę należy zupełnie pominąć przy ocenie treści umowy.

Właściwe rozważania na temat poszukiwania ustawowych granic swobody umów w prawie zamówień publicznych trzeba poprzedzić słowem wstępu, którego celem jest

³⁰² M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 373.

³⁰³ Zob. np. B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, SC 1971, t. XVIII, s. 6.

³⁰⁴ E. Łętowska, *Ujęcie problematyki umów w kodeksie cywilnym*, w: L. Bar (red.), *Instytucje prawne w gospodarce narodowej – studia prawne*, Wrocław 1981, s. 201; E. Łętowska, *Problemy źródeł prawa cywilnego*, ZNIBPS 1983, Nr 19–20, s. 95.

³⁰⁵ E. Łętowska, *Problemy...*, s. 95.

³⁰⁶ P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 594: W tych przypadkach, gdy umowa odbiega od regulacji dyspozytywnej rażąco na niekorzyść jednej ze stron, podstawą uznania jej za wykraczającą poza zakres swobody umów byłaby, moim zdaniem, sprzeczność nie z ustawą, ale z zasadami współżycia społecznego (odkodowanymi po części z treści norm dyspozytywnych). Podobnie R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 241.

³⁰⁷ M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Tom II, Warszawa 2021 s. 20.

zakreślenie pewnych ram. Po pierwsze dalsze rozważania ograniczone zostaną głównie do przepisów ustawy PZP oraz ich znaczenia jako ustawowej granicy swobody kontraktowania. Po drugie, jak już wcześniej wspomniano, nie każda z norm zawartych w ustawie w taki sam sposób wpływa na ograniczenia zawierania umów, dlatego rozważania koncentrują się na kilku instytucjach prawa zamówień publicznych, które w mojej ocenie stanowią wyraźne granice swobody umów. Po trzecie dalsze rozważania zostały podzielona na grupy odpowiadające etapom procesu zakupowego, począwszy od jego przygotowania, przez przeprowadzenie, na treści umowy skończywszy.

Zanim jednak szerszej analizie zostaną poddane poszczególne etapy przygotowania postępowania, warto zaznaczyć, że poniższe wymagania związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania są pochodną jednej z ważniejszych zasad prawa zamówień publicznych (choć niewyrażonej wprost w samej ustawie PZP) tj. obligatoryjnej natury postępowania lub inaczej nakazu przeprowadzenia postępowania. Koresponduje z nim zakaz zawierania transakcji bezpośrednich³⁰⁸, co w przełożeniu na siatkę pojęć stosowaną w KC oznacza zakaz stosowania pozaprzetargowych form zawierania umów np. poprzez rokowania, aukcje, czy w trybie *stricte* ofertowym. W związku z tym sam fakt obowiązku przeprowadzenia postępowania (poza wyjątkami wprost przewidzianymi w przepisach ustawy PZP³⁰⁹) w przypadku zakupów o niebagatelnej wartości stanowi samo w sobie jedną z najistotniejszych granic swobody zawierania umów.

3. Ustawowe granice swobody umów na etapie przygotowania postępowania

3.1. Uwagi wprowadzające

Etap przygotowania postępowania obejmuje czynności i decyzje o kształcie przyszłej umowy oraz zasadach wyboru wykonawcy. Obejmuje przede wszystkim określenie wymogów względem podmiotu, który wykona przyszłą dostawę, usługę czy robotę budowlaną oraz cech przedmiotu przyszłego zobowiązania. Z punktu widzenia nabywcy obok samego przedmiotu świadczenia, nie bez znaczenia są: wiarygodność,

³⁰⁸ R. Szostak, *Zasady prawa zamówień ...*, s. 11.

³⁰⁹ Dział I Rozdział 1 Oddział 2 ustawy PZP oraz przepisy szczególne odnoszące się do wyłączeń sektorowych, w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności oraz wyłączeń branżowych wyrażonych poza ustawą PZP.

rzetelność, czy doświadczenie kontrahenta, szczególnie tam, gdzie może to wprost wpływać na sposób wykonania zamówienia. Regulacje ustawy PZP w tym zakresie to nic innego jak formalne ujęcie naturalnych potrzeb zweryfikowania partnera, ukształtowane w sposób gwarantujący zachowanie proporcjonalności i niedyskryminacji.

Systematyka ustawy PZP³¹⁰ wskazywać może, że na etap przygotowania postępowania składają się czynności obejmujące wykonanie analizy potrzeb zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe, przygotowanie ogłoszenia, ustalenie niektórych warunków zamówienia (w tym decyzje o ewentualnym dopuszczeniu składania ofert częściowych, wariantowych, składania ofert w formie katalogów elektronicznych, żądaniu wadium), opisanie przedmiotu zamówienia oraz wymaganych przedmiotowych środków dowodowych. Jednak w praktyce etap przygotowania postępowania obejmuje szereg czynności, które zostały uregulowane również w innych częściach ustawy PZP np. ustalenie warunków udziału w postępowaniu, określenie podstaw wykluczenia³¹¹ oraz kryteriów oceny ofert, kryteriów selekcji, przygotowanie projektowanych postanowień umownych. W związku z tym etap przygotowania postępowania można określić jako zespół czynności faktycznych i prawnych składających się na takie ukształtowanie wymagań zamawiającego, które pozwolą na zaspokojenie określonych jego potrzeb w procesie zakupowym.

Ustawa PZP nie definiuje pojęcia „przygotowanie postępowania”, dlatego początku i końca tego etapu procedury zakupowej należy poszukiwać wśród regulacji określających poszczególne uprawnienia i obowiązki zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Najwcześniejszym momentem, o jakim można mówić w kontekście rozpoczęcia procesu przygotowania postępowania, jest etap planowania zakupów. Ustawa PZP nie zawiera przepisów określających zasady tworzenia planów zakupowych. Zawiera natomiast przepisy odnoszące się do planowania postępowań (art. 23 ustawy PZP). Rolą planu postępowań, który jest publikowany na stronach internetowych zamawiającego oraz w BZP, jest poinformowanie wykonawców o zamierzeniach zakupowych zamawiającego oraz uporządkowanie procesu planowania zakupów, w szczególności w kontekście zakazu podziału zamówień na części, skutkującego niezastosowaniem właściwych przepisów ustawy PZP³¹². Zatem etap planowania postępowań tj. dokonania wstępnych decyzji na

³¹⁰ Rozdział 1 Działu II ustawy PZP zatytułowany jest właśnie „Przygotowanie postępowania”.

³¹¹ Określenie tzw. fakultatywnych podstaw wykluczenia.

³¹² J. Jarnicka w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s. 130. Autorka podkreśla, że plan postępowań ma charakter jedynie informacyjny, a jego sporządzenie ma ułatwiać zamawiającemu

temat przedmiotu zamówienia, rodzaju zamówienia według podziału na zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi, przewidywanego trybu albo procedury udzielenia zamówienia, orientacyjnej wartości zamówienia, przewidywanego terminu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, określić można mianem rozpoczęcia etapu przygotowania postępowania. Znacznie łatwiej zidentyfikować jego koniec, który wiązać należy z wszczęciem postępowania. Jak wynika z definicji postępowania przypada on na moment przekazania albo zamieszczenia ogłoszenia, przekazania zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert.

Czynności obejmujące przygotowanie postępowania nakierowane są na osiągnięcie dwóch głównych celów. Pierwszy odnosi się do ukształtowania wymogów wobec wykonawców i jest nakierowany na doprowadzenie do udzielenia zamówienia wiarygodnemu wykonawcy, który jest zdolny do należytej realizacji umowy. Wymagania stawiane wykonawcom są jednym z naturalnych elementów swobody umów obejmującej wybór kontrahenta. Etap ten można porównać do określenia „warunków” przetargu (posługując się nomenklaturą KC), trafniej być może jego wymogów lub zasad w rozumieniu art. 70¹ § 2 KC. Jednak w prawie zamówień publicznych etap ten (jak wiele innych) został sformalizowany. Formalizmy na etapie przygotowania postępowania są na tyle ważne, że należy je poddać analizie w kontekście określenia istotnych granic swobody umów.

Drugi cel koncentruje się wokół samego zakupu i obejmuje określenie przedmiotu, przybliżonej wartości, pożądanych cech i warunków na jakich zostanie on zrealizowany. Można tu wymienić obowiązki związane z opisem przedmiotu zamówienia, określeniem kryteriów oceny ofert, określeniem warunków umowy. Odnosząc go do przetargu regulowanego przez KC można przyjąć, że obejmuje on określenie „przedmiotu” przetargu, który obok samego przedmiotu umowy obejmuje również wszystkie elementy możliwe do określenia, czyli *essentialia* i *accidentalialia negotii*.

Poza wymienionymi wyżej materialnymi elementami dotyczącymi samego przedmiotu i warunków zakupu oraz wymaganiami względem wykonawcy etap przygotowania postępowania obejmuje określenie pozostałych komponentów dotyczących

prawidłowe udzielanie zamówień. W szczególności wykonawcom nie przysługuje roszczenie o udzielenie zamówienia, które znalazło się w planie, a z którego zamawiający ostatecznie zrezygnował. Nie istnieją również przeszkody w udzieleniu dodatkowych zamówień, niewykazanych w opublikowanym planie. W taki wypadku konieczna jest aktualizacja planu postępowań o udzielenie zamówień.

elementów proceduralnych (począwszy od określenia trybu postępowania, na detalach dotyczących technicznych wymagań odnoszących się do sposobu składania ofert skończywszy). Prawo zamówień publicznych stawia w tym zakresie cały szereg wymogów, które znacznie przewyższają wymagania stawiane w KC. W ten sposób, etap przygotowania postępowania staje się znacznie bardziej sformalizowany, a swoboda zamawiającego w decydowaniu o kształcie przyszłego postępowania ograniczona. Ograniczenia te przybierają charakter ustawowych granic swobody zawierania umów, jednak swoje źródło mają w pozazakupowych celach zamówień publicznych.

3.2. Warunki udziału w postępowaniu

Rozważania na temat ustawowych granic swobody umów na etapie przygotowania postępowania rozpocząć należy od warunków dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu. W art. 57 ustawy PZP ustawodawca przewidział dwie grupy takich warunków: niepodleganie wykluczeniu (art. 108 i 109 ustawy PZP określane niekiedy mianem warunków negatywnych lub eliminujących³¹³) oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego (art. 112-117 ustawy PZP, określane jako warunki pozytywne lub dopuszczające). Również w orzecznictwie KIO pojawiają się głosy, że w następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod pojęciem warunków udziału w postępowaniu należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o zamówienie³¹⁴. W dalszej części rozprawy mianem warunków będą określane wymagania formułowane na podstawie art. 112-117 ustawy PZP.

Warunki udziału w postępowaniu to okoliczności związane z posiadanymi przez wykonawcę zdolnościami lub cechami pozwalającymi mu na należyte wykonanie zamówienia³¹⁵. Bardziej właściwe wydaje się jednak przyjęcie, że mianem warunków określić należy posiadanie przez wykonawcę zdolności, które w ocenie zamawiającego są wystarczające do należytego wykonania zamówienia. Gdyby przyjąć, że chodzi o zdolności

³¹³ Niekiedy w piśmiennictwie mianem warunków udziału w postępowaniu określa się także podstawy wykluczenia wykonawcy, określone w art. 108 i 109 ustawy PZP (tak. np. M. Meducki, *Potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu – warunki fakultatywne. Część pierwsza*, ZP Doradca 2022, Nr 7, str. 68). Jednak na potrzeby niniejszej rozprawy warunki traktowane są jako okoliczności przewidziane w art. 112 ustawy PZP.

³¹⁴ Wyrok KIO z 18.11.2021 r., KIO 3221/21, Legalis nr 2704967.

³¹⁵ D. Grześkowiak - Stojek w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s. 364 i n.

pozwalające na należyte wykonanie zamówienia, należałoby poszukiwać wzorcowego lub obiektywnego modelu takich zdolności dla konkretnego postępowania³¹⁶.

Cel wprowadzenia takich ograniczeń został wyrażony w dyrektywach, które są źródłem omawianej granicy swobody umów. Przeprowadzając kwalifikację wykonawców zamawiający są zobowiązani do stosowania w pierwszej kolejności postanowień Traktatów³¹⁷, a zwłaszcza zasady niedyskryminacji ze względu na pochodzenie oraz zasady swobodnego przepływu towarów i usług. Z zasadami tymi ściśle związane są zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji, przejrzystości, które również wskazują na konieczność stosowania wyłącznie niezbędnych narzędzi ograniczających udział wykonawców w postępowaniach.

Jak przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, zamawiający nie ma obowiązku określania warunków udziału w postępowaniu, ale decydując się na ich ustalenie musi kierować się zasadą proporcjonalności. Ta ostatnia wskazuje, że warunki nie mogą być nadmierne (choć ustawa nie wprowadza maksymalnego ustawowego poziomu zdolności)³¹⁸. Fakultatywność określenia warunków wynika przede wszystkim z treści art. 57 pkt 2 ustawy PZP, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego³¹⁹. KIO zauważyła, że przepis ten służy wyznaczeniu granicy swobody zamawiającego w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiając ich opisywanie w sposób nadmierny i niezwiązany z celem, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia³²⁰. W żadnej

³¹⁶ Odmienne KIO w wyroku z 08.05.2019 r., KIO 744/19, Legalis nr 1974000, gdzie Izba wskazała, że sposób określenia warunków udziału w postępowaniu ma na celu doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Warunki udziału określone w danym postępowaniu kształtują pewien wzorec wykonawcy, któremu zamawiający może powierzyć realizację zamówienia. Wzorec ten określają cechy dobrane w sposób obiektywny – powiązany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, zapewniający dostęp do zamówienia tylko tym wykonawcom, którzy gwarantują zamawiającemu, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z celem danego postępowania.

³¹⁷ Ch. Bovis, *Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Ashgate, Dartmouth 1998, s. 94.

³¹⁸ Wyjątkiem jest regulacja zawarta w art. 115 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którą zamawiający nie może wymagać, aby minimalne roczne przychody, o których mowa w ust. 1 pkt 1, przekraczały dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody zastosowania takiego wymagania.

³¹⁹ Tak m.in. KIO w wyroku z 03.09.2021 r., KIO 2293/21, Legalis nr 2624626 oraz D. Grześkowiak - Stojek w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s. 364 i n.

³²⁰ Tak, np. KIO w wyroku z 28.01.2022 r., KIO 64/22, Legalis nr 2682150: *Naczelną zasadą, jaką zamawiający winien kierować się określając warunki udziału w postępowaniu, jest zasada proporcjonalności. Zasada ta oznacza zobowiązanie do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych. Przy czy, wykonawca kwestionujący*

mierze jednak nie wprowadza on obowiązku określania warunków udziału w postępowaniu³²¹. W konsekwencji w drodze środków ochrony prawnej nie sposób skutecznie domagać się, ani formułowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w określonym zakresie, ani „zaostrzenia” warunków, które zamawiający określił.

Ustawodawca wprowadza jednak dalsze ograniczenia, tym razem dotyczące katalogu dostępnych zamawiającemu warunków udziału w postępowaniu, które swoje źródło mają w art. 58 dyrektywy 2014/24/UE. I tak, zgodnie z art. 112 ust. 2 ustawy PZP warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, co ma pozwolić zamawiającemu na identyfikację podmiotu występującego w postępowaniu, w tym ustalenie, zgodnie z art. 113 ustawy PZP, czy jest wpisany do odpowiedniego rejestru zawodowego lub handlowego;
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (o ile konieczność posiadania takich uprawnień wynika z odrębnych przepisów), tj. zezwoleń, licencji, koncesji lub wpisów do rejestru działalności regulowanej, bądź statusu członka danej organizacji (art. 114 ustawy PZP), w celu ustalenia możliwości wykonania danego zamówienia przez zweryfikowany podmiot;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej wyrażonej w szczególności poprzez wymóg uzyskiwania minimalnych rocznych przychodów na poziomie wskazanym przez zamawiającego, posiadania odpowiedniej płynności finansowej, ubezpieczenia OC, zdolności kredytowej lub środków finansowych (art. 115 ustawy PZP), której celem jest sprawdzenie możliwości sfinansowania kosztów realizacji zamówienia oraz wiarygodności i kondycji finansowej danego podmiotu;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej, w szczególności wymaganego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego w odniesieniu do

dany warunek udziału w postępowaniu winien wykazać, w jaki sposób zasada proporcjonalności jest naruszona, w jaki sposób dane wymaganie zamawiającego jest nadmierne w stosunku do zakładanego celu. W tym kontekście kluczowe jest ustalenie celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć poprzez wprowadzenie określonego warunku udziału w postępowaniu. Ustawodawca wskazał w art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, że warunki udziału w postępowaniu mają służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tym samym ocena ich proporcjonalności musi obywać się właśnie przez pryzmat weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

³²¹ Tak, np. KIO w wyroku z 28.01.2022 r., KIO 64/22, Legalis nr 2682150: *Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków udziału w postępowaniu.*

samego wykonawcy lub osób kierowanych do realizacji zamówienia, a także spełniania norm zarządzania jakością oraz systemów i norm zarządzania środowiskowego (art. 116 ustawy PZP).

W doktrynie i orzecznictwie dyskutowana była kwestia możliwości stosowania tzw. warunków dodatkowych, niezawartych wprost w przepisach ustawy. Była ona przedmiotem rozważań ETS już pod koniec lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku³²², kiedy to Trybunał dopuścił postawienie wymogu zobowiązania się przez przedsiębiorcę do zatrudnienia osób bezrobotnych zamieszkujących tereny dotknięte bezrobociem strukturalnym. W praktyce jednak kwestia dodatkowych warunków jest oceniana różnorako albo jako przekroczenie granic swobody w doborze rodzajów warunków, albo jako warunki realizacji zamówienia³²³. Obecnie kwestia dopuszczalności stosowania warunków innych niż wymienione w art. 112 ustawy PZP nie jest szeroko dyskutowana, prawdopodobnie z uwagi na jej niewielkie znaczenie praktyczne. Zamawiający sięgają bowiem zazwyczaj po warunki z grup ustawowo wyrażonych. Wydaje się jednak, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów można znaleźć argumenty świadczące o niedopuszczalności zastosowania innych niż wymienione w ustawie PZP, warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, udzielając zamówienia sektorowego zamawiający może zastosować inne niż określone w art. 112 ustawy PZP warunki udziału w postępowaniu, co *a contrario* oznacza, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia w reżimie klasycznym możliwości takiej nie ma; w przeciwnym razie nie zachodziłaby konieczność wprowadzenia ustawowego wyjątku w tym zakresie. Dodatkowym potwierdzeniem może być Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy³²⁴, które określa wyczerpujący katalog podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczeń, jakich może wymagać zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Świadczy to o zamkniętym katalogu warunków, których spełnienie można weryfikować poprzez podmiotowe środki dowodowe.

³²² Orzeczenie z 20.09.1988 r. w sprawie 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v. Staat der Nederlanden*, Rec. 1988, s. 463.

³²³ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych...*, s. 350 i n.

³²⁴ Rozporządzenie z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz.2415 ze zm.).

W zależności od przyjętego kierunku interpretacji warunki udziału w postępowaniu jako ustawowa granica swobody umów ulegają wzmocnieniu lub osłabieniu. Jeśli bowiem przyjąć, że dopuszczalne są inne niż wskazane w ustawie rodzaje warunków, przepisy art. 112 – 117 ustawy PZP nabierają charakteru norm dyspozytywnych, które nie są uznawane za granicę swobody umów. Przyjęcie modelu przeciwnego powoduje, że pomimo, iż samo określenie warunków nie jest obowiązkowe, to jednak ich katalog wyznacza istotne granice swobody zamawiającego w zakresie doboru środków mających na celu weryfikację podmiotową przyszłego kontrahenta. Zważywszy, że normy określające zasady formułowania warunków udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób kategoriyczny, a przyjęcie ich za przykładowe podaje w wątpliwość normatywny sens wprowadzenia szczegółowo opisanego katalogu warunków, należy opowiedzieć się za ich limitującym charakterem.

Nie ma natomiast wątpliwości co do tego, że raz postawione warunki stają się obligatoryjne dla obu stron postępowania, od momentu jego wszczęcia, aż do zakończenia (z zastrzeżeniem możliwości ich zmiany wyłącznie do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert).

Brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również brak złożenia w terminie wymaganego oświadczenia oraz innych podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu skutkuje odpowiednio: odrzuceniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (np. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP), odrzuceniem ofert wstępnych lub podlegających negocjacom (np. art. 163 ust. 2 i 197 ust. 1 ustawy PZP) lub odrzuceniem oferty (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP). Faza postępowania obejmująca weryfikację wiarygodności konkurentów ma zatem charakter eliminacyjny³²⁵.

Warunki udziału w postępowaniu służą przeprowadzeniu pierwszego etapu czynności wyboru najlepszego wykonawcy z grupy wykonawców ubiegających się o zamówienie. Sama możliwość określania warunków udziału w postępowaniu stanowi element swobody kształtowania stosunku przedkontraktowego. Z jednej strony zamawiający nie ma obowiązku określania warunków nawet jeśli z innych norm prawa powszechnie obowiązującego wynika, że do wykonania świadczenia niezbędne jest posiadanie określonych uprawnień. Z drugiej - raz określony warunek nie może zostać

³²⁵ R. Szostak (red.), *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 24.

zmieniony ani pominięty na etapie oceny ofert, wpływając w sposób znaczący na krąg potencjalnych reflektantów. Zatem warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały określone przez zamawiającego, stanowią barierę ograniczającą dostęp do pozyskania i wykonania zamówienia. Określone prawidłowo *de facto* ograniczają konkurencję, dopuszczając do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców dysponujących porównywalnym poziomem zdolności, co najmniej na poziomie wymaganym przez zamawiającego³²⁶.

Dostrzegalny jest jednak wymierny wpływ określanych warunków na możliwość ubiegania się o zamówienie, dlatego normy odnoszące się do zakresu i sposobu formułowania warunków należy uznać za istotną granicę uprawnień zamawiającego w określaniu wymogów wobec wykonawcy. Jak podkreśla się w orzecznictwie, swoboda w kształtowaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona. Wręcz przeciwnie, zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien móc wykazać, że postawione warunki mają charakter „minimalny”, co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie, personel, zasoby techniczne, finansowe³²⁷.

Zamawiający odpowiada również za jednoznaczne określenie i sprecyzowanie w SWZ sposobu weryfikacji spełnienia przez wykonawców warunków udziału w

³²⁶ M. Jaworska (red.), *Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy*. Komentarz w: M. Jaworska (red.), *Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 4.

³²⁷ Wyrok KIO z 14.03.2017 r., KIO 371/17, Legalis nr 1581098. Izba podkreśla także, że *Nie można również tracić z pola widzenia, że szczególnego rozważenia wymagają warunki udziału w postępowaniu, które mają na celu zweryfikowanie wykonawcy pod kątem możliwości należytego wykonania zamówienia, które polega na wykonaniu modernizacji, a więc zmianie (ulepszeniu) pewnego stanu, który istnieje. Ważne zatem, aby wykonawca miał wiedzę i umiejętności adekwatne do aktualnej sytuacji, ale również tę, która pozwoli na pewne zmiany w ramach tego, co funkcjonuje i to w taki sposób, aby osiągnąć zamierzony cel i nie narazić zamawiającego na żadne niebezpieczeństwo w wymiarze czy to ludzkim, czy to ekonomicznym*. Zob. też A. Powalowski (red.), *Leksykon prawa gospodarczego publicznego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2019, s. 346.

postępowaniu³²⁸. Jeżeli zatem warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano, w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy.

W związku z tym przepisy odnoszące się do sposobu i zakresu formułowania warunków udziału w postępowaniu uznać należy za znaczące ograniczenie swobody zamawiającego w kształtowaniu wymogów podmiotowych względem przyszłego kontrahenta, wpływający na sam wybór wykonawcy. Zamawiający nie ma możliwości odnoszenia się do czynników niezobiektywizowanych np. należytego wykonania umów zawartych uprzednio z nim samym, dysponowania wymienionymi z imienia i nazwiska osobami, które zostaną zaangażowane w wykonanie zamówienia, czy przedstawienia certyfikatów lub dyplomów od konkretnych podmiotów (bez możliwości złożenia dokumentów równoważnych). Ustalone przez zamawiającego warunki muszą odpowiadać określonym cechom, a mianowicie być obiektywne, proporcjonalne, a jednocześnie związane z przedmiotem zamówienia³²⁹.

Powyższe obnaża cel regulacji, która ma za zadanie ochronę reflektantów przed nadmiernymi wymaganiami zamawiających i samych zamawiających przed nadmiernym limitowaniem udziału w postępowaniu podmiotom zdolnym do jego wykonania oraz przed nieograniczonym udziałem wszystkich potencjalnych wykonawców, bez możliwości zweryfikowania ich walorów podmiotowych. Po raz kolejny istota regulacji sprowadza się do ochrony konkurencji z jednej i ochrony środków publicznych z drugiej strony.

3.3. Podstawy wykluczenia

Sam etap przygotowania postępowania uregulowany jest w ustawie PZP w sposób porządkujący czynności zamawiającego. Poza niewielkim zakresem przepisów, które pozwalają zamawiającemu na decyzję co do sposobu postępowania (np. możliwość żądania wadium lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy), przeważająca ich część określa zakazy i nakazy, których celem jest zagwarantowanie przejrzystości i zachowania równowagi między ochroną konkurencji a ochroną interesu publicznego.

³²⁸ Wyrok KIO z 10.05.2022 r., KIO 1093/22, Legalis nr 2790260.

³²⁹ H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE* w: A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 58.

Jest to szczególnie widoczne na przykładzie ewolucji instytucji wykluczania wykonawców z postępowania. Początkowo pod rządami ustawy z 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych podstawy wykluczenia były zasadniczo obligatoryjne³³⁰ i obejmowały wiarygodność i rzetelność wykonawców pojmowaną jako ich uczciwość wobec szeroko rozumianego państwa (regulowanie zobowiązań publicznoprawnych, brak skazania za określone przestępstwa, niepozostawanie w stanie upadłości) i wypełnienie obowiązków formalnych wobec zamawiającego w toku postępowania.

Również w ustawie PZP2004 katalog podstaw wykluczenia obejmował w zasadzie wyłącznie podstawy obligatoryjne, oparte na bardzo konkretnych (zerojedynkowych) założeniach obejmujących okoliczności związane z karalnością osób zaangażowanych w podejmowanie decyzji (oraz podmiotów zbiorowych), systematycznym opłacaniem danin publicznych, likwidacją lub upadłością³³¹. Uzupełniono je o podstawy związane z uczciwością i wiarygodnością wykonawcy obejmujące wyrządzenie szkody poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia³³², udział w przygotowaniu postępowania, wprowadzenie zamawiającego w błąd³³³ oraz okoliczności formalne: brak wniesienia wadium, brak złożenia odpowiednich dokumentów.

Po wejściu w życie przepisów implementujących dyrektywy 2014/24/UE oraz 2014/25/UE, ustawodawca wyraźnie rozróżnił podstawy wykluczenia, których zastosowanie ma charakter obligatoryjny (uznanych przez projektodawcę za szczególnie szkodliwe dla interesu publicznego³³⁴) oraz te, których zastosowanie zależy od woli zamawiającego (wyrażonej w dokumentach zamówienia). W uzasadnieniu do projektu zmiany ustawy z 2016 r.³³⁵ wyjaśniono, że niektórym fakultatywnym podstawom wykluczenia określonym w dyrektywach, w prawie polskim nadano status obligatoryjnych, gdyż okoliczności te zawsze negatywnie oddziałują na prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Prowadzą one bowiem do wypaczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu i w sposób niezgodny z prawem mogą wpływać na jego

³³⁰ Wyjątek stanowił przepis art. 19 ust. 2, który stanowił, że wszczęcie postępowania o popełnienie przestępstw, o których mowa w art. 19 ust. 1 pkt 4 i 5, mogło stanowić podstawę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

³³¹ Art. 24 ust. 1 pkt 2-9 ustawy PZP2004 w brzmieniu do dnia 27.07.2016 r.

³³² Art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP2004 w brzmieniu do dnia 27.07.2016 r.

³³³ Art. 24 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy PZP2004 w brzmieniu do dnia 27.07.2016 r.

³³⁴ Druk nr 366 Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, s. 24-25.

³³⁵ Ustawa z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020).

wynik. Ich konsekwencją jest najczęściej szkoda zamawiającego, związana z koniecznością wyboru oferty mniej korzystnej niż w przypadku gdyby postępowanie odbywało się w warunkach rzeczywistej konkurencji oraz opierało się na zgodnych z prawdą dokumentach i oświadczeniach wykonawców. Ponadto wpływają one negatywnie na efektywność ekonomiczną, przejrzystość i wizerunek zamówień publicznych, a także wiążą się z nasileniem złej woli wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. Wykonawcy, w związku z wystąpieniem powyższych okoliczności, powinni być całkowicie pozbawiani, na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów, możliwości uzyskania zamówień publicznych³³⁶. Pozostałe przesłanki ujęte w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE zostały wdrożone jako przesłanki fakultatywne, tzn. do decyzji zamawiającego pozostawiono wybór, które z nich zastosuje w danym postępowaniu (jeżeli zamawiający zechce skorzystać z tego rozwiązania, będzie zobowiązany wskazać te przesłanki w ogłoszeniu stanowiącym zaproszenie do ubiegania się o zamówienie).

Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów podstawy wykluczenia ustawodawca nadal dzieli na obligatoryjne i fakultatywne, a same okoliczności uzasadniające wykluczenie oparte są na tych samych założeniach³³⁷. Katalog przesłanek wykluczenia zawarty w art. 108 i 109 ustawy PZP jest zamknięty i przez czynność zamawiającego (np. umieszczenie postanowienia w specyfikacji warunków zamówienia) nie można go poszerzyć³³⁸. Przesłanki wykluczenia można podzielić ze względu na kryterium obowiązku ich zastosowania. W art. 108 ustawy PZP zostały zebrane podstawy eliminujące wykonawcę niezależnie od woli zamawiającego (obligatoryjne), zaś w art. 109 ustawy PZP przewidziano przesłanki fakultatywne, które zamawiający może zastosować, pod warunkiem zastrzeżenia ich zastosowania w ogłoszeniu o zamówienie lub dokumentach zamówienia.

³³⁶ Druk nr 366 Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, s. 24-25.

³³⁷ W ustawie PZP zrezygnowano z wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazali braku podstaw wykluczenia. Powodem zmiany była konstatacja ustawodawcy, że oświadczenie zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy ma tylko charakter oświadczenia wiedzy, które nie służy rozwiązaniu stosunku prawnego z wykonawcą podlegającym wykluczeniu, ani nie wpływa automatycznie na ważność oferty złożonej przez tego wykonawcę, stąd konstrukcyjnie nie odpowiada pozostałym okolicznościom przewidzianym w przepisie.

³³⁸ Wyjątkiem są zamówienia udzielane w reżimie sektorowym, gdzie zgodnie z art. 393 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego: 1) zamawiający, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3, mogą nie stosować podstaw wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 108; 2) zamawiający może zastosować podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, inne niż określone w art. 108, art. 109 i art. 112, o ile mają one obiektywny charakter i zostały określone w dokumentach zamówienia.

Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu służy eliminacji podmiotów, które nie spełniają ustawowo określonych wymogów o charakterze gwarancyjnym dotyczących podmiotowych cech wykonawcy, czyli związanych z jego właściwością³³⁹. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że w stosunku do wykonawcy zachodzi jedna z okoliczności wymienionych w art. 108 lub 109 ustawy PZP (wskazanych przez zamawiającego jako mających zastosowanie w postępowaniu) ma obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

Choć nie wynika to wprost z ustawy PZP, w doktrynie podkreśla się, że swoboda zamawiającego w wyborze fakultatywnych podstaw wykluczenia nie jest nieograniczona. Wybór takiej podstawy jest wynikiem skorzystania przez zamawiającego z pewnego zakresu władzy dyskrecyjnej, a swoboda przyznana zamawiającemu służy wyłącznie efektywności wydatkowania środków publicznych i dostosowaniu katalogu przyjętych podstaw wykluczenia do przedmiotu zamówienia i specyfiki rynku, na którym operują wykonawcy³⁴⁰. Zamawiający, wybierając określoną podstawę powinien respektować zasadę proporcjonalności³⁴¹. Niestety, jak wynika z danych udostępnionych przez UZP, połowa przedstawicieli zamawiających, którzy deklarowali stosowanie fakultatywnych podstaw wykluczenia, wskazywała że ich dobór do danego postępowania nie był dokonywany w powiązaniu z określoną branżą i wielkością zamówienia. Czym zatem kierowali się zamawiający wybierając fakultatywne podstawy wykluczenia? Niektórzy przedmiotem zamówienia, inni czasem trwania umowy o zamówienie, koniecznością zapewnienia odpowiedniej konkurencji, wielkością i złożonością przedmiotu zamówienia, a jeszcze inni w ogóle nie dokonywali analiz w tym zakresie, stosując zawsze te same podstawy wykluczenia wybrane przez działy prawne danej instytucji³⁴².

Analiza rozwiązań przyjętych w krajach UE oraz EFTA, w państwach, które wdrożyły do prawa krajowego fakultatywne przesłanki wykluczenia, przeprowadzona w

³³⁹ M. Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 329.

³⁴⁰ A. Sołtysińska, *Procedury odwoławcze w europejskim prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2021, s. 126, autorka podkreśla, że *Proces udzielenia zamówienia powinien być przygotowany w sposób, który zapewni uczciwą konkurencję i zapewni udział wiarygodnych wykonawców. Wybór konkretnej podstawy wykluczenia może mieć wpływ na konkurencję i funkcjonowanie danego rynku. Zamawiający powinien również ocenić, czy stosowanie określonej podstawy wykluczenia nie będzie ograniczać konkurencji nieproporcjonalnie do zakładanego celu.*

³⁴¹ Por. wyrok TS z 14.12.2016 r. w sprawie C-171/15, *Connexion Taxi Services BV*, ECLI:EU:C:2016:948.

³⁴² M. Falkowska, *Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2023, <https://www.gov.pl/web/uzp/funkcjonowanie-systemu-zamowien-publicznych--raporty-z-przeprowadzonych-badan--relacja-z-konferencji-oraz-pelna-tresc-raportu>, s. 96-97 (dostęp 29.12.2023 r.)

Raporcie zatytułowanym „Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA”³⁴³ pozwala na wyróżnienie co najmniej dwóch, zupełnie odmiennych, podejść do rozumienia fakultatywności.

Pierwsze przyjęte m.in. w Polsce i Holandii³⁴⁴ proponuje pozostawienie instytucji zamawiającej całkowitej swobody w decydowaniu o zastosowaniu danej przesłanki w konkretnym postępowaniu (instytucja zamawiająca może zdecydować, że nie bada przesłanek fakultatywnych lub bada tylko wybrane). Dodatkowo w obszarze wskazanych w dokumentach zamówienia fakultatywnych podstaw wykluczenia następuje obowiązkowe badanie proporcjonalności, które poprzedza ewentualną decyzję o wykluczeniu. W ustawie PZP cel ten spełnia art. 109 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym w przypadku większości fakultatywnych podstaw wykluczenia, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne³⁴⁵.

Drugi model przewiduje pozostawienie instytucji zamawiającej częściowej swobody, co przejawia się w tym, że przesłanki fakultatywne są stosowane *ex lege* w każdym postępowaniu. Fakultatywność w tym przypadku oznacza prawo do oceny danej sytuacji i ewentualnego braku wykluczenia konkretnego wykonawcy, jeśli instytucja zamawiająca uzna, że byłoby to nieproporcjonalne w stosunku do popełnionego czynu, z zastrzeżeniem przestrzegania zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców.

Pozostając na poziomie rozważań ogólnych odnoszących się do podstaw wykluczenia jako zbioru okoliczności stanowiących granicę swobody umów (bez głębokiej analizy treści każdej z nich z osobna) można uznać, że obligatoryjne podstawy wykluczenia stanowią istotne ograniczenie swobody wyboru wykonawcy. Zamawiający, nawet jeśli

³⁴³ P. Bogdanowicz, J. Roliński (red.), *Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA*, <https://stowarzyszeniepzp.pl/> Warszawa 2019, s. 13, (dostęp 29.12.2023 r.)

³⁴⁴ Wyrok TSUE z 14.12.2016 r., w sprawie C-171/15, *Connexion Taxi Services*, EU:C:2016:948, pkt 30, w którym wskazano, że: *w zakresie możliwości wykluczenia wykonawcy za poważne wykroczenie zawodowe Królestwo Niderlandów nie zawarło warunków zastosowania art. 45 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy w swoich przepisach, tylko powierzyło stosowanie tego uprawnienia instytucjom zamawiającym w rozporządzeniu. Rozpatrywane w postępowaniu głównym niderlandzkie przepisy uprawniają bowiem instytucje zamawiające do ogłoszenia, że do danego zamówienia publicznego będą mieć zastosowanie fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 45 ust. 2 tej dyrektywy.* Wyrok dotyczył przepisów poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE, ale jego tezy pozostają wciąż aktualne.

³⁴⁵ W szczególności, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

uznałby, że pomimo zaistnienia obligatoryjnych podstaw wykluczenia byłby skłonny zawrzeć umowę z wykonawcą, wobec którego zaistniały – nie ma takiej możliwości. W przypadku niektórych podstaw fakultatywnych dotkliwość ta jest złagodzona na mocy art. 109 ust. 3 ustawy PZP, jednak i w tym wypadku odstępianie od wykluczenia wykonawcy wymaga wykazania nieproporcjonalności. Decydując się na odstępianie od wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 3 ustawy PZP, zamawiający musi być w stanie wykazać, że w danym przypadku mamy do czynienia z oczywistą nieproporcjonalnością wykluczenia. Na gruncie zasady przejrzystości i zasady równego traktowania wykonawców na zamawiającym ciąży w takim przypadku powinność należytego uzasadnienia swojego działania i zakomunikowania jego motywów wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia³⁴⁶.

Doniosłość instytucji wykluczenia jako granicy swobody umów dostrzeżono w prawodawstwie unijnym, gdzie uznano, że nieodwracalne skutki, jakie niesie za sobą naganne zachowanie wykonawcy, mogą być w niektórych sytuacjach zbyt dotkliwe. Dlatego prawodawca unijny zdecydował się na wprowadzenie specjalnej procedury, w której przyznano wykonawcy możliwość wykazania, że jest w stanie należycie wykonać zamówienie, pomimo że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia. Wykonawca udowadnia, że daje rękojmię rzetelnego wykonywania udzielanego zamówienia, gdyż zauważył istnienie problemu oraz podjął odpowiednie środki, które zapewniają zapobieżenie nieprawidłowym zachowaniom w przyszłości³⁴⁷.

W motywie 102 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, wyjaśniono, że konieczne jest także uwzględnienie w prawodawstwie krajowym możliwości przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. *W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia*³⁴⁸.

³⁴⁶ Tak KIO w wyroku z 19.04.2022 r., KIO 907/22, Legalis 2711765.

³⁴⁷ M. Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 355.

³⁴⁸ motyw 102 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE.

Dlatego przepisy ustawy PZP w pewnych przypadkach wskazują także na możliwość przeprowadzenia procedury sanacyjnej, w ramach której wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Musi w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę lub zobowiązanie się do naprawienia szkody lub zadośćuczynienia, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego czynu oraz współpracę z organami ścigania. Konieczne jest również podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym, lub nieprawidłowemu postępowaniu. Procedury sanacyjnej nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu³⁴⁹.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że podstawy wykluczenia stanowią istotne ograniczenia swobody umów w obszarze związanym z wyborem wykonawcy. Zostały wprowadzone w celu ochrony dobra uznawanego za nadrzędne, czyli 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. Mając na uwadze wprowadzenie procedury „samooczyszczenia”, można przyjąć, że doszło pośrednio do odwrócenia ciężaru wykazania rzetelności i wiarygodności wykonawcy, który przekroczył granicę uznawaną za dopuszczalną (zachodzi w stosunku do niego obligatoryjna podstawa wykluczenia). Stąd też sama doniosłość tego ograniczenia jest mniejsza. Wydaje się, że obrany przez prawodawcę (unijnego i polskiego) kierunek jest słuszny. Reżim wykluczenia wykonawcy stanowi bowiem najistotniejszą granicę swobody kontraktowania w obszarze wyboru kontrahenta, zatem jej przełamanie powinno być dopuszczalne, nawet jeśli wymaga spełnienia szeregu warunków.

Nieco inaczej przedstawia się kwestia fakultatywnych podstaw wykluczenia, których zastosowanie w konkretnym postępowaniu zależy wyłącznie od woli

³⁴⁹ Druk nr 366 Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, s. 24-25.

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. Na podkreślenie zasługuje także fakt, iż standardy wynikające z dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE mają charakter minimalny, wskutek czego nie jest wykluczone wprowadzenie rozwiązań nakazujących badanie wszystkich podstaw wykluczenia i ewentualne odstępianie od ich zastosowania w sytuacjach uzasadnionych. Wprowadzenie takiego rozwiązania na gruncie prawa polskiego wymaga jednak głębszej analizy. Również w tym wypadku w jej centrum powinno się znaleźć wyważenie interesów wykonawców do obrony swoich praw oraz interesu publicznego.

3.4. Opis przedmiotu zamówienia

Zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres przedmiotowy przyszłego świadczenia wykonawcy. Opisując warunki zamówienia w tym jego przedmiot zamawiający, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych, w pierwszej kolejności staje przed zadaniem takiego ich ukształtowania, aby spełniały jego uzasadnione potrzeby oraz cel. Opisanie przedmiotu zamówienia uznawane jest za jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania³⁵⁰. W związku z tym powinien on uczynić to w sposób pozwalający na zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i prawidłowość ukształtowania cen ofert wykonawców³⁵¹.

Wśród istotnych ograniczeń swobody działania zamawiającego w zakresie nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych są bez wątpienia przepisy odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 – 103 ustawy PZP), określające zasady wyrażania potrzeb zamawiającego. W pierwszej kolejności ustawodawca wymienia ogólne dyrektywy opisu przedmiotu zamówienia, czyli konieczność jednoznacznego i wyczerpującego wyrażania potrzeb, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych

³⁵⁰ M. Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 304 i n.

³⁵¹ Wyrok KIO z 06.06.2018 r., KIO 980/18, KIO 983/18, LEX nr 2528926; wyrok KIO z 13.12.2019 r., KIO 2416/19, LEX nr 2770734.

określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 99 ust. 1 ustawy PZP). Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia muszą być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie ma być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto sformułowania użyte do opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze dostosowane do konkretnego stanu faktycznego. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te kierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo wykonywaniem prac danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania przedmiotu zamówienia w ten sposób, który umożliwi złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego³⁵². Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych i stosuje nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień. Powyższe obowiązki bez wątpienia wyznaczają ograniczenia swobody zamawiającego w formułowaniu przedmiotu zamówienia, trudno jednak nadać im doniosłego znaczenia. Dążenie do uporządkowanego i precyzyjnego wyrażania potrzeb w zakresie przyszłego świadczenia i warunków na jakich ma być ono zrealizowane jest naturalną konsekwencją przyjętego sposobu zawierania umowy jakim jest tryb przetargowy. Ponieważ zakres swobody wykonawcy w trybach przetargowych i przetargowo – negocjacyjnych został ograniczony do możliwości przystąpienia do postępowania i określenia ceny, za jaką zostanie zrealizowany przedmiot zamówienia, to zamawiający przejmuje rolę proponenta, który wyznacza ramy postępowania przetargowego. Bez precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia mogłoby dojść do wątpliwości, czy wywołana oferta przetargowa wykonawcy nie nabiera cech oferty złożonej w zwykłym trybie ofertowym.

Z punktu widzenia przedmiotu rozważań, czyli poszukiwania i wyznaczania najistotniejszych granic swobody umów w zakresie formułowania opisu przedmiotu zamówienia, na szczególną uwagę zasługują wyrażone w art. 99 ust. 4-6 ustawy PZP ograniczenia w zakresie sposobu formułowania opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który

³⁵² Tak SO w Gdańsku w wyroku z 27.11.2006 r., III Ca 1019/06, niepubl.

charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Podstawowym celem wprowadzonego zakazu jest ochrona konkurencji przetargowej.

W piśmiennictwie i judykaturze podkreśla się, że bezpośrednie naruszenie ww. normy zachodzi, gdy przedmiot zamówienia określany jest poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Do naruszenia pośredniego dochodzi, gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić, wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt³⁵³. Obecnie, gdy treść przepisu wskazuje, że skorzystanie ze znaków towarowych i podobnych bezpośrednich wskazań na konkretny produkt stanowi jedną z odmian utrudniania uczciwej konkurencji, podział taki wydaje się już zbędny, jednak w doskonały sposób obrazuje nadal gradację powstających naruszeń.

Wszelkie naruszenia zasad dotyczących opisu przedmiotu zamówienia mają bezpośrednie przełożenie na krąg potencjalnych wykonawców, w szczególności mogą skutecznie zniechęcić MŚP do ubiegania się o kontrakty publiczne³⁵⁴. Preferowanie konkretnych produktów szkodzi interesom publicznym, zarówno w stosunkach pomiędzy wykonawcami zainteresowanymi zamówieniem, jak i w odniesieniu do potencjalnych korzyści transakcyjnych przypadających samemu zamawiającemu³⁵⁵.

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. W orzecznictwie podkreśla się, że prawo zamówień publicznych chroni z jednej strony interes zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując dokumenty zamówienia, zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy

³⁵³ Uchwała KIO z 05.05.2016 r., KIO/KD 29/16, LEX nr 2039443; wyrok KIO z 07.01.2008 r., KIO/UZP 28/07, KIO/UZP 100/07, LEX nr 393449.

³⁵⁴ A. Piwowarczyk, *Ograniczenia udziału mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców na rynku zamówień publicznych*, Legalis 2022, Rozdział IV pkt 1.

³⁵⁵ B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020, s. 135-136; P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 400-405 oraz M. Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 355-356, wraz z powołanym tam orzecznictwem.

rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy³⁵⁶. Czym innym będzie bowiem opis wskazujący na konkretną markę i model samochodu przeznaczonego do przewozu uczniów, a czym innym wskazanie przez filharmonię na konkretny model fortepianu, który najczęściej wybierają artyści, w celu zapewnienia sobie występów najlepszych z nich.

Bez wątpienia zakaz ten stanowi ograniczenie swobody w określaniu przedmiotu świadczenia w sposób nieznanymi przepisom KC. Ponieważ jednak w wyjątkowych sytuacjach takie opisanie przedmiotu zamówienia może okazać się niemożliwe, ustawodawca dopuścił wskazanie nazwy handlowej produktu (może to być np. lekarstwo, środek chemiczny, odczynnik), jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać tego świadczenia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 99 ust. 5 ustawy PZP). W przypadku takiego opisanie przedmiotu zamówienia zamawiający zobowiązany jest do wskazania w tym opisie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Wymóg ten ma z jednej strony wzmocnić ochronę wykonawcy, który przez parametry równoważności rozpoznaje najistotniejsze dla zamawiającego cechy przedmiotu zamówienia, z drugiej jednak może być kłopotliwy dla zamawiającego, który nie może opisać swoich potrzeb w inny sposób, może mieć zatem także trudności ze wskazaniem parametrów równoważności.

Warto podkreślić, że na gruncie prawa unijnego prawidłowe określenie specyfikacji, szczególnie w zakresie rozwiązań równoważnych, stanowi gwarancję swobody przepływu towarów. Niektóre zakazy wywodzone z podstawowych swobód można bez trudu zaklasyfikować jako ograniczenia, które *nota bene* były również przedmiotem postępowań przed Trybunałem. Przykładowo: *W zakresie zamówień publicznych wystarczy przywołać zakaz wywodzony ze swobody przepływu towarów, zgodnie z którym instytucji zamawiającej zabrania się zawarcia w specyfikacji kryteriów udzielenia zamówienia, załączonej do umowy na udzielenie zamówienia publicznego, klauzuli wymagającej, aby dla wykonania zamówienia użyty został materiał określonej marki, jeżeli klauzula ta nie zawiera dodatkowego sformułowania „bądź takiego samego rodzaju”*³⁵⁷.

³⁵⁶ Wyrok SO w Poznaniu z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl., wyrok NSA z 08.05.2014 r., II GSK 249/13, LEX nr 1575466, wyrok KIO z 16.02.2018 r., KIO 155/18, LEX nr 2476253.

³⁵⁷ Opinia Rzecznika Generalnego Ch. Stix-Hackl przedstawionej 12.04.2005 r. (do sprawy C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti, Zb.Orz. 2005, s. I-7287), pkt 43.

Co istotne, ustawa PZP nie daje przestrzeni wskazania na konkretny produkt bez dopuszczenia równoważności, nawet w sytuacjach wyjątkowych np. zakupu konkretnego leku w celu kontynuowania terapii u danego pacjenta. Oczywiście posługując się w tym wypadku określonymi sformułowaniami wskazującymi na cel zakupu i uzasadnione potrzeby zamawiającego, można zakupu takiego dokonać. Jednak w tym przypadku ograniczenie swobody w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przybiera niewłaściwy kształt, zmuszając zamawiających do formalnego opisanie cech produktu, który i tak nie może mieć zamienników. Dochodzi tu do zderzenia dwóch potrzeb: ochrony konkurencji poprzez ograniczenie swobody zamawiającego, której mógłby nadużywać oraz ochrony samego zamawiającego przed nabyciem zamienników niedostatecznie zaspokajających jego potrzeby. W konsekwencji, konieczne staje się wyważenie i ocena, która z nich zasługuje w okolicznościach konkretnej sprawy na ochronę.

Ryzyko niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia (podobnie jak warunków udziału w postępowaniu) obciąża zamawiającego. Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty, muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawierająca nieścisłości nie może negatywnymi skutkami obciążać oferentów³⁵⁸.

Ustawowe ograniczenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia znacząco oddziałują na praktykę obrotu. Powodują 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. Zagadnienie to jest czytelne i nie wymaga pogłębionej analizy w kontekście odczytania i określenia granicy swobody umów. Kwestie związane z opisem przedmiotu zamówienia jako wyrazem ograniczenia swobody umów zostaną jeszcze przybliżone w dalszej części rozprawy, w Rozdziale poświęconym naturze stosunku prawnego. Poszukiwanie zakresu ograniczeń zamawiającego określanych jako jego uzasadnione potrzeby, wymaga bowiem sięgnięcia do samego jądra zamówienia publicznego, czyli jego właściwości.

³⁵⁸ Wyrok SN z 04.07.2019 r., IV CSK 363/18, Legalis nr 1968997, podobnie SA w Warszawie w wyroku z 03.12.2019 r., I ACa 266/19, LEX nr 2777462.

3.5. Kryteria oceny ofert

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.

W motywie 90 preambuły dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazano, że: *zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. Należy wyraźnie określić, iż ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie powinno się oceniać na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny, co zawsze powinno obejmować element cenowy lub kosztowy.* Celem kryteriów jest zatem umożliwienie uzyskania zamówienia najlepszego ekonomicznie, co nie może być utożsamiane z przyjmowaniem w każdym przypadku najniższych cen oferowanych dóbr³⁵⁹.

Obowiązek wyboru oferty na podstawie kryteriów określonych w SWZ oznacza obowiązek stosowania katalogu kryteriów tam wskazanych oraz określenia ich wag i opisu sposobu oceny w świetle każdego z kryteriów. Zgodnie z art. 241 ustawy PZP kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą natomiast odnosić się do właściwości wykonawcy. Badanie tych ostatnich pozostaje domeną, omówionych wyżej warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim jednak dobór kryteriów oceny ofert ma umożliwić wybór oferty najkorzystniejszej.

Spośród złożonych w postępowaniu ofert, w których zaoferowano świadczenie spełniające wymogi zamawiającego, niepodlegających odrzuceniu z innych względów i złożonych przez wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i niepodlegających wykluczeniu zamawiający musi wybrać ofertę najkorzystniejszą, aby móc zrealizować cel postępowania, tj. udzielić zamówienia.

Ustawa PZP, wprowadza również wytyczne co do doboru kryteriów w ramach postępowania. W pierwszej kolejności wymagane jest, aby wybrane kryterium powiązane było z przedmiotem zamówienia. Co więcej, dobierając kryteria zamawiający powinni

³⁵⁹ W. Dzierżanowski w: Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 655.

mieć na uwadze możliwość zweryfikowania, czy oferowane dostawy, usługi bądź roboty budowlane spełniają jego oczekiwania³⁶⁰. Przy czym kryteria udzielania zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oferty³⁶¹.

Na gruncie prawa unijnego od lat podkreśla się, że przepisy krajowe powinny uniemożliwić pozorowane różnicowanie kryteriów oceny ofert, jak również praktyki ograniczające rzeczywisty udział w kryteriach pozacenowych. Dopuszczalne jest również ograniczenie przez państwo członkowskie możliwości zastosowania kryterium ceny do określonych kategorii instytucji zamawiających lub do określonych przedmiotów zamówień³⁶².

Obowiązek ujawnienia kryteriów oceny ofert w sposób czytelny i jasny dla wszystkich zainteresowanych wykonawców już na etapie wszczęcia postępowania był akcentowany w orzecznictwie europejskim, gdzie Trybunał uznał, że kryteria oceny ofert, podobnie jak pozostałe warunki zamówienia, powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny. Ma to po pierwsze pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w

³⁶⁰ SO w Warszawie w orzeczeniu z 18.12.2020 r., XXIII Ga 1350/20, Legalis nr 2675710, uznał bardzo kategorycznie, że obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie. Tym samym, nie akceptuje stanowiska prezentowanego przez zamawiającego i KIO, iż weryfikacja następować będzie w trakcie wykonywania umowy, a zamawiający zabezpieczył się formułując stosowne kary umowne, na wypadek nienależytej/niezgodnej z ofertą realizacji umowy przez wybranego wykonawcę. Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych. Wykonawcy powinni mieć pełną świadomość w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tak aby mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Dlatego też zamawiający, opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach. Stanowisko takie trudno wszakże zaakceptować, gdyż stanowiłoby zbyt daleko idącą interpretację czyniącą granicę swobody w określaniu kryteriów nader restrykcyjną.

³⁶¹ J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Warszawa 2017, art. 67 nb. 4.

³⁶² Por. wyr. TSUE z 18.11.2010 r., w sprawie C-226/09, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia*, Zb.Orz. 2010, s. I-11807, pkt 43.

taki sam sposób, a po drugie umożliwić instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg³⁶³.

Zmiana kryteriów oceny ofert możliwa jest wyłącznie do czasu upływu terminu składania ofert tylko w zakresie, w jakim zostanie to podane do wiadomości w sposób, w jaki poinformowano o pierwotnym ich kształcie. Niezmiennosc kryteriów oceny ofert oznacza z jednej strony pewność informacji o ich ocenie, jaką otrzymują wykonawcy, z drugiej zaś strony uniemożliwia po upływie terminu składania ofert naprawę ewentualnych błędów zamawiającego³⁶⁴. W wyroku w sprawie C-448/01 *EVN AG* Trybunał stwierdził, że nieuprawnione jest ograniczenie liczby kryteriów, wedle których winna być oceniana oferta, jeżeli po upływie terminu składania ofert jedno z nich okaże się niedopuszczalne³⁶⁵.

Zgodnie z art. 242 ust. 2 ustawy PZP: kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób z grup marginalizowanych; 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia; 4) aspektów innowacyjnych; 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy oraz okresu realizacji.

Dla przykładu, zaoferowanie parametrów technicznych w stopniu wyższym niż minimalne może stanowić kryterium jakościowe przedmiotu zamówienia, odnoszące się wprost do wymaganych właściwości funkcjonalnych systemu. Za pomocą tego kryterium zamawiający może premiować oferty, które obejmują bardziej wartościowy dla zamawiającego przedmiot zamówienia, tj. ponad wymagania podstawowe określone na minimalnym poziomie³⁶⁶.

³⁶³ TSUE m.in. w wyroku z 10.05.2012 r., w sprawie C-368/10, *Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów*, EU:C:2012:284, podobnie w wyroku TS z 25.04.1996 r., w sprawie C-87/94, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, EU:C:1996:161.

³⁶⁴ P. Wójcik w: A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2021, art. 239, nb. 5.

³⁶⁵ Wyrok TSUE z 04.12.2003 r., w sprawie C-448/01, *EVN AG i Wienstrom GmbH v. Republik Österreich*, EU:C:2003:651.

³⁶⁶ Por. np. wyrok KIO z 08.05.2019 r., KIO 744/19, Legalis nr 1974000.

Określając katalog dopuszczalnych kryteriów oceny ofert ustawodawca poprzedził je sformułowaniem „w szczególności”, co nadało mu charakter otwarty. W przeciwieństwie do warunków i podstaw wykluczenia, których ustawy katalog ma cechy katalogu zamkniętego, zastosowanie innych niż określone w ustawie PZP kryteriów jest dopuszczalne pod warunkiem, że spełnione zostaną pozostałe ogólnie wyrażone wymogi względem ich formułowania.

Stąd też granice swobody umów nakreślone przez normy odnoszące się do samego doboru kryteriów oceny ofert są najsłabsze wśród tych występujących na etapie przygotowania postępowania, z uwagi na ich przykładowy charakter. Nie można jednak stracić z pola widzenia charakterystycznej dla ustawy PZP, a nieznannej prawu cywilnemu regulacji ograniczającej dobór kryteriów w kontekście ich współistnienia. Zgodnie z art. 246 ust. 1 ustawy PZP zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy PZP, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Wyjątek stanowią przypadki, gdy zamawiający określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Porównując obecne regulacje do treści przepisu art. 91 ust. 2a ustawy PZP2004 uznać należy, że i to ograniczenie swobody w doborze kryteriów zostało znacznie złagodzone, poprzez rezygnację pod rządami obecnie obowiązujących przepisów z konieczności wykazywania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Warto zaznaczyć, że sam przepis nie określał wytycznych, w jaki sposób należy koszty te uwzględnić i jak szczegółowo opisać i nie dawał wprost odpowiedzi na pytanie, czy powyższy przepis znajduje zastosowanie także w sytuacjach, gdy koszty cyklu życia nie występują³⁶⁷.

W praktyce, mimo starań zamawiających, nie zawsze określone przez nich kryteria jakościowe faktycznie wpływają na przedmiot zamówienia, zwłaszcza tam, gdzie wszyscy wykonawcy otrzymują najwyższą liczbę punktów w ramach tych kryteriów.³⁶⁸ Najbardziej jaskrawym przykładem takiego działania może być ustanawianie kryterium terminu

³⁶⁷ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 13.09.2018 r., BDF1.4800.74.2018, wskazywała, że opierając się na wykładni celowościowej tego przepisu uznać należy, że koszty te nie muszą występować w każdym przypadku.

³⁶⁸ M. Falkowska, *Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2023, <https://www.gov.pl/web/uzp/funkcjonowanie-systemu-zamowien-publicznych--raporty-z-przeprowadzonych-badan--relacja-z-konferencji-oraz-pelna-tresc-raportu>, s. 8 i n. (dostęp 29.12.2023).

płatności za wykonaną usługę, w ramach którego zamawiający oceniają oferowany termin płatności faktury, przy czym punkty przyznawane są w przedziale, między czternastodniowym a trzydziestodniowym terminem płatności. W jednym z badanych postępowań zamawiający przyznawał maksymalną liczbę punktów w tym kryterium za zaoferowanie dwudziestodzieciodniowego (i krótszego) terminu płatności, a zero punktów za termin powyżej dwudziestu dziewięciu dni. Przy czym, niedopuszczalne było zaoferowanie terminu płatności dłuższego niż trzydziestodniowy³⁶⁹.

Widoczna jest także dysproporcja pomiędzy deklaracjami o bardzo częstym stosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert wśród przedstawicieli zamawiających i instytucji kontrolujących a rzadkim stosowaniu tych kryteriów w ocenie przedstawicieli wykonawców. Można ją tłumaczyć odmiennym postrzeganiem ich zastosowania; w wielu wypadkach pozacenowe kryteria oceny ofert były określone w taki sposób, że większość podmiotów na rynku mogła swobodnie zaoferować sposób wykonania zamówienia gwarantujący osiągnięcie maksymalnej liczby punktów, zatem z ich punktu widzenia w postępowaniu takim jedynym realnym kryterium była cena³⁷⁰.

Można zatem przyjąć, że pomimo pewnych ograniczeń co do swobody doboru kryteriów oceny ofert oraz nadania im ustawowych cech (związanie z przedmiotem zamówienia, zakaz określania kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy), stanowią one najmniej wyraźną granicę swobody kształtowania warunków zamówienia, określonych w ustawie PZP na etapie przygotowania postępowania.

3.6. Uwagi końcowe

Etap przygotowania postępowania obejmuje czynności i decyzje o kształcie przyszłej umowy oraz zasadach wyboru wykonawcy. Został on uregulowany w ustawie PZP w sposób porządkujący czynności zamawiającego. Przeważająca część przepisów określa zakazy i nakazy, których celem jest zagwarantowanie przejrzystości i zachowania równowagi między ochroną konkurencji a ochroną interesu publicznego.

³⁶⁹ Postępowanie pn. Świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości znajdujących się na terenie Gminy Sadki w okresie od 01.07.2024 r. do 31.12.2025 r., prowadzone przez Gminę Sadki.

³⁷⁰ M. Falkowska, *Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2023, <https://www.gov.pl/web/uzp/funkcjonowanie-systemu-zamowien-publicznych--raporty-z-przeprowadzonych-badan--relacja-z-konferencji-oraz-pelna-tresc-raportu>, s. 42 (dostęp 29.12.2023).

Zważywszy, że normy odnoszące się do określania warunków udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób kategoriyczny, a przyjęcie ich za przykładowe poddaje w wątpliwość normatywny sens wprowadzenia szczegółowo opisanego katalogu warunków - należy opowiedzieć się za ich limitującym charakterem. Nie ma natomiast wątpliwości co do tego, że raz sprecyzowane warunki stają się barierą ograniczającą dostęp do pozyskania i wykonania zamówienia do zakończenia postępowania. Określone prawidłowo *de facto* 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 doprowadziły do wniosku, że również podstawy wykluczenia stanowią 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.

Szczególną uwagę w toku rozważań poświęcono wyrażonym w art. 99 ust. 4-6 ustawy PZP ograniczeniom w zakresie sposobu formułowania opisu przedmiotu zamówienia. 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.

Nieco inaczej sytuacja przedstawia się w przypadku kryteriów oceny ofert, gdzie, 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.

4. Ustawowe granice swobody umów na etapie prowadzenia postępowania

4.1. Tryb przetargowy jako podstawowe narzędzie zawierania umów

4.1.1. Uwagi wprowadzające

Od starożytności, przez średniowiecze, aż po czasy współczesne poszukiwano odpowiednich form efektywnego wydatkowania środków w ramach zakupów dla potrzeb publicznych, czy szerzej potrzeb zbiorowych. Przez stulecia w różnych zakątkach Europy kształtowały się rozmaite formy nabywania dóbr na cele zbiorowe, oparte głównie o procedury konkurencyjne (przetargowe, licytacyjne itp.). Taka tendencja pozostała aktualna również współcześnie i znalazła wyraz w prawie międzynarodowym³⁷¹, europejskim³⁷² i polskim. Ewolucję procesu poszukiwania dogodnych i adekwatnych form redystrybucji środków wspólnych a następnie wydatkowania szeroko pojętych środków publicznych, obrazuje przedstawiona wcześniej historia zamówień publicznych. Odzwierciedla ona proces tworzenia obecnych zasad dokonywania zakupów, a następnie wypełniania tak powstałych ram formą określonych procedur, które w przypadku

³⁷¹ Szczególny charakter ma tu Porozumienie w sprawie zamówień publicznych. GPA jest międzynarodową umową wielostronną, mocą której strony zobowiązały się do stosowania podstawowych reguł w dziedzinie zamówień publicznych, zapewniających przejrzystość, konkurencyjność i dobre zarządzanie. Jego zakresem objęte są zamówienia na towary, usługi i główne inwestycje budowlane w zakresie wskazywanym przez każde z państw członkowskich (por. A. Panasiuk, *System zamówień ...*, s. 292 i nast.).

³⁷² Na gruncie regulacji unijnych wyróżnia się, poza zamówieniami publicznymi *sensu stricto* (objętymi zakresem Dyrektywy 2014/24/UE), pojęcie zamówień publicznych *sensu largo*, w ramach których mieszczą się zamówienia sektorowe (objęte zakresem Dyrektywy 2014/25/UE), zamówienia sektora obronności i bezpieczeństwa (uregulowane Dyrektywą 2009/81/WE), koncesje na usługi i roboty budowlane (Dyrektywa 2014/23/UE), a także zamówienia udzielane na podstawie Rozporządzenia 1370/2007, dotyczące sektora kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego (por. A. Sołtysińska, *Procedury odwoławcze ...*, s.19).

podmiotów publicznych od dawna przybierały model przetargowy lub quasi-przetargowy. Proces ten można porównać do obrazu, który powstaje przez wiele lat poprzez nakładanie na płótno kolejnych warstw farby, stanowiące odpowiedź na powstające potrzeby gospodarcze i społeczne.

Obecnie sposób (tryb) zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego można uznać za jedną z najważniejszych ustawowych granic swobody umów w prawie zamówień publicznych. Zbiór obowiązków *stricte* proceduralnych sam w sobie stanowi istotne ograniczenie swobody kontraktowania, stąd też powstała konieczność szerszej analizy odnoszącej się do jego charakteru. W ramach samej procedury poszczególne jej etapy i elementy w różny sposób wpływają na ostateczny zakres swobody kontraktowania. Pod rozważenie zostaną poddane najważniejsze z nich.

Jak słusznie zauważa P. Machnikowski, ograniczenie proceduralne często wprowadzane jest dla zapewnienia optymalnego rezultatu gospodarczego czynności³⁷³. W prawie zamówień publicznych głównym powodem wprowadzenia restrykcyjnych wymagań proceduralnych jest ochrona interesu publicznego i wzmocnienie konkurencji. Wydaje się, że realizacja drugiego z celów została osiągnięta tylko połowicznie, z uwagi na bariery, jakie bardzo sformalizowane postępowanie tworzy dla podmiotów z sektora MŚP. Eliminowaniem tych barier zajęła się KE, dążąc do zmian w przepisach na poziomie unijnym³⁷⁴, a w konsekwencji również na poziomie prawodawstw krajowych.

W 2018 r. UZP opublikował Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych³⁷⁵. Płynące z niego wnioski nie są optymistyczne. Pomimo zapowiedzi, że

³⁷³ P. Machnikowski, *Swoboda* ..., s. 142.

³⁷⁴ W motywie 2 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE czytamy: *Zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii „Europa 2020” zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym „Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu” („strategia Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”) jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. W tym celu należy zmienić i zmodernizować przepisy dotyczące zamówień publicznych (...), aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych, oraz aby umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych. Istnieje również konieczność doprecyzowania podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.*

³⁷⁵ M. Falkowska, *Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2018. Raport obejmował ocenę funkcjonowania systemu zamówień z perspektywy przedstawicieli zamawiających, wykonawców i instytucji kontrolujących postępowania w sprawie udzielania zamówienia publicznego w okresie od dnia 28.07.2016 r. (tj. od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy PZP2004, mocą której znacznie zmodyfikowano samo postępowanie w kierunku jego odformalizowania i wprowadzono częściową

głównym celem zmian w prawie zamówień publicznych z 2016 r. było właśnie odformalizowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego przy jednoczesnym dążeniu do stworzenia możliwie najlepszych gwarancji prawidłowego wykonania umowy, zdaniem wykonawców wysiłki ustawodawcy były niedostateczne³⁷⁶. Nieco lepiej wypadła ocena dokonywana w 2022 roku, jednak nadal wiele czynników wpływających na konkurencyjność na rynku publicznym wymaga zmian³⁷⁷.

Można zatem pokusić się o twierdzenie, że obecnie dążenie ustawodawcy polskiego do dalszego uszczelnienia postępowania i poszukiwania kazuistycznych rozwiązań doraźnie pojawiających się problemów przeplata się z próbą uporządkowania postępowania i jego odformalizowania. Taka sprzeczność dążeń i środków podejmowanych w celu ich spełnienia powoduje, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego można porównać do pola minowego, po którym stąpa wykonawca próbując doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Często określonym wymogom formalnym towarzyszy ustawowa ingerencja w samą treść umowy, która ma na celu zwiększenie skuteczności całej regulacji (zmniejszenie możliwości jej obchodzenia). Przykładem takiej ingerencji może być określenie maksymalnego czasu trwania umowy, ograniczenia w zakresie dokonywania jej zmian, a także wprowadzenie obowiązków dotyczących sposobu spełnienia świadczenia. Prawo zamówień publicznych ewoluuje w kierunku rozszerzania ustawowej ingerencji w treść umowy w sprawie zamówienia, co zostanie przybliżone w dalszej części rozprawy. Ingerencja ta stanowi również swoistą barierę uczestnictwa w postępowaniu. W powołanym raporcie z 2018 r. poza elementami formalnymi wykonawcy wskazywali także na trudności związane z obowiązkami materialnymi wpływającymi na ich sytuację jako dłużnika, np. konieczność zatrudniania określonych grup pracowników na podstawie umów o pracę oraz dodatkowe obowiązki związane z udziałem podwykonawców³⁷⁸.

Jednym z zasadniczych założeń ustawy PZP jest ustalenie takiego sposobu zawarcia umowy, który gwarantuje realizację celów publicznych oraz realizację zasady uczciwej

elektronizację zamówień publicznych, w zakresie zamówień o wartości powyżej progów unijnych) do dnia 30.06.2017 r. oraz od dnia 01.07.2017 r. do dnia 30.04.2018 r.

³⁷⁶ M. Falkowska, *Raport z oceny ...*, s. 20.

³⁷⁷ M. Falkowska, *Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2023, <https://www.gov.pl/web/uzp/funkcjonowanie-systemu-zamowien-publicznych--raporty-z-przeprowadzonych-badan--relacja-z-konferencji-oraz-pelna-tresc-raportu> (dostęp 29.12.2023).

³⁷⁸ M. Falkowska, *Raport z oceny ...*, s. 20.

konkurencji³⁷⁹. Stąd jako podstawowy wymóg wprowadza się obowiązek zastosowania ściśle określonych procedur wyboru kontrahenta. Charakter postępowania jako ciąg obligatoryjnych czynności dokonywanych w określonym porządku stanowi istotny wyróżnik umowy w sprawie zamówienia publicznego³⁸⁰. Istotą dalszych rozważań jest wyłonienie takich elementów procedur, które w sposób kluczowy wpływają na ostateczną realizację zasady swobody kontraktowania. Zamierzeniem nie jest jednak detaliczna analiza wszystkich elementów procedur, w kontekście ustalenia granic swobody umów, ale określenie takich, które w sposób szczególnie istotny wpływają na swobodne wyrażanie woli stron. W szczególności chodzi o uchwycenie istoty samego postępowania jako granicy swobody umów. Wyjaśnienia wymaga, że z punktu widzenia treści art. 353¹ KC każdy, nawet najdrobniejszy element postępowania określony w ustawie PZP, każda część składowa SWZ wpływa na swobodę ukształtowania warunków postępowania, a te z kolei na dalszy jego tok. Większość przepisów określających reguły procedowania wyznacza normy prawne o charakterze imperatywnym lub semiimperatywnym, co wpływa na ich zaklasyfikowanie do ustawowych granic swobody umów, chociaż część regulacji przybiera postać czysto proceduralną, czy wręcz techniczną.

W doktrynie procedura udzielenia zamówienia publicznego określana jest jako uporządkowany ciąg czynności, zapadających sukcesywnie według z góry ustalonych warunków, zmierzający do wyboru oferty najkorzystniejszej, uwieńczony zawarciem umowy finalnej. Organizowane przez zamawiającego postępowanie ma charakter wiążący, rozgrywa się bowiem w ramach specjalnego stosunku proceduralnego, pełniącego funkcję programująco-organizatorską i ochronną³⁸¹.

W orzecznictwie podkreśla się, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia. Kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników systemu. Obowiązujące regulacje

³⁷⁹ A także proporcjonalności, przejrzystości, jawności, efektywności, wyrażonych w Dziale I Rozdział II ustawy PZP.

³⁸⁰ Jak podkreśla R. Szostak, *Zakres i struktura ...*, s. 5: *Koncepcja przeciwna, utożsamiająca postępowanie z ciągami niewiążących czynności faktycznych i rejestracyjnych, upadła jeszcze w okresie przedwojennym, wobec jednoznacznej postawy ustawodawcy, normującego przetarg, a także pozostałe procedury ofertowo-porównawcze, jako tryby toczące się w ramach stosunku proceduralnego, kształtowanego wiążącymi warunkami zamówienia, wyrażonymi w ogłoszeniu lub zaproszeniu do konkurencji.*

³⁸¹ R. Szostak, *Przetarg nieograniczony ...*, s. 135, K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy ...*, s. 75 i n. oraz Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania ...*, s. 30 i n.

prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ³⁸².

Ustawa PZP posługuje się pojęciem „postępowanie o udzielenie zamówienia” definiując je jako postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu (art. 7 pkt 18 ustawy PZP).

Definicja postępowania została wprowadzona stosunkowo niedawno bo dopiero w 2010 r.³⁸³ Pierwotnie, w ustawie PZP2004 postępowanie było definiowane w art. 2 pkt 7a) jako postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy. Pierwotnie definicja nie przesądzała o momencie zakończenia postępowania, co było istotnym jej mankamentem zarówno z punktu widzenia praktycznego, jak i prawnego.

Z obu definicji wynika, że celem i centralnym punktem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, a w przypadku zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień umowy. Jak już

³⁸² Wyrok KIO z 16.01.2023 r., KIO 22/23, Legalis nr 2887732.

³⁸³ Definicja postępowania o udzielenie zamówienia została wprowadzona ustawą z dnia 02.12.2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2009 Nr 223, poz. 1778), która weszła w życie dnia 29.01.2010 r.

wspomniano, pod rządami ustawy PZP2004 definicja nie określała momentu zakończenia postępowania. W związku z tym również w tym przedmiocie w doktrynie i orzecznictwie toczył się spór³⁸⁴. Z tego właśnie powodu w projekcie ustawy PZP zdecydowano się na dookreślenie tej kwestii. Ponieważ celem postępowania (samym w sobie) nie jest wybór wykonawcy, ale wybór takiego wykonawcy, z którym docelowo zostanie zawarta umowa, to zakończeniem postępowania jest właśnie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyjątkowe zakończenie postępowania w drodze jego unieważnienia jest natomiast ustawowo limitowane.

Sam dobór sposobu prowadzenia postępowania jest również limitowany, chociaż na przestrzeni lat widoczna jest pewna ewolucja zmierzająca od formalistycznych trybów przetargowych ku częstszemu wykorzystaniu negocjacji. Między innymi dlatego w ustawie PZP zrezygnowano z tzw. zasady przetargowego sposobu udzielania zamówień publicznych, dając impuls do bardziej efektywnego i częstszego stosowania szeroko pojętych procedur negocjacyjnych wszczynanych publicznym ogłoszeniem³⁸⁵. Zgodnie z art. 10 ustawy PZP2004 podstawowymi trybami udzielania zamówienia były przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej było możliwe tylko w przypadkach określonych w ustawie. Regulacja taka ani podobnej treści nie znalazła się w ustawie PZP. Nie oznacza to, że skorzystanie z tzw. trybów ograniczonej konkurencji możliwe jest zawsze. Ustawodawca nie zrezygnował bowiem z zakazu transakcji bezpośredniej, wynikającego z art. 17 ust. 2 ustawy PZP³⁸⁶, który wyklucza możliwość udzielenia zamówienia publicznego z pominięciem wymaganej ustawowo procedury, pod rygorem odpowiedzialności karno-osobistej³⁸⁷. Innymi słowy, umowa w sprawie zamówienia może zostać zawarta wyłącznie z wykonawcą, który brał udział w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego i został wybrany zgodnie z przepisami

³⁸⁴ Za przyjęciem, że końcem postępowania jest moment zawarcia umowy opowiadał się np. SN w uchwale z 17.12.2010 r., III CZP 103/10, OSNC 2011, nr 7-8, poz. 83 oraz KIO w wyroku z 09.03.2017 r., KIO 338/17, Legalis nr 1580871; za zakończeniem postępowania w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty opowiadał się np. UZP w piśmie pn. *Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązki złożenia oświadczenia (ZP-11) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy PZP)*, www.uzp.gov.pl (dostęp 20.05.2023 r.).

³⁸⁵ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 15.

³⁸⁶ Odpowiednio art. 7 ust. 3 ustawy PZP2004.

³⁸⁷ Tak również R. Szostak, w: R. Szostak (red.), *Informatyzacja procedur...*, s. 15.

ustawy PZP³⁸⁸. Nadal udzielenie zamówienia publicznego w trybach innych niż przetarg nieograniczony, ograniczony oraz tryb podstawowy wymaga wystąpienia określonych w przepisach PZP przesłanek³⁸⁹.

Zmiana miała na celu odejście od formalnie sformułowanej zasady prymatu trybów przetargowych i zwrócenie uwagi na szerszą dostępność innych trybów. Nie można jednak nadać jej znaczenia pierwszorzędnego, gdyż podstawą określania trybów postępowania przewidzianych ustawą PZP (dla postępowań o wartości równej i przekraczającej progi unijne) muszą być procedury zgodne z regulacjami zawartymi w dyrektywie 2014/24/UE oraz 2014/25/UE. Warto jednak zwrócić uwagę, że same dyrektywy wskazują na istotne znaczenie zagwarantowania zamawiającym większej elastyczności, jeśli chodzi o wybór procedury udzielania zamówień zakładającej możliwość negocjacji. Szersze wykorzystywanie tych procedur może zintensyfikować handel transgraniczny. Oceny KE wykazały, że zamówienia udzielone w wyniku procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją są szczególnie skuteczne w odniesieniu do ofert transgranicznych³⁹⁰. W Zielonej Księdze z 2011 r. KE zwracała uwagę, że instytucje zamawiające skarżą się czasem, iż instrumenty regulacyjne przewidziane w przepisach UE nie są w pełni dostosowane do ich potrzeb zakupowych, twierdząc, że potrzebne są prostsze i bardziej elastyczne procedury. Uważają ponadto, iż w niektórych przypadkach zastosowanie pełnego zestawu przepisów nie jest wykonalne (zwłaszcza w przypadku zamówień udzielanych przez bardzo małe instytucje zamawiające)³⁹¹.

Bez wątplenia samo już wprowadzenie obowiązku stosowania określonych procedur stanowi znaczące ograniczenie zasady swobody umów, wykraczające znacznie poza regulacje KC, gdzie wybór sposobu zawarcia umowy jest wpisany w zasadę swobody umów jako jej istotny element. Wyrazem doniosłości tych regulacji jest względna nieważność³⁹² umowy w sprawie zamówienia (umowa podlega unieważnieniu), jeśli

³⁸⁸ W konsekwencji wykonawca, który uzyskał zamówienie publiczne, nie może z zasady dokonać cesji uzyskanego zamówienia na rzecz podmiotu trzeciego. Por. wyrok SN z 13.01.2004 r., V CK 97/03, OSNC 2005/2/34 i wyrok SN z 27.06.2003 r., IV CKN 302/2001, OSNC 2004/9 poz. 147.

³⁸⁹ Inaczej w przypadku zamówień sektorowych, gdzie zgodnie z art. 376 ustawy PZP, zaistnienie przesłanek konieczne jest tylko dla zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki.

³⁹⁰ Motyw 42 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE.

³⁹¹ Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/28031/Zielona20Ksic499ga_modernizacja20europejski_ego20rynku20zame3b3wiec58420publicznych.pdf, s. 13 (dostęp 20.11.2023 r.)

³⁹² H. Nowak i M. Winiarz w *Prawo zamówień ...*, s. 1226, wskazują, że: *Koncepcja nieważności względnej umowy polega na przyjęciu, że umowa objęta określonymi wadami prawnymi pozostaje ważna do momentu jej uchylecia drogą konstytucyjnego aktu wydanego przez uprawniony do unieważnienia umowy podmiot.*

zamówienie zostało udzielone z naruszeniem ustawy PZP (art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP)³⁹³, co oznacza przede wszystkim jego udzielenie bez zastosowania procedury wymaganej zgodnie z przepisami ustawy PZP³⁹⁴. W art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, ustawodawca nieco inaczej niż w art 146 ustawy PZP2004 sformułował podstawę do unieważnienia umowy ze względu na pominięcie ustawowego trybu udzielenia zamówienia. Jednak poprzez odwołanie do zawarcia umowy z naruszeniem ustawy PZP oraz do zaniechania obowiązków publikacyjnych ustawodawca nawiązał do szerokiego zakresu naruszeń, nie wyłączając naruszeń zasadniczych, związanych z brakiem zastosowania przepisów ustawy PZP w ogóle³⁹⁵. Udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy obejmuje zatem szeroki zakres sytuacji, w szczególności przypadki tzw. bezpośredniego udzielenia zamówienia, bez zastosowania trybu przewidzianego ustawą, np. pod pretekstem, że podlega ono wyłączeniu spod działania ustawy PZP³⁹⁶.

Uprawnienie do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy przysługuje Prezesowi UZP (art. 459 ustawy PZP) oraz w ograniczonym zakresie (wyłącznie z przyczyn określonych w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP) wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia (art. 460 ustawy PZP). Umowa jest zatem ważna i wywołuje skutki prawne do czasu stwierdzenia jej nieważności przez sąd.

³⁹³ Pierwotnie w ustawie PZP2004 określne uchybienia ustawowe skutkowały nieważnością umowy (art. 146 ust. 1 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym do dnia 28.01.2010 r.). Jednak w wyniku nowelizacji ustawy PZP2004, dokonanej ustawą z dnia 02.12.2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778), która weszła w życie 29.01.2010 r. ustawodawca zdecydował się na odejście od koncepcji nieważności bezwzględnej na rzecz nieważności względnej. Uzasadniono to konstrukcją „względnej nieważności umowy” odpowiadającą pod względem skutków instytucji „nieskuteczności umowy”, o której mowa w dyrektywie odwoławczej. W uzasadnieniu do projektu ustawy, wskazano, że: *Spośród instytucji przewidzianych w prawie polskim zgodna z dyrektywą, zapewniająca pewność obrotu prawnego oraz skuteczna w stosunku do wszystkich zainteresowanych jest nieważność względna umowy. Charakteryzuje się ona tym, iż wystąpić o unieważnienie umowy mogą wyłącznie podmioty, którym zostało przyznane przez przepisy takie uprawnienie, unieważnienie następuje ze skutkiem ex tunc, tj. od dnia zawarcia umowy z wyjątkiem przypadku, gdy została ona zrealizowana w części, gdy unieważnienie może mieć charakter ex nunc, tj. od dnia wydania konstytucyjnego wyroku przez organ orzekający.*

³⁹⁴ Warto zaznaczyć, że sankcja nieważności względnej umowy, w razie pominięcia procedur przetargowych wyrażona w ustawie PZP, mimo treści art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP jest nadal przedmiotem dyskusji. R. Szostak, *Umowy ...*, s. 57-58. Autor powołując się na postanowienie SN z 13.09.2001 r. IV CKN 381/00, OSNC 2002, nr 6, poz. 75, które zapadło w innym stanie prawnym (gdzie przepisy ustawy z 1994 r. nie przewidywały sankcji za brak zastosowania procedur wynikających z ustawy) wskazał, że sankcja unieważnienia umowy finalnej na wniosek strony lub Prezesa UZP odpada z braku podstaw normatywnych, w szczególności w wyliczeniu z art. 146 ust. 1 ustawy PZP2004 pominięto ten przypadek. W związku z tym nasuwa się sankcja nieważności bezwzględnej umowy o zamówienie publiczne, zawartej z pominięciem nakazanej procedury, na podstawie ogólnego art. 58 § 1 KC.

³⁹⁵ Na uwagę zasługuje wyrok KIO z 02.08.2021 r., KIO 1905/21, Legalis nr 2656602, gdzie Izba uznała, że celem postępowania jest zawarcie wyłącznie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i niewątpliwie zawarciu ważnej umowy na przeszkodzie stają nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego. W tym kontekście Izba uznała, że przesłanka określona w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP obejmuje szerszy zakres sytuacji, przykładowo nie tylko udzielenie zamówienia w niewłaściwym trybie, ale każde naruszenie „niewzruszalne”, które mogło mieć znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

³⁹⁶ H. Nowak i M Winiarz, *Prawo zamówień ...*, s. 1226. Autorzy podkreślają, że: *Unieważnieniu podlega umowa w sprawie zamówienia publicznego, tj. umowa, która powinna być poprzedzana postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, umowa zawarta w procesie dynamicznego systemu zakupów,*

Bez wątplenia postępowanie w sprawie zamówienia publicznego stanowi istotne ograniczenie swobody kontraktowania podyktowane ochroną wydatkowania środków publicznych oraz ochroną konkurencji na rynku, na którym ekwiwalent świadczenia wykonawcy realizowany jest ze środków publicznych. Istotą jednak zidentyfikowania potrzebnych ograniczeń dla pełnej swobody jest wyważenie pomiędzy tymi potrzebami, a ogólną zasadą gospodarki wolnorynkowej, czyli wolnością zawierania, formułowania, zmiany i zakończenia stosunków zobowiązaniowych przez uczestników obrotu.

4.1.2. Procedury przetargowe i negocjacyjno – przetargowe w ustawie PZP – przegląd trybów

Jak już wspomniano, w doktrynie postępowanie przetargowe określane jest jako wielostronny (z założenia) stosunek cywilnoprawny o charakterze ofertowo-eliminacyjnym. Wybór oferty najkorzystniejszej połączony jest jednak z jej przyjęciem, w wyniku którego - zdaniem niektórych autorów - powstaje odrębny stosunek dwustronny, zmierzający do zawarcia umowy finalnej³⁹⁷.

Ustawa PZP nie posługuje się wprost pojęciem „**postępowanie przetargowe**”, czy „procedura przetargowa”. Mianem tym określa się grupę procedur, które charakterem zbliżone są do przetargu w rozumieniu art. 70¹ – 70⁵ KC³⁹⁸. Nazywając sposoby (tryby) postępowania, ustawodawca posługuje się pojęciem „przetarg” w odniesieniu do przetargu nieograniczonego (art. 132 i n. ustawy PZP) i przetargu ograniczonego (art. 140 i n. ustawy PZP). Jednak posłużenie się pojęciem „procedur przetargowych” dla określenia tylko tych dwóch trybów nie byłoby właściwe. Inaczej bowiem niż w poprzednim stanie prawnym³⁹⁹, w ustawie PZP zdecydowano się na rozróżnienie nazewnictwa poprzez zarezerwowanie pojęcia „przetarg” dla postępowań o wartości równej lub większej niż progi unijne. W postępowaniu o mniejszej wartości mówiąc o trybie przetargowym należy rozumieć tryb podstawowy bez negocjacji (art. 275 pkt 1 ustawy PZP). Z danych statystycznych wynika,

wykonawcza umowa udzielająca zamówienia objętego umową ramową, jak również sama umowa ramowa (poprzedzana postępowaniem, tj. zawierana z więcej niż jednym wykonawcą) w zamówieniach klasycznych, do której zgodnie z dyspozycją art. 311 ust. 2 ustawy PZP stosuje się przepisy działu VII ustawy PZP.

³⁹⁷ R. Szostak, *O potrzebie usprawnienia odpowiedzialności organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom ubiegającym się o zamówienie publiczne*, Studia Prawnicze: rozprawy i materiały 2011, nr 1, s. 115.

³⁹⁸ R. Szostak, *Umowy ...*, s. 58.

³⁹⁹ Na gruncie ustawy PZP2004 do trybów przetargowych zaliczano przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony i zapytanie o cenę (tak R. Szostak, *Umowy ...*, s. 58, R. Szostak *O potrzebie usprawnienia ...*, s. 115).

że w 2021 r.⁴⁰⁰ i 2022 r.⁴⁰¹ ta grupa postępowań stanowiła największy odsetek wszystkich postępowań: odpowiednio 88,10%, w 2022 r. i 88,72% w 2021 r. zamówień udzielono w trybie przetargu nieograniczonego⁴⁰², a 0,74% w 2022 r. i 0,52% w 2021 r. zamówień udzielono w trybie przetargu ograniczonego. W przypadku postępowań o wartości poniżej progów unijnych, aż 79,03% w 2022 r. i 79,51% w 2021 r. postępowań prowadzono w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji.

Najczęściej stosowaną formą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest **przetarg nieograniczony**, który polega na tym, że w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Jego odpowiednikiem w postępowaniach o wartości nie przekraczającej progów unijnych jest tryb podstawowy bez negocjacji, w którym również po publicznym ogłoszeniu o rozpoczęciu postępowania i upublicznieniu wymaganych dokumentów zamówienia, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Pomimo zapowiedzi, że procedura uproszczona (tryb podstawowy), gwarantując realizację celów systemu zamówień publicznych, zapewnia zamawiającym odpowiednią elastyczność umożliwiającą optymalną organizację procesu udzielania zamówienia publicznego⁴⁰³, założenia i przebieg trybu są niemal tożsame z przebiegiem przetargu nieograniczonego, a różnice dotyczą nielicznych (punktowych) elementów.

W obu tych trybach na etapie przed złożeniem oferty, wykonawcy przyznano ważne uprawnienia, których celem jest ochrona jego pozycji jako adherenta tj. możliwość zwrócenia się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ oraz możliwości zakwestionowania ukształtowanych zasad postępowania oraz projektowanych postanowień umowy poprzez wniesienie odwołania do KIO. Po złożeniu ofert zamawiający dokonuje ich weryfikacji w świetle przepisów ustawy PZP oraz opublikowanych warunków zamówienia. Obejmuje ona sferę podmiotową wykonawcy (w kontekście spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia), przedmiotową (pod względem zgodności

⁴⁰⁰ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r. Warszawa 2022, <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrow>, s. 34 (dostęp 11.04.2023 r.).

⁴⁰¹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r., Warszawa 2023, <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>, s. 30-31 (dostęp 07.12.2023 r.).

⁴⁰² Przy czym w przypadku postępowań o wartości powyżej tzw. progów unijnych odsetek ten wynosił 90,86%, a dla postępowań poniżej tych progów (których odpowiednikiem w ustawy PZP jest obecnie tryb podstawowy bez negocjacji) - 87,97%.

⁴⁰³ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 15.

oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego oraz w kontekście ustawowych podstaw odrzucenia oferty w związku z jej zakresem przedmiotowym) oraz wartościową i jakościową (w zakresie kryteriów oceny ofert). W wyniku dokonania oceny zamawiający podejmuje decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, czyli przyjęciu oferty.

W trybie **przetargu ograniczonego**, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, służące przeprowadzeniu wstępnej podmiotowej ich kwalifikacji (w kontekście spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia). W wyniku dokonania wstępnej selekcji wykonawcy najlepiej ocenieni (w liczbie z góry określonej) zostają zaproszeni do składania ofert. W dalszych etapach postępowanie przebiega analogicznie jak w przetargu nieograniczonym. W przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych tryb ten nie ma odpowiednika polegającego na jednoznacznym oddzieleniu etapu weryfikacji podmiotowej dotyczącej samych wykonawców i przedmiotowej odnoszącej się do ich ofert.

Drugą grupę postępowań określa się mianem **przetargowo – negocjacyjnych**. Należą do niej tryb negocjacji z ogłoszeniem (art. 152 i n. ustawy PZP) i dialogu konkurencyjnego (art. 169 i n. ustawy PZP), a w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne - tryb podstawowy z negocjacjami fakultatywnymi (art. 275 pkt 2 ustawy PZP) i obowiązkowymi (art. 275 pkt 3 ustawy PZP). Można je potraktować jako modyfikacje koncepcji przetargu pisemnego⁴⁰⁴, stąd uznawane są za pokrewne procedurom przetargowym, w kontekście pochodzenia i zasad postępowania. Pomimo starań prawodawcy unijnego i ustawodawcy polskiego, zmierzających do rozszerzenia stosowania negocjacyjnych trybów udzielania zamówień, nadal nie uzyskały one istotnego znaczenia w praktyce⁴⁰⁵. Z danych statystycznych wynika, że w latach 2021⁴⁰⁶ i 2022⁴⁰⁷ ta grupa postępowań stanowiła niewielki odsetek wszystkich postępowań, odpowiednio:

⁴⁰⁴ R. Szostak, *O potrzebie ...*, s. 115.

⁴⁰⁵ Potrzebę szerszego zastosowania trybów przetargowo – negocjacyjnych wyrażono w motywie 42 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE.

⁴⁰⁶ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r. Warszawa 2022, <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrow>, s. 29-30 (dostęp 11.04.2023 r.).

⁴⁰⁷ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r., Warszawa 2023, <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>, s. 30-31 (dostęp 07.12.2023 r.).

negocjacje z ogłoszeniem - 0,07% w 2021 r.⁴⁰⁸ i 0,21% w 2022 r., dialog konkurencyjny - 0,02% w 2021 r. i 0,06% w 2022 r. W przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych tryb podstawowy, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy PZP – 9,74% w 2021 r. i 11,25% w 2022 r., tryb podstawowy, o którym mowa w art. 275 pkt 3 ustawy PZP – 0,10%, w 2021 r. i 0,06% w 2022 r.

Możliwość zastosowania większości ww. trybów wymaga wykazania zaistnienia ustawowych przesłanek, co może być jednym z powodów rzadkiego sięgania po nie przez zamawiających. Wyjątkiem są tryby podstawowe w wariantcie obejmującym negocjacje, których zastosowanie możliwe jest bez konieczności wykazywania szczególnych okoliczności, a mimo to nie są często stosowane. W tym wypadku powodem takiego stanu rzeczy mogą być obawy przed popełnieniem błędu oraz zarzutami o naruszenie zasady uczciwej konkurencji, płynące z braku doświadczenia i dostatecznej wiedzy, a ta z obszerności i zawiłości samych przepisów; innym istotnym czynnikiem może być wydłużony czas trwania postępowania⁴⁰⁹. Można przypuszczać, że powyższe dotyczy też trybów przetargowo negocjacyjnych w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Tryb negocjacji z ogłoszeniem polega na tym, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Następnie zamawiający dokonuje oceny wniosków (w kontekście spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia) i zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu (w liczbie z góry określonej) do składania ofert wstępnych. Po dokonaniu oceny ofert wstępnych, prowadzi z wykonawcami, których oferty nie zostały odrzucone, negocjacje w celu ulepszenia treści złożonych ofert. Etap negocjacji jest najbardziej charakterystyczną dla omawianego trybu częścią postępowania. Ma on istotne znaczenie dla ustalenia ostatecznego opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż – zważywszy na przesłanki zastosowania negocjacji z ogłoszeniem – doprecyzowanie ich w drodze negocjacji z wykonawcami stanowi istotę tego

⁴⁰⁸ Udział tego trybu jest wyższy niż innych trybów przetargowo – negocjacyjnych, z uwagi na stosunkowo duży udział zamówień sektorowych udzielanych z jego zastosowaniem 0,62% łącznego udziału tego trybu przy udzielaniu zamówień sektorowych w 2020 r.

⁴⁰⁹ M. Falkowska, *Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2023, <https://www.gov.pl/web/uzp/funkcjonowanie-systemu-zamowien-publicznych--raporty-z-przeprowadzonych-badan--relacja-z-konferencji-oraz-pelna-tresc-raportu>, s. 90 (dostęp 29.12.2023 r.)

postępowania⁴¹⁰. Same negocjacje mają charakter poufny, a na zamawiającego nałożony został szczególny obowiązek zachowania zasady równego traktowania wszystkich wykonawców. Negocjacje mogą być podzielone na etapy (art. 163 ust. 4 ustawy PZP), a etapy te rozdzielone są kolejnymi ofertami wykonawców. Po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza SWZ (który stanowi doprecyzowanie lub uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań udostępnianym od początku prowadzenia postępowania) w zakresie objętym negocjacjami. Po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych. Kolejne etapy postępowania przebiegają analogicznie jak w przetargu nieograniczonym.

Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Podobnie jak w negocjacjach z ogłoszeniem, zamawiający dokonuje podmiotowej oceny wniosków w celu wyłonienia wykonawców, z którymi prowadzony będzie dialog. Następnie z zaproszonymi wykonawcami zamawiający prowadzi dialog w zakresie zaproponowanych przez nich rozwiązań, po zakończeniu którego zaprasza ich do składania ofert. Dalej procedura przebiega analogicznie jak w przetargu nieograniczonym. Z uwagi na przebieg samego trybu może być on bardziej korzystny z punktu widzenia interesu zamawiającego, rozumianego jako szybkość udzielenia zamówienia przy jednoczesnym zachowaniu możliwości przeprowadzenia w toku postępowania rozmów z wykonawcami o proponowanych rozwiązaniach, stanie rynku, źródłach finansowania, oczekiwaniach kontraktowych w zależności od przyjętych rozwiązań technicznych i ekonomicznych⁴¹¹. Jednak w praktyce to właśnie w postępowaniach prowadzonych w tym trybie procedura trwa najdłużej, zdarza się że nawet kilka lat.

⁴¹⁰ D. Grześkowiak- Stojek w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień*, 2024, s. 513.

⁴¹¹ W. Dzierżanowski, *Dialog konkurencyjny. Studium przypadku*, ZP Doradca 2018, Nr 7, str. 16.

Tab. 9. Średni czas trwania postępowań w zależności od rodzaju i trybu udzielenia zamówienia [dni] (postępowania o wartościach równych lub przekraczających progi unijne)

Tryb zamówienia	Roboty budowlane	Dostawy	Usługi	Średnio
Przetarg nieograniczony	124	92	89	92
Przetarg ograniczony	208	92	132	108
Negocjacje z ogłoszeniem	117	141	124	130
Dialog konkurencyjny	-	-	206	206
Średnio	125	92	89	92

Źródło: Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r.⁴¹².

Zastosowanie negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego wymaga zaistnienia określonych w ustawie okoliczności (art. 153 ustawy PZP i art. 170 ustawy PZP). Zamawiający może skorzystać z tego trybu jeśli: 1) rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić jego potrzeb, bez ich dostosowania, 2) roboty budowlane, dostawy lub usługi stanowiące przedmiot zamówienia obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne; 3) zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych, lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami; 4) nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, wspólnej specyfikacji technicznej lub referencji technicznej określonej w ustawie PZP; 5) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wszystkie oferty zostały odrzucone, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP⁴¹³. Wyjątkiem są zamówienia sektorowe, gdzie oba ww. tryby mogą być zastosowane bez konieczności wykazania zaistnienia jakichkolwiek przesłanek (art. 376 ustawy PZP)⁴¹⁴.

⁴¹²Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r. <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>, s. 32 (dostęp 29.04.2024 r.).

⁴¹³ Jeśli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

⁴¹⁴ Przy czym tryb dialogu konkurencyjnego został zaliczony do podstawowych trybów dopiero w wyniku nowelizacji z 2016 r. na mocy ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

W ciągu ostatnich lat wykorzystanie dialogu konkurencyjnego znacznie się zwiększyło pod względem wartości zamówień⁴¹⁵, co wskazuje, że procedury te stosowane są chętniej w postępowaniach o dużej wartości⁴¹⁶. Szersze ich wykorzystanie wpływa również na zintensyfikowanie handlu transgranicznego, ponieważ zamówienia udzielone w wyniku procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją są szczególnie skuteczne w odniesieniu do ofert transgranicznych⁴¹⁷. Samo zaś ukształtowanie podstaw zastosowania ww. trybów związane jest z koniecznością zapewnienia możliwości wykorzystania elastycznych procedur (w ramach których dojdzie do negocjacji) szczególnie tam, gdzie ostateczne określenie świadczenia wykonawcy, zasad wykonywania umowy, czy nawet kwestii finansowych wymaga współdziałania stron. Dialog okazuje się użyteczny w przypadkach, w których instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych⁴¹⁸.

W postępowaniu poniżej progów unijnych elementy negocjacyjne w różnym zakresie przewidziano w trybie podstawowym w dwóch z trzech określonych przepisami wariantów⁴¹⁹. W pierwszym z nich w tzw. **trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami** zamawiający może przeprowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. W tym wypadku charakter negocjacji został znacząco ograniczony co do zakresu – poprzez ich odniesienie jedynie do elementów ocenianych w kryteriach oceny ofert, a także co do skutku – poprzez ograniczenie możliwości zmiany oferty po przeprowadzeniu negocjacji. W orzecznictwie podkreśla się, że istotne jest jedynie to, aby

⁴¹⁵ Motyw 42 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE.

⁴¹⁶ W. Dzierżanowski, *Dialog konkurencyjny*. ..., str. 16. W 2022 r. odsetek postępowań prowadzonych w tym trybie wyniósł 0,06% co stanowiło najniższy wynik (nie licząc trybu partnerstwa innowacyjnego, który nie został zastosowany ani razu), ale wartość zamówień udzielanych w tym trybie to 1,28% czyli znacznie więcej niż wartość zamówień udzielanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem, który był stosowany częściej. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r., Warszawa 2023, <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>, s. 31 (dostęp 07.12.2023 r.).

⁴¹⁷ Motyw 42 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE.

⁴¹⁸ Motyw 42 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, M. Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 500.

⁴¹⁹ Zgodnie z art. 275 pkt 2 i 3 ustawy PZP: Zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający: 2) może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych, albo 3) prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych.

faktyczny przedmiot negocjacji dotyczył elementów treści oferty podlegających ocenie w ramach przewidzianych kryteriów oceny ofert oraz nie prowadził do zmiany SWZ, przy czym przepisy ustawy PZP nie precyzują szczegółowego przedmiotu negocjacji, a wyznaczają jedynie ich granice zawarte w art. 278 ustawy PZP⁴²⁰.

Zgodnie bowiem z art. 296 ust. 2 ustawy PZP wykonawca może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Oferta dodatkowa, która jest mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, podlega odrzuceniu, co oznacza, że wiążąca pozostaje oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie⁴²¹. W wyroku z dnia 22.09.2022 r., KIO 2340/22 Izba wyjaśniła, w jaki sposób należy rozumieć ofertę dodatkową nie mniej korzystną w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert, przyjmując, że należy przez to rozumieć ofertę, w której zamawiający, z uwagi na zaoferowanie nowych warunków, odniesie korzyść, a przynajmniej nie poniesie szkody, realizując zamówienie na tychże warunkach. Sytuacja zamawiającego nie może zatem ulec pogorszeniu w związku ze złożeniem i przyjęciem oferty dodatkowej. Wskazanych wyżej założeń nie gwarantuje proste przełożenie: „niższa cena ofertowa = oferta korzystniejsza”⁴²².

Drugą odsłoną trybu podstawowego z negocjacjami jest wariant, w którym zamawiający obowiązkowo prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a następnie zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych. W tym wypadku

⁴²⁰ Tak np. KIO w wyroku z 29.09.2021 r., KIO 2377/21, Legalis nr 2625088.

⁴²¹ Co istotne w pierwotnym brzmieniu ustawy PZP, ustawodawca nie wprowadzał takiego ograniczenia czyniąc postępowanie bardziej elastycznym. Jednak regulacja w tym kształcie nigdy nie weszła w życie, gdyż pierwotna treść przepisu została zmieniona, jeszcze przed wyjściem w życie przepisów ustawy PZP.

⁴²² W rozpoznawanym przypadku zamawiający przyjął wynagrodzenie kosztorysowe jako sposób dokonywania rozliczeń z wykonawcą. W związku z tym, że negocjacje i nowe propozycje zawarte w ofercie dodatkowej dotyczyły kryterium ceny, dla oceny zatem, czy oferta dodatkowa złożona przez odwołującego, jest ofertą korzystniejszą od oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, koniecznym było rozstrzygnięcie, czy zamawiający zapłaci mniej czy więcej za wykonane roboty. Tego rodzaju sytuacja wymaga przeanalizowania w zależności od warunków danego postępowania. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził, że we wskazanych pozycjach Wykonawca dokonał podwyższenia cen jednostkowych, co czyni ofertę dodatkową mniej korzystną. Przyjęcie wykładni art. 296 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którą dla uznania, że oferta dodatkowa w negocjowanym kryterium ceny jest korzystniejsza od oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wystarczy, by wartość tego kryterium w ofercie dodatkowej była niższa niż w ofercie pierwotnej. Taka interpretacja prowadziłaby w istocie do wypaczenia ratio legis art. 296 ust. 2 ustawy PZP, którego celem jest możliwość udzielenia przez zamawiającego zamówienia na korzystniejszych dla niego warunkach”.

negocjacje mogą dotyczyć wszystkich warunków zamówienia w celu podniesienia jego efektywności, nie mogą jednak prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań. Wariant ten w swej konstrukcji zbliża postępowanie do procedury negocjacji z ogłoszeniem właściwej dla postępowań powyżej progów unijnych. Widoczne różnice proceduralne (brak wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składania ofert przed przystąpieniem do negocjacji i inne) nie są na tyle istotne, aby nie dostrzec, że tryb negocjacji z ogłoszeniem stanowił pierwowzór dla trybu podstawowego w tym wariantcie.

W tej grupie umiejscowić należy również tryb **partnerstwa innowacyjnego**, który może być zastosowany w przypadku zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, jeżeli nie są one dostępne na rynku. Zgodnie z art. 189 ust. 2 ustawy PZP w toku postępowania prowadzonego w tym trybie w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wszyscy zainteresowani wykonawcy mogą składać wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawcy, których wnioski zostaną pozytywnie ocenione na podstawie wymogów ustawowych i określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu, zostają zapraszani do składania ofert wstępnych. Następnie zamawiający prowadzi z nimi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert wstępnych, ofert składanych na etapie negocjacji, po zakończeniu których zaprasza do składania ofert. Oferty obejmują prace badawczo-rozwojowe, których celem jest opracowanie innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych, a po ich opracowaniu dokonuje zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych, pod warunkiem że odpowiadają one poziomom wydajności i maksymalnym kosztom, uzgodnionym między zamawiającym a wykonawcą lub wykonawcami. Tryb ten może być także stosowany w postępowaniach poniżej progów unijnych (art. 297-299 ustawy PZP). Praktyczne jego znaczenie jest jednak znikome. Wystarczy wskazać, że z danych prezentowanych przez UZP wynika, że w latach 2019 - 2022 żadne z postępowań o wartości równej lub wyższej niż progi unijne nie było prowadzone w tym trybie⁴²³. W latach poprzednich jego udział był pomijalny.

Cechą wspólną tych postępowań, odróżniającą je od trybów przetargowych, jest wprowadzenie elementu negocjacji. Negocjacje lub dialog odbywają się dopiero po

⁴²³ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r. Warszawa 2022 r. <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrow>, s. 34 (dostęp 11.04.2023.) oraz Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r. Warszawa 2021 r. https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf, s. 29 (dostęp 11.04.2023 r.)

wyselekcjonowaniu odpowiednich kandydatów spośród wszystkich, którzy złożyli wnioski. W ten sposób w jednym trybie spełnione są dwa postulaty, czyli zachowania uczciwej konkurencji i współpracy z wykonawcami przy określaniu przedmiotu świadczenia. Element ten można uznać za substytut zwiększenia elastyczności w zakresie treści ofert (czy szerzej propozycji⁴²⁴), które składać mogą reflektanci w przetargu, o którym mowa w art. 70³ KC.

Reasumując, 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 nie dopuścił jednak modyfikacji w zakresie sposobu postępowania. W wyjątkowych przypadkach przewidział minimalną elastyczność, dopuszczając wybór drogi postępowania (np. w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy PZP zamawiający może przeprowadzić negocjacje, ale nie ma takiego obowiązku; zgodnie z art. 163 ust. 4 ustawy PZP w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem zamawiający może podzielić negocjacje na etapy w celu ograniczenia liczby ofert). Niedopuszczalne jest jednak modyfikowanie procedur w sposób, który nie jest przewidziany w przepisach ustawy PZP.

Granic 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**. W prawie zamówień publicznych, podobnie jak w przetargu opartym na założeniach kodeksowych, oferta wykonawcy ma charakter oferty wywołanej⁴²⁵; składana jest w odpowiedzi na ogłoszenie, w określonych ramach proceduralnych opisanych w przepisach ustawy PZP i dokumentach zamówienia, przez co nigdy nie ma charakteru spontanicznego⁴²⁶. W prawie zamówień publicznych to zamawiający jest inicjatorem zawarcia umowy i gospodarzem postępowania. W ocenie TSUE zamawiającym przydzielono aktywną rolę w stosowaniu zasad udzielania zamówień⁴²⁷.

⁴²⁴ M. Boratyńska, *Przetarg ...*, s. 125.

⁴²⁵ *Ibidem*, s. 127.

⁴²⁶ A Calus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 283.

⁴²⁷ Wyrok TS z 12.03.2015 r. w sprawie C-538/13, *eVigilio Ltd*, ECLI:EU:C:2015:166.

Różnica polega przede wszystkim na swobodzie organizatora przetargu w określaniu zakresu, w jakim oferenci mogą dookreślać postanowienia wywoławcze. W przepisach KC brak jednoznacznych ograniczeń w tym zakresie, zatem granic tego uprawnienia należy poszukiwać w samym charakterze (naturze) przetargu, który zmierza do porównania złożonych ofert, więc dookreślenie ich zakresu powinno umożliwiać wybór najkorzystniejszej spośród nich. Z drugiej jednak strony tryb przetargowy przewiduje dwustronne kształtowanie warunków przyszłej umowy, gdyż jak słusznie zauważa *M. Boratyńska*, gdyby ogłaszający przetarg był w stanie z góry przewidzieć, na jakich warunkach ma zostać zawarta umowa, nie sporządziłby ogłoszenia przetargu, ale ofertę.

Prawo zamówień publicznych nakazuje jednak sporządzenie precyzyjnych dokumentów zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy i opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także odrzucenie ofert niezgodnych w swej treści z tym opisem. Zatem ostateczne ustalenie przedmiotu świadczenia i wszystkich (poza ceną) warunków, na jakich zostanie zrealizowane, odbywa się przed złożeniem ofert. W literaturze podkreśla się, że wszczęcie postępowania i związana z nią publikacja dokumentów zamówienia skutkuje nie tylko zaproszeniem do składania ofert, ale także nawiązaniem stosunku prawnego o charakterze przedkontraktowym czy też przedprzetargowym⁴²⁸, którego treść stanowią prawa i obowiązki stron sformułowane w procesie zawierania umowy ostatecznej.

Często oferta wykonawcy to nic innego, jak wycena opisanego wcześniej świadczenia. Wyjątkiem są sytuacje, gdy oferty różnicuje element oceniany w jakościowych kryteriach oceny ofert. Te ostatnie nie mogą jednak pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i muszą pozwalać na porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (art. 240 ust. 2 ustawy PZP). Co ważne, zamawiający nie musi ustanawiać innych niż cena kryteriów oceny ofert, jeżeli określi w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia (art. 246 ust. 2 ustawy PZP). W związku z tym swoboda wykonawcy w zakresie formułowania oferty ograniczona jest do określenia ceny oraz

⁴²⁸ Zob. Z. Gordon, *Charakter prawny...*, s. 30 i nast. i powołane tam piśmiennictwo.

ewentualnie elementów jakościowych, ale tylko w granicach ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert.

Ustawa PZP nakłada na zamawiającego obowiązek precyzyjnego określenia warunków zamówienia. Dokumenty zamówienia, a konkretnie SWZ, muszą zawierać projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis przedmiotu zamówienia (art. 134 ust. 1 pkt 4 i 20 ustawy PZP). Zgodnie zaś z art. 99 ust. 1 ustawy PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Prowadzi to do wniosku, że to zamawiający jednostronnie określa przedmiot umowy i warunki na jakich zostanie zawarta, a rolą wykonawcy jest zaoferowanie ceny za tak opisane świadczenie, co czyni samo postępowanie niemalże adhezyjnym⁴²⁹. Charakteru tego nie zmienia fakt, że do elementu oceny może być włączony aspekt jakościowy wynikający z zastosowanych w postępowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert. Sam charakter kryteriów powoduje, że mogą one stanowić zróżnicowanie oferty w ściśle określonym zakresie i rozpiętości, co oznacza, że wykonawcy składając ofertę wpływają na ostateczny kształt zobowiązania w bardzo ograniczonym zakresie.

Ustalone przez zamawiającego warunki zamówienia są udostępniane publicznie, stanowiąc zaproszenie do składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zdaniem *R. Szostaka* funkcja warunków zamówienia jest dwojaka, z jednej strony określają warunki przyszłego zobowiązania (charakter regulacyjny), z drugiej wyznaczają przebieg procedury (charakter organizacyjny). Same przepisy ustawy PZP mają charakter uzupełniający⁴³⁰. Rzeczywiście, w kontekście funkcji organizacyjnej i regulacyjnej należy zgodzić się, że przepisy ustawy mają charakter uzupełniający, a niekiedy wyłącznie pomocniczy. Jednak w kontekście granic swobody umów w aspekcie ich zawierania mogą mieć znaczenie pierwszorzędne (np. w zakresie obligatoryjnych podstaw wykluczenia, podstaw odrzucenia oferty), gdyż nawet w braku woli którejkolwiek ze stron znajdują zastosowanie niwecząc zgodne dążenie stron do zawarcia umowy. Moment

⁴²⁹ Kwestia uznania, czy postępowania przetargowe i negocjacyjno – przetargowe mają charakter adhezyjny zależy w dużej mierze od ustalenia samej definicji postępowania adhezyjnego, dlatego z ostrożności przyjąć należy, że jest to postępowanie niemalże adhezyjne, gdyż dostrzegalne są pewne wyłomy w tym zakresie, które wynikają wprost z ustawy, jednak nie zawsze przynoszą zmianę tej oceny jeśli chodzi o praktykę.

⁴³⁰ *R. Szostak (red.), Informatyzacja procedur ...*, s. 22.

wszczęcia postępowania, podobnie jak w przypadku przetargu cywilnego uznawany jest za jego najważniejszy etap, który determinuje dalsze czynności podejmowane przez strony⁴³¹. W prawie zamówień publicznych przepisy rangi ustawowej, wywodzące się z prawa unijnego, duże znaczenie przywiązują do upublicznienia ogłoszenia (dokumentów zamówienia), podkreślając dodatkowo znaczenie tego etapu.

Restrykcyjny kształt procedury, w szczególności w kontekście zakresu swobody jej kształtowania przez zamawiających i wykonawców, powoduje że wymogi proceduralne jawią się jako najistotniejsza ustawowa granica swobody umów. Przyznane stronom uprawnienia zmierzające do niwelowania negatywnych skutków restrykcji (np. wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, wezwanie do wyjaśnień ofert lub uzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów, poprawienie omyłek) tylko potwierdzają, że rygoryzmy proceduralne należy uznać za fundamentalne.

Elementy negocjacyjne w trybach przetargowo – negocjacyjnych można porównać do przesunięcia etapu włączenia wykonawców w proces kształtowania warunków zamówienia w celu uzyskania największych korzyści dla obu stron przyszłej umowy, z etapu przed konkretyzacją kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie na etap ograniczonej konkurencji wśród wyłonionej i skonkretyzowanej grupy wykonawców. W doktrynie wskazuje się, że przedmiotem negocjacji mogą być w zasadzie wszelkie elementy pozwalające na ustalenie ostatecznego kształtu zobowiązania wykonawcy, a granicą treści ustaleń są te same czynniki, które ograniczają swobodę umów, czyli wyrażone w art. 353¹ KC ustawa, natura zobowiązania i zasady współżycia społecznego⁴³². Same zaś negocjacje, poza wymaganiami wynikającymi z ustawy PZP, powinny być prowadzone w dobrej wierze, we wspólnym celu.

Wykonawca poprzez złożenie oferty akceptuje warunki przetargowe, godząc się na udział w postępowaniu na określonych w nich zasadach. Często takie spojrzenie mocno zawęża perspektywę wiążąc złożenie oferty przede wszystkim z warunkami zamówienia określonymi przez zamawiającego, z pominięciem znaczenia samych przepisów, które nadają działaniom zamawiającego określone znaczenie. Dla zaakcentowania znaczenia przepisów prawa można posłużyć się wyrokiem z dnia 27.09.2020 r., KIO 1483/20, gdzie Izba podkreśla, że złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

⁴³¹ Por. M. Boratyńska, *Przetarg ...*, s. 49-50.

⁴³² M. Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 520.

wywołuje skutki, które wynikają nie tylko z jej treści, lecz także z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów, czyli ogólnie można powiedzieć: założeń procedury przetargowej. Procedura ta - co powszechnie nie jest sporne - wskazuje, że wykonawca musi postępować zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, w tym złożona oferta musi być z tą specyfikacją zgodna. Może dojść do sytuacji, że w swoich szczegółach oferty zgodne nie są, to nie budzi wątpliwości, że załozeniem wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego, w tym co do sposobu jej sporządzenia, np. sposobu obliczenia ceny. Wynika to też z przepisu art. 70¹ § 4 KC (często powoływanego przy przetargach organizowanych w ramach zamówień publicznych). Z kolei, jeśli wykonawca złoży ofertę, a nie zapozna się z warunkami przetargu, to jest to jego wyłączne ryzyko. Tym samym, nawet jeśli dany wykonawca nie złoży oświadczeń „ogólnych”, przygotowanych przez zamawiającego (np. o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z umową), to luka ta może zostać wypełniona przez ogólne normy postępowania i interpretacji.

Takie rozumienie zasad postępowania pozwala nadać przepisom ustawowym dwojakiego znaczenia. Po pierwsze stanowią one zasadnicze ustawowe granice swobody umów. Po drugie nabierają kształtu norm pozwalających na uzupełnienie lub dookreślenie niedostatecznie jednoznacznych oświadczeń woli stron postępowania, co nadaje im wymiaru norm quasi-salwatoryjnych.

Pozostaje jeszcze ustalenie istoty tak daleko idącego ograniczenia swobody kontraktowej, czyli nadanie jej **doniosłości prawnej w kontekście instytucjonalnym**. Postępowanie przetargowe i negocjacyjno - przetargowe można scharakteryzować jako ciąg czynności prawnych, których skutkiem jest zawarcie umowy⁴³³. Rozważenia wymaga zatem, czy fakt istnienia procedury i stosowanie się przez jej uczestników do określonych reguł przesądza o istnieniu odrębnego trybu formy zawierania umów. Aby uznać procedury określone w PZP za osobny tryb zawierania umów konieczne jest nadanie dokonywanym w jej toku czynnościom określonej doniosłości prawnej, powodującej stan związania. Takiego powiązania ciągu czynności w toku postępowań przetargowych ze stanem związania stron postępowania poszukuje się w doktrynie.

Na uwagę zasługują rozważania *R. Szostaka*, który wskazuje, że podstawą postępowań przetargowych i negocjacyjno-przetargowych (a także procedury

⁴³³ Por. M. Boratyńska, *Przetarg ...*, s. 13.

konkursowej) jest wielostronny stosunek proceduralny (przygotowawczy), nawiązywany na zasadzie dobrowolności (z poszanowaniem autonomii woli stron) i równorzędności stron, w trybie adhezyjnym. W przeciwieństwie bowiem do założeń przetargu, o którym mowa w art. 70¹ KC, gdzie dopiero oferta wykonawcy i dalsze czynności w postępowaniu mogą nadać kształt ostateczny świadczeniu reflektanta, oferta wykonawcy w postępowaniu w sprawie zamówienia musi być (pod rygorem odrzucenia) w pełni zgodna z warunkami zamówienia. W doktrynie prezentowane są poglądy, które wskazują na powstanie wielu dwustronnych stosunków zobowiązaniowych pomiędzy oferentem oraz zamawiającym⁴³⁴. Niezależnie jednak od przyjętych założeń, każdy z opisanych modeli różni się konstrukcyjnie od przetargu opartego na przepisach KC przede wszystkim rozłożeniem akcentów doniosłości poszczególnych etapów w podobnej skądinąd sekwencji zdarzeń.

Czy jednak postanowienia ustawy PZP, stanowią regulację na tyle pełną, aby można nadać jej status samodzielnego trybu zawierania umów? Ustawa PZP nie daje jednoznacznej odpowiedzi.

Na gruncie KC przyjmuje się, że złożenie oferty i jej przyjęcie stanowi tryb zindywidualizowany zawarcia umowy, natomiast charakterystyczną cechą przetargu jest jednoczesny udział w nich wielu uczestników, którzy podlegają tym samym regułom postępowania. Mechanizm przeprowadzenia przetargu opiera się na wyborze kontrahenta i uzgodnieniu oświadczeń woli w drodze eliminacji ofert innych uczestników. Umowa zostaje zawarta w zasadzie z uczestnikiem, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Do ustalenia chwili zawarcia umowy w drodze przetargu stosuje się przepisy dotyczące przyjęcia oferty, chyba że w warunkach przetargu zastrzeżono inaczej - art. 70³§ 3 KC⁴³⁵. Oznacza to, że w razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w chwili otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu, a jeżeli dojdzie do składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu nie jest wymagane - w chwili przystąpienia przez drugą stronę do wykonania umowy.

Bez wątplenia tryby przetargowe i przetargowo - negocjacyjne należy uznać za pokrewne w stosunku do przetargu uregulowanego w KC. Ten ostatni można określić mianem regulacji modelowej, gdyż przepisy w art. 70¹–70⁵ KC mogą mieć zastosowanie także bezpośrednio, jeżeli ustawa PZP nie stanowi inaczej. Przykładowo w art. 98 ustawy

⁴³⁴ A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie...*, s. 95; Z. Gordon, *Charakterystyka prawna trybów udzielania zamówień publicznych z elementami negocjacji*, *Kwartalnik PZP* 2013, nr 4, s. 54.

⁴³⁵ Tak np. SA w Warszawie w wyroku z 14.10.2010 r., VI ACa 217/10, *Legalis* nr 877827.

PZP zawarta zastała rozbudowana regulacja określająca przypadki, kiedy zamawiający zwraca wadium i kiedy wadium zatrzymuje. Ustawa PZP nie reguluje natomiast konsekwencji w sytuacji gdy zamawiający odmawia podpisania umowy lub gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Okoliczność ta znajduje natomiast wyraz w art. 70⁴ KC, który jest przepisem regulującym w sposób modelowy instytucję wadium. W § 2 zd. trzecie tego przepisu przewidziano uprawnienie uczestnika, którego oferta została wybrana, do żądania od organizatora uchylającego się od zawarcia umowy zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody. Jak słusznie podkreśla SN⁴³⁶ nie ma podstaw do uznania, że charakter i specyfika zamówień publicznych powodują, iż w postępowaniu ich dotyczącym nie znajduje zastosowania taka sama zasada. Unormowanie art. 98 ustawy PZP należy zatem uznać za niepełne, co powoduje potrzebę przyjęcia, że do wadium w postępowaniu dotyczącym zamówień publicznych ma zastosowanie art. 70⁴ § 2 zd. trzecie KC.

Wyraźna jednak różnica pomiędzy przetargiem cywilnym a trybami przetargowymi określonymi w PZP polega na rozdzieleniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności podpisania umowy. Jak wynika z treści art. 264 ust. 1 ustawy PZP zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób, a jeśli w tym czasie zostało wniesione odwołanie - zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Okres ten określa się mianem *standstill*, czyli okresu zawieszenia, a jego celem jest umożliwienie wykonawcom złożenia środków ochrony prawnej w celu skutecznego skorygowania błędnych decyzji zamawiającego jeszcze przed zawarciem umowy, w trybie odwoławczym.

Tym samym wyłączone jest zastosowanie art. 70³ § 3 zd. 1 KC, który określa chwilę dojścia do skutku umowy w trybie przetargowym⁴³⁷. R. Szostak⁴³⁸ zwraca uwagę na istotną lukę, tj. brak jednoznacznego przepisu, który wprost nadawałby znaczenie prawne samemu przyjęciu oferty⁴³⁹. Samo znaczenie takie wywodzi z subsydiarnego zastosowania 70² § 3 w

⁴³⁶ Wyrok SN z 22.04.2010 r., V CSK 321/09, Legalis nr 381608.

⁴³⁷ Tak również Z. Gordon, *Charakterystyka prawna trybów...*, s. 30 i nast.

⁴³⁸ R. Szostak (red.), *Informatyzacja procedur ...*, s. 28-29.

⁴³⁹ Szerzej na temat znaczenia przyjęcia oferty na gruncie przepisów E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2023, art. 70³, teza 3 i 4.

zw. z art. 70³ § 3 KC⁴⁴⁰. Ponieważ do zawarcia umowy nie dochodzi w chwili zawiadomienia zwycięzcy o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty⁴⁴¹, w doktrynie trwa dyskusja na temat więzi prawnej, jaka łączy strony postępowania w sprawie zamówienia od momentu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej do czasu zawarcia umowy.

Zdaniem R. Szostaka z chwilą doręczenia zwycięskiemu wykonawcy oświadczenia o wyborze i przyjęciu jego oferty (pozostałym konkurentom należy się tylko informacja) dochodzi do nawiązania umowy przedwstępnej w ujęciu art. 389 KC⁴⁴². Inna podobna koncepcja wskazuje, że z chwilą przyjęcia oferty dochodzi do zawarcia umowy *sui generis*, zbliżonej do umowy przedwstępnej, do której stosuje się odpowiednio art. 389–390 KC⁴⁴³. Zachodzi tu bowiem sytuacja, o której mowa w przepisie art. 70² § 3 KC, aktualnym dla przetargowego sposobu wyboru oferty. Takie ujęcie potwierdzono w uzasadnieniu do projektu ustawy PZP, gdzie powołując się na samą definicję postępowania wskazano, że: *Obowiązek zawarcia umowy wynika z wyodrębnionego konstrukcyjnie względem stosunku przetargowego stosunku kreowanego swoistą umową przedwstępna lub umową do niej zbliżoną, która dochodzi do skutku w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia następuje więc w wykonaniu umowy przedwstępnej. Nie oznacza to bynajmniej, że zawarcie umowy finalnej pozostaje bez wpływu na stosunek przetargowy, a tym samym na postępowanie o udzielenie zamówienia. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest na gruncie ustawy warunkiem rozwiązującym stosunek przetargowy, wyznacza zatem moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia*⁴⁴⁴. Koncepcja ta wymaga jednak wielu dalszych i bardziej złożonych rozważań na temat formy czynności prawnej (umowa w sprawie zamówienia zawierana jest w formie

⁴⁴⁰ Autor zwraca jednak uwagę na trudności w wykładni tych przepisów powołując się na uchwały SN: z 19.10.2005 r., III CZP 73/05, OSNC 2006, Nr 7–8, poz. 121, z głosem R. Szostaka, MoP 2006, Nr 16, s. 888 i n., oraz z 24.11.2006 r., III CZP 85/05, OSNC 2006, Nr 10, poz. 161, z głosem R. Szostaka, MoP 2007, Nr 12, s. 681 i n.

⁴⁴¹ Por. A. Brzozowski w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, Legalis 2018, art. 70³, Nb 2.

⁴⁴² Por. zwłaszcza J. Rajski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2000, s. 8; R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 163–165; A. Brzozowski w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 166; C. Żuławska w: G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, Tom 1, Warszawa 2006, s. 172; M. Krajewski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 796–797, oraz J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, 2017, s. 382.

⁴⁴³ Por. S. Rudnicki, w: Dmowski S., Rudnicki S. (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 355 oraz P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 194.

⁴⁴⁴ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 13.

pisemnej pod rygorem nieważności, podczas gdy przepisy nie zastrzegają takiej formy dla informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej – czyli jej przyjęcia), możliwość unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego⁴⁴⁵ (czyli jednostronnego odstąpienia od umowy – przedwstępnej lub umowy *sui generis* – które nie podlega kontroli sądowej).

W związku z przyjęciem „domkniętej” definicji postępowania, czyli doprecyzowaniu, że zakończeniem postępowania jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnienie postępowania, do rozwiązania stosunku prawnego wynikającego z samego postępowania nie dochodzi w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz dopiero w momencie zawarcia umowy finalnej albo w następstwie jego unieważnienia. Powstaje więc również pytanie o potrzebę nadawania dodatkowego znaczenia prawnego stosunkowi wykreowanego samym przyjęciem oferty, opartego na mechanizmach zaczerpniętych z KC. Wydaje się, że w prawie zamówień publicznych przyjęto swoistą wyczerpującą regulację, która odpowiada potrzebom obrotu. Wprowadzenie okresu *standstill* stanowi odrębny model gwarancji przedkontraktowej, której celem jest zabezpieczenie więzi nie tylko pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą, ale pomiędzy nim i wszystkimi oferentami, pozwalając im na zweryfikowanie i ewentualnie zaskarżenie decyzji zamawiającego. Dlatego skorelowano z nim terminy na wniesienie środków ochrony prawnej oraz konieczność powstrzymania się od zawarcia umowy do czasu ich rozstrzygnięcia, a zawarcie umowy z naruszeniem tych zasad powiązано z najbardziej rygorystycznym skutkiem w postaci jej unieważnienia. Wydaje się, że dzięki temu więź przedkontraktowa zarysowana w ustawie PZP jest znacznie silniejsza od więzi przetargowej obejmującej model określony w KC. O jej istnieniu świadczyć może również treść art. 98 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym złożenie przez wykonawcę wniosku o zwrot wadium (w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 2 ustawy PZP) powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej.

W sposób niepełny uregulowane pozostają wszakże skutki uchylania się od zawarcia umowy zamawiającego i wykonawcy w czasie, kiedy ten ostatni pozostaje

⁴⁴⁵ Zob. wyrok z 04.10.2019 r., KIO 1850/19, Legalis nr 2256756, wyrok z 22.01.2019 r., KIO 2608/18, Legalis nr 1883269, wyrok z 26.04.2017 r., KIO 683/17, Legalis nr 1618285 wyrok z 30.05.2013 r., KIO 798/16, Legalis nr 1483299, wyrok z 22.07.2015 r., KIO 1500/15, Legalis nr 1361560, wyrok z 22.01.2015 r., KIO 2832/14, Legalis nr 1219233, wyrok z 16.07.2013 r., KIO 1578/13, Legalis nr 743514, wyrok z 28.12.2010 r., KIO 2685/10, Legalis nr 322320.

związany ofertą. Ustawa PZP przewiduje sankcję zatrzymania wadium nie odnosząc się do innych konsekwencji, w tym możliwości dochodzenia zawarcia umowy na drodze sądowej. Otwarte pozostaje jednak pytanie, czy zabieg ten jest celowy, brak regulacji powinien być uzupełniony przez zastosowanie analogii do umowy przedwstępnej, czy może należy przyjąć rozwiązanie znacznie łatwiejsze konstrukcyjnie i pokrewne przetargowym formom zawierania umów, polegające na przyjęciu, że podobnie jak na gruncie art. 70³ KC zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej kreuje obowiązek zawarcia umowy z wybranym wykonawcą – tyle, że po upływie okresu *standstill*. Jest to ta sama konstrukcja prawna, tylko odroczone w czasie.

Przenosząc zatem założenie podobieństwa konstrukcyjnego stosunku przedkontraktowego do umowy przedwstępnej, należy w świetle art. 390 § 1 zd. 1 KC przyjąć, że jeżeli strona zobowiązana do zawarcia umowy przyrzeczonej uchyła się od jej zawarcia, druga strona może żądać naprawienia szkody, którą poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy przyrzeczonej. Znajdą zatem zastosowanie przepisy KC dotyczące skutków niewykonania zobowiązań⁴⁴⁶. Zatem uznanie stosunku przetargowego za umowę przedwstępną uzasadnia konieczność dokonania oceny skutków uchylania się od zawarcia umowy w kategoriach odpowiedzialności odszkodowawczej o charakterze kontraktowym (*culpa in contrahendo*), określonej w art. 471 KC. Oznacza to, że strona uchylająca się od zawarcia umowy obowiązana jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (zawarcia umowy), chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Takie założenie bez wątpliwości wypełnia lukę w przepisach, chociaż nie bez pewnych wątpliwości. Stąd zasadne wydaje się sformułowanie postulatu *de lege ferenda* o nadaniu stosunkom przedkontraktowym jednoznacznego waloru zobowiązania o określonym charakterze, co pozwoli na stosowanie przepisów dotyczących skutków niewykonania zobowiązań z zastrzeżeniem specyfiki kontraktowania w trybach przetargowych.

Inny możliwy model to jednoznaczne przesądzenie o zupełności regulacji ustawy PZP w zakresie stosunków przedkontraktowych i przyjęcie, że ustawodawca w sposób wyczerpujący uregulował również skutki uchylania się od zawarcia umowy poprzez

⁴⁴⁶ Tak SA w Łodzi wyroku z 30.01.2013 r., I ACa 1008/12, Legalis 1033914.

instytucję zatrzymania wadium. Zdaniem M. Pecyny⁴⁴⁷ ustawa PZP reguluje odrębny przetargowy tryb postępowania, w ramach którego dokonuje się wyboru oferty oraz zawiera umowę. Według autorki wybór oferty przez zamawiającego nie stanowi przyjęcia oferty w rozumieniu KC i tym samym nie prowadzi do zawarcia umowy z wybranym kontrahentem. Wybór oferty oznacza zamknięcie postępowania oraz aktualizację obowiązku zawarcia umowy w terminie określonym zgodnie z regulacją art. 264 ustawy PZP, z zastrzeżeniem art. 577 ustawy PZP (który termin ten przedłuża do czasu ogłoszenia postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w razie wniesienia odwołania przez uczestnika postępowania).

Z regulacji ustawy PZP wynika zatem obowiązek przyjęcia oferty spełniającej kryteria postępowania przetargowego i będącej najkorzystniejszą dla zamawiającego, aczkolwiek sam wybór najkorzystniejszej oferty nie stanowi przyjęcia oferty w rozumieniu KC, ale realizację ustawowej przesłanki obowiązku zawarcia umowy. W ocenie autorki również z regulacji art. 70² § 3 oraz art. 70³ § 3 zd. 2 KC nie wynika, że do chwili przyjęcia oferty uczestnikowi lub organizatorowi przysługuje roszczenie o zawarcie umowy ani roszczenie o wybór lub o ustalenie wyboru jego oferty nawet wtedy, gdy złożył ofertę najkorzystniejszą według kryteriów ustalonych przez organizatora jak również roszczenie o przyjęcie wybranej oferty przez organizatora aukcji lub przetargu. W tym zakresie procedura przetargowa opiera się na zasadzie swobody kontraktowej, jak pozostałe sposoby zawarcia umowy. Bez wyraźnie uregulowanego obowiązku zawarcia umowy (z powodu szczególnych okoliczności) i 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. 70² § 3 i art. 70³ § 3 KC⁴⁴⁸, ani traktowany jako umowa *sui generis*⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ M. Pecyna w: M. Stec (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5a. *Prawo umów handlowych*, Legalis 2020, art. 70¹ KC, nb. 27 i 90; autorka odwołuje się do ustawy PZP2004, jednak zasadnicze podstawy będące podłożem sformułowanych wniosków w zakresie omawianej kwestii nie uległy zmianie w nowym stanie prawnym.

⁴⁴⁸ Tak również na gruncie obowiązującego stanu prawnego M. Krajewski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 1010.

⁴⁴⁹ Zob. K. Oplustil, w: M. Stec (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo umów handlowych*, Legalis 2020, Warszawa 2017, s. 164.

4.1.3. Konkurs jako procedura oparta na procedurach przetargowych

Szczególne znaczenie i charakter ma również konkurs (art. 325 i n. ustawy PZP). Po pierwsze, sama procedura konkursowa nie kończy się udzieleniem zamówienia, ale prowadzi pośrednio do finalizacji zakupu. Dlatego konkurs nie jest trybem udzielenia zamówienia. Po wtóre, zamawiający może zorganizować konkurs w celu wyboru pracy konkursowej o charakterze twórczym, dotyczącej, w szczególności planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, projektowania architektonicznego, projektowania architektoniczno-budowlanego, przetwarzania danych, projektowania z zakresu informatyki oraz zamierzenia innowacyjnego. Zatem już sama możliwość zorganizowania konkursu jest limitowana. Dodatkowo, w ustawie PZP po raz pierwszy określono sytuacje, w których zamawiający ma obowiązek poprzedzić właściwe postępowanie konkursem. Takie ukształtowanie przepisów oznacza, że w pewnych okolicznościach zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia dodatkowej procedury poprzedzającej procedurę zakupową.

Konkurs jest przyrzeczeniem publicznym w ujęciu art. 921 KC, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy (art. 7 pkt 8 ustawy PZP). Taka konstrukcja konkursu wskazuje, że jedyną przewidzianą przez ustawę PZP formą konkursu jest konkurs otwarty i brak jest możliwości organizowania konkursów zamkniętych.⁴⁵⁰ Celem konkursu jest więc wybór pracy konkursowej o charakterze twórczym. Autor lub autorzy najlepszych prac konkursowych otrzymują nagrody pieniężne lub rzeczowe albo nagrody w postaci zaproszenia do negocjacji odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową⁴⁵¹. Przedmiotem konkursu jest wykonanie pracy konkursowej oraz przeniesienie prawa do pracy wybranej przez sąd konkursowy. W tym sensie konkurs pośrednio zmierza do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale nie stanowi postępowania o udzielenie zamówienia.

Konkurs, który pod rządami ustawy PZP2004 nie był obowiązkowy, nie miał zasadniczego znaczenia w kontekście swobody umów. Zamawiający, który decydował się

⁴⁵⁰ W. Dzierżanowski w: Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 796.

⁴⁵¹ Art. 326 ustawy PZP.

na jego przeprowadzenie musiał przestrzegać bezwzględnie obowiązujących norm odnoszących się do sposobu procedowania, jednak sama decyzja o poprzedzeniu właściwego postępowania o udzielanie zamówienia konkursem pozostawała w sferze swobodnej decyzji zamawiającego. Sytuacja ta zmieniła się po rządami ustawy PZP, gdzie w art. 325 ust. 2 ustawy PZP przesądzono, że: jeżeli zamawiający zamierza udzielić zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego, zamówienie takie poprzedzone jest konkursem. Obowiązek ten dotyczy tylko konkursów o wartości równej i większej niż progi unijne. Przepis ten uczynił konkurs częściowo obowiązkowym, zmieniając istotnie jego znaczenie jako ograniczenia swobody umów. *Ratio legis* takiego rozwiązania opiera się na założeniu, że ocena twórczego pierwiastka takich zamówień ma w dużej mierze charakter subiektywny⁴⁵² i wymaga specjalistycznej wiedzy. Ustawodawca uznał zatem, że konkurs powinien poprzedzać właściwe postępowanie zmierzające bezpośrednio do zawarcia umowy, jeżeli w zamierzeniu zamawiającego projekt ma zawierać rozwiązania twórcze w rozumieniu ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych⁴⁵³.

Warte odnotowania w kontekście cywilnoprawnego charakteru konkursu są rozważania doktryny, z których wynika, że zasady prowadzenia konkursu poza elementami przyrzeczenia publicznego, które stanowią jego trzon, muszą być uzupełnione „o wielostronny stosunek proceduralny, wykreowany w wyniku porozumienia konkursowego, zawartego w trybie udostępnienia przez zamawiającego warunków konkursu (regulaminu), adhezyjnie akceptowanych przez reflektantów, przewidujących określone powinności proceduralne zarówno po stronie organizatora, jak i uczestników konkursu”⁴⁵⁴. Dopełnieniem tego węzła jest możliwość zakwestionowania czynności zamawiającego podejmowanych w toku konkursu w ramach postępowania odwoławczego.

⁴⁵² J. Jarnicka, *Konkurs w nowym Prawie zamówień publicznych*, ZP Doradca 2020, Nr 12, str. 68.

⁴⁵³ Tak potrzebę wprowadzenie obowiązku przeprowadzenia konkursu uzasadnia projektodawca ustawy PZP, w uzasadnieniu do projektu zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 71. Jednak sam przepis nie oddaje tej idei i nie pozostawia zamawiającemu swobody w ustaleniu, czy dla konkretnego projektu jego istotą jest element twórczy, który uzasadniałby prowadzenie konkursu, czy jednak techniczny. Sam projektodawca słusznie zauważa, że nie każde zamówienie na dokumentację projektową będzie musiało być poprzedzone konkursem na wykonanie projektu. Dotyczy to w szczególności zamówień na przygotowanie dokumentacji projektowej zwykłych obiektów liniowych, np. dróg lub przygotowanie projektów branżowych np. w branży wod-kan. Obowiązkiem przeprowadzenia konkursu nie będą także objęte zamówienia planowane do udzielenia formule zaprojektuj i wybuduj, gdyż zamówienie takie stanowi roboty budowlane, a nie usługę.

⁴⁵⁴ R. Szostak (red.), *Informatyzacja procedur ...* s. 20-21; R. Szostak, *Charakter prawny konkursu na dzieło projektowe w zamówieniach publicznych*, PiP 2004, Nr 6, s. 65 i n. oraz M. Ziółkowska, *Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych*, PZP 2013, Nr 4, s. 67 i n.

Podobnie jak w przypadku postępowań przetargowych i przetargowo – negocjacyjnych ustawodawca nie zawarł konkretnych wytycznych co do charakteru więzi przedkontraktowej. Jeśli nagrodą w konkursie jest wyłącznie nagroda rzeczowa lub pieniężna, wówczas na mocy art. 8 ustawy PZP, obok roszczenia pieniężnego o zapłatę nagrody może wystąpić roszczenie o przeniesienie własności, a także o dokonanie innych czynności prawnych lub faktycznych. Zasadne wydaje się również przyjęcie, że na tej samej podstawie, autor najlepszej pracy konkursowej może wystąpić z roszczeniem o zaproszenie go do udziału w postępowaniu zmierzającym do wyboru wykonawcy (np. zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki).

Jest to o tyle istotne, że w praktyce zamawiający rzadko decydują się na organizowanie konkursów, w których przyznaje się wyłącznie nagrody pieniężne lub rzeczowe. Częściej, decydując się na konkurs, zamawiający wybierają rozwiązanie oparte ma modelu, który można określić mianem kompleksowego (konkursowo – negocjacyjnego), gdzie etap konkursu, łączy się z etapem postępowania o udzielenie zamówienia poprzez nagrodę konkursową, którą jest zaproszenie do negocjacji. W tym kontekście warto też zwrócić uwagę na kolejne ograniczenia swobody umów polegające po pierwsze na obowiązku zaproszenia do negocjacji w jednym z dwóch ww. trybów, po drugie na ograniczeniu kręgu podmiotów, które mogą być zaproszone do negocjacji.

4.2. Tryby ograniczonej konkurencji

4.2.1. Uwagi wprowadzające

Pozostałe dwa tryby udzielania zamówień tj. negocjacje bez ogłoszenia i zamówienie z wolnej ręki można określić wspólnym mianem **trybów organicznej konkurencji**, a niekiedy nawet niekonkurencyjnych⁴⁵⁵. Przy czym konstrukcja procedur negocjacyjnych zawarta w dyrektywach zbiorczo odnosi się do procedur obejmujących negocjowanie warunków umowy z jednym lub z kilkoma zaproszonymi wykonawcami. W dyrektywie 2014/24/UE określono je jako tryb z negocjacjami bez uprzedniej publikacji⁴⁵⁶, natomiast w dyrektywie 2014/25/UE – negocjacjami bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie⁴⁵⁷. Ustawodawca polski zdecydował się na odrębne

⁴⁵⁵ Tak np. M. Jaworska w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, Warszawa 2024 s. 593; M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2022, s. 550-551, B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista...*, s. 35.

⁴⁵⁶ Art. 32 dyrektywy 2014/24/UE.

⁴⁵⁷ Art. 50 dyrektywy 2014/25/UE.

uregulowanie trybu obejmującego negocjowanie z więcej niż jednym wykonawcą (negocjacje bez ogłoszenia) oraz obejmującego negocjacje z jednym wykonawcą (trybu zamówienia z wolnej ręki).

Zgodnie z art. 129 ust. 2 PZP zastosowanie **trybu negocjacji bez ogłoszenia** możliwe jest tylko w przypadkach określonych w ustawie. Tryb negocjacji bez ogłoszenia jest przewidziany jako procedura stosowana tylko w wyjątkowych przypadkach, w szczególności, gdy zorganizowany uprzednio przetarg lub tryb podstawowy nie przyniósł oczekiwanego rezultatu, przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych albo gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (art. 209 ustawy PZP).

W ramach samej procedury, w pierwszej kolejności zamawiający negocjuje warunki umowy z wybranymi przez siebie indywidualnie wykonawcami, w liczbie zapewniającej realną konkurencję, nie mniej jednak niż z trzema, a następnie wzywa ich do składania ofert, doręczając ostateczną wersję warunków zamówienia (art. 208 ustawy PZP). Drugi etap procedury ma charakter przetargowy.

Jak wynika z uzasadnienia PZP⁴⁵⁸, ustawodawca celowo nie określa szczegółowo toku postępowania w tym trybie, pozwalając zamawiającemu samodzielnie decydować o jego przebiegu w granicach wyznaczonych w art. 208 – 212 ustawy PZP. Już sam ten fakt czyni negocjacje bez ogłoszenia trybem bardziej elastycznym proceduralnie, w stosunku do omawianych wcześniej trybów przetargowych i przetargowo – negocjacyjnych. Takie rozwiązanie jest zgodne z przepisami dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE, które również dają stronom dużą swobodę w zakresie procedowania. Pomimo tych zalet, w praktyce znaczenie tego trybu nie jest istotne, zamówienia udzielane w jego wyniku stanowiły zaledwie 2,03% w 2021 r. i 0,39% w 2022 r. wszystkich postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne i 0,11% w 2021 r. i 0,07% w 2022 r. wszystkich postępowań poniżej tych progów⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 6.

⁴⁵⁹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r. Warszawa 2022 r. <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrow>, s. 31 (dostęp 11.04.2023.) oraz Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r. Warszawa 2021 r. https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf, s. 28 (dostęp 11.04.2023 r.).

4.2.2. Zamówienia z wolnej ręki jako szczególny tryb zawarcia umowy.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb postępowania, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Taka definicja zamówienia z wolnej ręki wynika wprost z art. 213 ust. 1 ustawy PZP. W taki sam sposób tryb ten określano w ustawie PZP2004⁴⁶⁰. Sama procedura udzielenia zamówienia z wolnej ręki prowadzi do zawarcia umowy z wybranym swobodnie (lecz nie dowolnie) wykonawcą, po zweryfikowaniu jego wiarygodności i przeprowadzeniu negocjacji w zakresie PPU⁴⁶¹.

Z punktu widzenia zasady swobody umów tryb ten nie doznaje tylu ograniczeń związanych z samym zawieraniem umowy. Jest on najbardziej zbliżony do negocjacyjnej formy zawierania umów w rozumieniu KC. Wybór wykonawcy, z którym zamawiający przeprowadzi negocjacje nie został w ustawie uregulowany, co oznacza, że w zasadzie zamawiający ma w tym zakresie pełną swobodę. Swoboda zamawiającego oznacza jednak ograniczenia po stronie wykonawców. O ile w innych postępowaniach przewidziano aktywną rolę wykonawcy jako potencjalnego kontrahenta, czego wyrazem jest złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki decyzja w zakresie doboru kontrahenta należy do zamawiającego, a rola wykonawcy pozostaje pasywna i sprowadza się do możliwości odmowy podjęcia negocjacji.

Jednak również, pozornie nieograniczona, swoboda wyboru wykonawcy, z którym prowadzone będą negocjacje, także doznaje pewnych ograniczeń. Ograniczenia te, związane z przesłankami zastosowania zamówienia z wolnej ręki, w niektórych sytuacjach pozbawiają zamawiającego wyboru. Przepisy ustawy PZP przewidują, że w pewnych okolicznościach zamówienia z wolnej ręki można udzielić wyłącznie konkretnemu wykonawcy, wybranemu uprzednio w trybie konkurencyjnym. Przykładowo zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zamawiający może udzielić z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego

⁴⁶⁰ Zgodnie z art. 66 ust. 1 ustawy PZP2004, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

⁴⁶¹ B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista ...*, s. 35.

wartości. Podobnie art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP przewiduje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji. Na konkretnego wykonawcę wyłonionego w sposób konkurencyjny wskazują, również art. 214 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, który pozwala na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jeśli uprzednio przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2 ustawy PZP, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

Niekiedy wybór wykonawcy tylko pozornie jest nieograniczony. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn: a) technicznych o obiektywnym charakterze, b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów - jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Podobnie w myśl art. 214 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, zastosowanie tego trybu jest możliwe jeśli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. W tej sytuacji krąg potencjalnych wykonawców ograniczony jest okolicznościami faktycznymi. Potencjalny wybór w tym zakresie oznacza w zasadzie brak możliwości skorzystania z tej podstawy zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ze szczególną sytuacją ograniczeń mamy do czynienia w przypadku tzw. zamówień *in-house* udzielanych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 – 14 ustawy PZP, które stanowią formę współpracy, jaka występuje pomiędzy instytucjami zamawiającymi a jednostkami ściśle od instytucji zamawiających uzależnionymi pod względem organizacyjnym i gospodarczym. Pojęcie i idea zamówień *in-house* (inaczej zamówień wewnętrznych) zostały ukształtowane w orzecznictwie TSUE, a w jego następstwie również w przepisach

dyrektyw 2014/24/UE, 2014/25/UE oraz 2014/23/UE⁴⁶². Bezpośrednia współpraca międzyinstytucjonalna występuje pomiędzy równorzędnymi zamawiającymi w celu wspólnego wypełniania zadań publicznych. Unijny prawodawca w dyrektywie 2014/24/UE skodyfikował ustalone w orzecznictwie zasady uznawania form aktywności instytucji zamawiających za współpracę publiczno-publiczną⁴⁶³ i przesądził, że obie formy współpracy są szczególnymi zamówieniami publicznymi⁴⁶⁴. W art. 12 dyrektywy 2014/24/UE przewidziano jednakże szczegółowe przesłanki, których spełnienie wyłącza obowiązek stosowania dyrektywy do ich udzielenia. W prawie polskim zamówienia in-house zostały wprowadzone do ustawy PZP2004 w 2016 r.⁴⁶⁵. W przypadku zamówień in-house ograniczenia dotyczące wyboru wykonawcy stanowią jednocześnie element samej istoty zamówień wewnętrznych.

Warto jednak podkreślić, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki możliwe jest wyłącznie w przypadku zaistnienia określonych w ustawie okoliczności (przesłanek). Tryb ten powinien być stosowany ze szczególną rozważą i wyłącznie w sytuacjach ewidentnie spełniających przesłanki ustawowe, bowiem jego istotą jest prowadzenie negocjacji wyłącznie z jednym wykonawcą, co oznacza, że tryb nie posiada cech procedury konkurencyjnej⁴⁶⁶.

⁴⁶² W wyroku z 18.11.1999 r. w sprawie C-107/98, *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562 Trybunał wypowiedział się szerzej na temat współpracy publiczno-publicznej w formie tzw. współpracy in-house. W orzeczeniu z 09.06.2009 r. w sprawie C-480/06, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:357, TSUE wypowiedział się na temat współpracy międzyinstytucjonalnej – uznawanej jako druga z form zamówień in-house.

⁴⁶³ Stanowisko Trybunału wyrażone w powołanych wyrokach zostało wielokrotnie potwierdzone późniejszymi orzeczeniami, które w pewnym zakresie sprecyzowały warunki pozwalające na uszczegółowienie wskazanych w nim przesłanek (por. w szczególności wyr. TSUE: z 11.01.2005 r. w sprawie C-26/03, *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Zb.Orz. 2005, s. I-00001; z 10.11.2005 r. w sprawie C-29/04, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Austrii*, Zb.Orz. 2005, s. I-09705; z 06.04.2006 r. w sprawie C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v. Comune di Bari i AMTAB Servizio SpA*, Zb.Orz. 2006, s. I-03303; z 19.04.2007 r. w sprawie C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v. Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado*, Zb.Orz. 2007, s. I-02999; z 09.06.2009 r. w sprawie C-460/08, *Komisja Europejska v. Republika Grecka*, Zb.Orz. 2009, s. I-00216; z 10.09.2009 r. w sprawie C-573/07, *Sea Srl v. Comune di Ponte Nossia*, Zb.Orz. 2009, s. I-08127; z 29.11.2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord SpA v. Comune di Cagno i Comune di Varese (C-182/11) i Comune di Solbiate i Comune di Varese (C-183/11)*, www.curia.europa.eu; z 19.12.2012 r. w sprawie C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento v. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, www.curia.europa.eu; z 08.05.2014 r. w sprawie C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg i Hochschul-Informations-System GmbH v. Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, www.curia.europa.eu).

⁴⁶⁴ H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień ...*, s. 662.

⁴⁶⁵ Ustawą z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020 ze zm.), jako implementacja art. 12 dyrektywy 2014/24/UE.

⁴⁶⁶ Patrz uchwała KIO z 04.10.2012 r., KIO/KD 81/12, LEX nr 1230125.

Z tego powodu, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE przesłanki stosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji należy interpretować w sposób ścisły i zawężający, a ciężar wykazania, że zostały spełnione spoczywa na zamawiającym⁴⁶⁷. W swym orzecznictwie TSUE wskazał na główny cel uregulowań unijnych w zakresie zamówień publicznych, jakim jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Każdy wyjątek od tego obowiązku podlega w rezultacie wykładni zawężającej⁴⁶⁸.

W opinii rzecznika generalnego *M.P. Maduro* wydanej w sprawie C-250/07 zwracano uwagę, że: *udzielenie zamówienia bez wcześniejszego ogłoszenia o przetargu może wiązać się ze szkodą nie tylko dla potencjalnych oferentów, lecz także dla obywateli, którzy poprzez podatki finansują udzielenie zamówienia oraz może zakłócać konkurencyjny charakter sektora zamówień publicznych, umniejszając skuteczność traktatowych zasad dotyczących wspólnotowych podstawowych swobód. Z tego też powodu przepis, który pozwala zamawiającemu organowi na odstępstwo od zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, powinien być skonstruowany w sposób ścisły⁴⁶⁹. Powyższe znajduje także potwierdzenie w motywie 50 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ze względu na ich szkodliwy wpływ na konkurencję, powinny być stosowane wyłącznie w szczególnie wyjątkowych okolicznościach.*

⁴⁶⁷ Zob. m.in. wyr. TSUE: z 03.05.1994 r. w sprawie C-328/92, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, Zb.Orz. 1994, s. I-01569; z 28.03.1996 r. w sprawie C-318/94, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec*, Zb.Orz. 1996, s. I-01949; z 14.09.2004 r. w sprawie C-385/02, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włosa*, Zb.Orz. 2004, s. I-08121; z 04.06.2009 r. w sprawie C-250/07, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka*, Zb.Orz. 2009, s. I-04369.

⁴⁶⁸ Np. w wyroku z 11.01.2005 r. w sprawie C-26/03, *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Zb.Orz. 2005, s. I-1 pkt 44-46. Trybunał orzekał odnosząc się do procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, uregulowanej w art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50/EWG, jednak najważniejsze tezy orzeczenia pozostają nadal aktualne. Trybunał uznał, że: *przewidujący taką procedurę jako odstępstwo od uregulowań mających na celu zapewnienie skuteczności uprawnień przyznanych w Traktacie WE w sektorze zamówień publicznych na usługi, powinien podlegać wykładni zawężającej i na podmiocie, który zamierza z niego skorzystać, spoczywa ciężar udowodnienia rzeczywistego występowania nadzwyczajnych okoliczności uzasadniających to odstępstwo.*

⁴⁶⁹ Opinia Rzecznika Generalnego z 17.12.2008 r. w sprawie C-250/07; w opinii wskazano również, że: (...) *przejrzystość jest związana z zasadą niedyskryminacji i jest postrzegana jako mechanizm zapewniający zgodność z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego. (...) W związku z tym w dziedzinie zamówień publicznych przejrzystość jest wymogiem pierwotnego prawa wspólnotowego i wiąże się przynajmniej z pewnymi ogłoszeniami. Ogłaszanie jest ważne z dwóch powodów: po pierwsze, potencjalni oferenci są informowani o istnieniu możliwości handlowej, co z kolei może doprowadzić do zwiększenia konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie, ponieważ zwiększa się prawdopodobieństwo złożenia większej ilości ofert; po drugie, ogłaszanie stanowi ochronę przed stronniczością i korupcją, ponieważ umożliwia kontrolę procedury przetargowej.*

Co ciekawe, pomimo konieczności zaistnienia (i dowiedzenia) określonych okoliczności oraz wyjątkowości samego trybu jako odstępstwa od ogólnych reguł pierwszeństwa postępowania przetargowego, tryb zamówienia z wolnej ręki jest drugim najchętniej stosowanym trybem udzielania zamówień publicznych od wielu lat. W 2021 r.⁴⁷⁰ odsetek postępowań prowadzonych w tym trybie wyniósł 10,42 % w przypadku postępowań o wartości nie przekraczającej progów unijnych i 6,48% w przypadku postępowań w wartości równej i powyżej tych progów, a w 2022 r.⁴⁷¹, było to odpowiednio: 9,95% i 10,50%.

Przedstawiciele doktryny konsekwentnie i zgodnie porównują ten tryb do negocjacji, o których mowa w art. 72 § 1 KC, zgodnie z którym jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji.

Jak podkreśla *J. Pieróg* użycie pojęcia „negocjacje” ma na celu ujednoczenie oraz dostosowanie nomenklatury do nazewnictwa występującego w dyrektywach unijnych i w KC. Zwraca też uwagę, że rola negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki jest identyczna jak w art. 72 § 1 KC⁴⁷². *M. Stachowiak* również zwraca uwagę na podobieństwo negocjacji do regulacji kodeksowych w warstwie celu, dostrzega jednak istotne różnice pomiędzy negocjacjami kodeksowymi a zamówieniem z wolnej ręki, tj. konieczność zawarcia umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności oraz unieważnienia postępowania w razie braku porozumienia co do wszystkich postanowień umownych⁴⁷³. Różnice te powodują, że jedna z ważniejszych cech charakteryzujących negocjacje kodeksowe, czyli ustalenie momentu zawarcia umowy, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji, uregulowana została odmiennie.

Rzeczywiście celem negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki jest zawarcie oznaczonej umowy. Jednak jak słusznie zauważa *P. Granecki*, z przepisu nie wynika, że

⁴⁷⁰ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r. <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrow>, s. 29 (dostęp: 11.04.2023 r.).

⁴⁷¹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r. <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>, s. 31. (dostęp: 11.04.2023 r.).

⁴⁷² *J. Pieróg*, *Prawo zamówień ...*, 2019, s. 415.

⁴⁷³ *M. Stachowiak* w: *W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień ...*, 2021, s. 560.

umowa musi być zawarta z tym wykonawcą, z którym prowadzone były negocjacje⁴⁷⁴. Już pod rządami ustawy PZP2004 autor zwracał uwagę na możliwość unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki i wszczęcia go po raz kolejny w celu podjęcia negocjacji z innym wykonawcą. Odpowiednia regulacja została przewidziana wprost dopiero wraz z wejściem w życie ustawy PZP, w art. 255 pkt 8 ustawy PZP. Zgodnie z nią zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴⁷⁵. W uzasadnieniu do projektu ustawy przepisowi temu nadaje się charakter doprecyzowujący i porządkujący⁴⁷⁶.

H. Nowak i M. Winiarz, z treści tego przepisu wywodzą (...) co najmniej powinność [zamawiającego – przyp. autorki] podjęcia negocjacji z zaproszonym do negocjacji wykonawcą i lojalnego ich prowadzenia w celu zawarcia oznaczonej w zaproszeniu umowy. Bez tego trudno mówić, że negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy. Zwracają też uwagę, że przystąpienie wykonawcy do negocjacji nie kreuje po stronie ani zamawiającego, ani wykonawcy obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, skoro niedojście do skutku zamierzonej umowy uzasadnia samo przez się unieważnienie postępowania – bez konieczności badania przyczyn niepowodzenia negocjacji⁴⁷⁷. Podkreślają jednak, że strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy (art. 72 § 2 KC). Dlatego zamawiający nie może równoległe uruchamiać konkurencyjnego postępowania o udzielenie tego samego zamówienia, powinien lojalnie podjąć i prowadzić negocjacje zmierzające do zawarcia umowy⁴⁷⁸.

Nasuwa się jednak pytanie, czy rzeczywiście pierwowzorem i modelowym rozwiązaniem, na którym oparto negocjacje w trybie z wolnej ręki, jest art. 72 KC. Negocjacje (dawniej rokowania)⁴⁷⁹ w celu zawarcia umowy stanowią czwarty, obok trybu

⁴⁷⁴ P. Granecki, *Prawo zamówień...*, 2016, s. 660-661.

⁴⁷⁵ Art. 255 pkt 8 ustawy PZP nie jest jedyną przesłanką unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Postępowanie takie może być również unieważnione przed przystąpieniem wykonawcy do negocjacji, ze względu na istotną zmianę okoliczności (art. 255 pkt 5 ustawy PZP), a także ze względu na brak przyznania środków publicznych (art. 257 ustawy PZP).

⁴⁷⁶ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 66.

⁴⁷⁷ H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień...*, s. 767-768.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, s. 767-768.

⁴⁷⁹ Przed zmianami w KC z 14.02.2003 r. nazywane rokowaniami; Z. Radwański, K. Mularski, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*,

ofertowego, aukcji i przetargu, tryb zawierania umów regulowany w KC. Tryb negocjacyjny nazywany jest przez niektórych autorów podstawowym lub ogólnym⁴⁸⁰. W trakcie negocjacji strony kolejno uzgadniają poszczególne postanowienia przyszłej umowy – nawet te mające dla nich subiektywne znaczenie⁴⁸¹. Efektem negocjacji powinno być ustalenie wszystkich postanowień przyszłej umowy, a nie tylko tych, które są przedmiotowo istotne w rozumieniu art. 66 KC.

Negocjacje w rozumieniu art. 72 § 1 KC polegają na oddziaływaniu stron na siebie wzajemnie w celu uzgodnienia skutków prawnych, jakie mają być wywołane przez zawarcie umowy. W toku negocjacji strony nie tylko formułują poszczególne postanowienia zamierzonej umowy, ale także przekazują sobie informacje i wyrażają oceny, starając się wpłynąć na decyzje kontrahenta co do zawarcia umowy i jej treści. W ogromnej większości przypadków negocjacje prowadzone są ustnie (w ramach bezpośredniego spotkania lub za pośrednictwem urzędów przekazujących głos czy także obraz na odległość), choć nie sposób wykluczyć też negocjacji korespondencyjnych⁴⁸².

Same zasady, przebieg i forma negocjacji nie są uregulowane, dlatego próby dalszego poszukiwania cech charakteryzujących lub opisujących negocjacje odbywa się na podstawie zachowań stron prowadzących negocjacje. Na tej podstawie *B. Gawlik* porównuje negocjacje do targu rozumianego jako *proces wzajemnego oddziaływania (...) podmiotów w celu rozwiązania konfliktu ich indywidualnych interesów i oczekiwań, które zamierzają realizować przez zawarcie między sobą odpowiedniej umowy*⁴⁸³.

Praktyka niektórych zamawiających wskazuje, że wraz z przekazaniem zaproszenia do negocjacji żądają oni złożenia przez wykonawcę „oferty”, poprzedzającej negocjacje. W braku jednoznacznego określenia jej charakteru, należałoby jej nadać znaczenie wstępnego stanowiska negocjacyjnego wykonawcy, którego celem jest ułatwienie i przyspieszenie samych rokowań.

Warszawa 2019, s. 453, zwracają uwagę, że zwyczaj językowy coraz silniej wiąże z „rokowaniami” znaczenie przewidywania czegoś („stan zdrowia źle rokuje”) i słowo to nie może być używane w postaci przymiotnika („umowa rokowana”) w przeciwieństwie do „negocjacji” („umowa negocjowana”).

⁴⁸⁰ M. Boratyńska, *Przetarg ...*, s. 20.

⁴⁸¹ Wyr. SA w Krakowie z 28.02.2017 r., I ACa 1440/16, Legalis nr 1657218.

⁴⁸² Z. Radwański, P. Machnikowski w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 453.

⁴⁸³ B. Gawlik, *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego*, Kraków 1977, s. 18–21.

Od zawierania umowy przez złożenie oferty i jej przyjęcie, negocjacje odróżnia przede wszystkim brak jednoznacznego wyróżnienia roli oferenta, któremu przypada rola formułowania treści zamierzonej umowy oraz oblata, którego rola sprowadza się do akceptacji. Negocjacje charakteryzuje stopniowe „ucieranie się” stanowisk stron, a ich działań nie da się ściśle rozdzielić ze względu na ich doniosłość prawną lub czas, w jakim zostały dokonane⁴⁸⁴. Różnica w stosunku do trybu ofertowego wynika z konieczności uzgodnienia wszystkich postanowień przyszłej umowy będących przedmiotem negocjacji, podczas gdy w trybie ofertowym w ujęciu modelowym wystarczające jest ustosunkowanie się do oświadczenia woli zawierającego istotne postanowienia przyszłej umowy.

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 przetargowego powoduje, że brak w nim pola do płynnego „ucierania się” stanowisk stron, aż do czasu wynegocjowania satysfakcjonujących je warunków.

Sama procedura udzielania zamówienia uregulowana jest w sposób minimalistyczny, bez typowego dla pozostałych procedur szczegółowego określania kolejności i doniosłości poszczególnych czynności⁴⁸⁵. Wynika to przede wszystkim z faktu, że wiele czynności przedkontraktowych w prawie zamówień publicznych zmierza do wyboru wykonawcy. W zamówieniu z wolnej ręki wybór ten jest zasadniczo swobodny. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki to jedyna procedura o znikomym zakresie związania stron. W szczególności cechuje ją brak obowiązku zawarcia umowy finalnej⁴⁸⁶.

Wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki następuje poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji, co wynika wprost z art. 7 pkt 18 ustawy PZP. W regulacji dotyczącej samego trybu (art. 213 i n. ustawy PZP) próżno szukać przepisu określającego wprost moment wszczęcia postępowania (na kształt art. 210 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający wszczyna postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, przekazując wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenie do negocjacji). Jednak z treści art. 217 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt 18 ustawy PZP należy wnioskować o

⁴⁸⁴ Z Radwański, P. Machnikowski w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 453-454.

⁴⁸⁵ M. Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 560.

⁴⁸⁶ R. Szostak, *Kształtowanie warunków zamówienia publicznego w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji*, KPP 2007, Nr 1, s. 43 i n. wraz z powołanym tam piśmiennictwem i orzecznictwem.

sposobie i momencie wszczęcia postępowania. Wszczęcie, czyli formalne rozpoczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki następuje poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji (art. 7 pkt 18 ustawy PZP). W myśl art. 217 ust. 1 ustawy PZP zamawiający, wraz z zaproszeniem do negocjacji, przekazuje wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązek przekazania informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania nie został skonkretyzowany. Przepis ten nie określa elementów zaproszenia do negocjacji, jak ma to miejsce np. w art. 210 ust. 2 ustawy PZP, który określa wymogi względem zaproszenia do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Informacje podane w zaproszeniu dotyczyć muszą całokształtu warunków i wymagań związanych z udzieleniem zamówienia. Mogą one dotyczyć opisu przedmiotu zamówienia oraz terminu jego wykonania, wymagań proceduralnych w tym sposobu prowadzenia negocjacji oraz najważniejszych zagadnień, jakie zostaną nimi objęte. Praktyka pokazuje jednak, że zamawiający rzadko wskazują pożądaną zakres negocjacji. Ponieważ istotą trybu jest negocjowanie warunków przyszłej umowy, najważniejszym dokumentem przekazywanym wykonawcy powinna być propozycja zamawiającego w zakresie treści umowy, chociażby tylko istotne postanowienia, które zamawiający zamierza wprowadzić do umowy. Jest to szczególnie ważne z punktu widzenia wykonawcy⁴⁸⁷. Taki dokument powinien być podstawą do prowadzenia negocjacji, a przekazanie go wraz z zaproszeniem pozwoli wykonawcy odpowiednio się do nich przygotować⁴⁸⁸. Dlatego ustawodawca wskazał jednoznacznie, że do przekazania tych informacji powinno dojść wraz z zaproszeniem do negocjacji⁴⁸⁹.

Na gruncie KC przyjmuje się, że zaproszenie do rozpoczęcia negocjacji (w przeciwieństwie do oferty) nie wiąże zapraszającego, nie zobowiązuje do zawarcia umowy i nie może być zastąpione przez orzeczenie sądu w trybie art. 64 KC i art. 1047 KPC⁴⁹⁰. Inaczej jest w przypadku ustawy PZP, gdzie zaproszenie do negocjacji wszczyna postępowanie, którego zakończenie możliwe jest w dwojaki sposób (poprzez zawarcie umowy lub unieważnienie na podstawie art. 255 pkt 8 ustawy PZP). W tym przypadku

⁴⁸⁷ P. Granecki, *Prawo zamówień...* 2016, s. 712.

⁴⁸⁸ Tak np. J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, 2019, s. 431.

⁴⁸⁹ A. Matusiak w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s.628.

⁴⁹⁰ Z Radwański w. Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 349.

wież prawna pomiędzy stronami postępowania jest silniejsza, chociaż nie tak silna jak w przypadku trybów przetargowych i przetargowo – negocjacyjnych, gdzie można mówić wprost o obowiązku kontraktowania.

Jednak to charakter i znaczenie negocjacji wydają się kluczowe dla ustalenia granic swobody umów w warstwie odnoszącej się do ich treści. W piśmiennictwie prezentowany jest pogląd o przygotowawczej więzi obligacyjnej pomiędzy kontrahentami (porozumienie negocjacyjne)⁴⁹¹, której podstawę stanowią PPU, a treść - powinność prowadzenia lojalnych i uczciwych negocjacji⁴⁹². Zasada swobody negocjowania nie może jednak naruszać ogólnego obowiązku uczciwego postępowania (zgodnie z zasadami dobrej wiary i dobrych obyczajów)⁴⁹³. Dlatego za uzasadnione uznaje się częściowe pozbawienie stron umowy swobody działania, poprzez zobowiązanie ich do określonego postępowania. Ogólne ramy proceduralne w ramach zamówienia z wolnej ręki pozwalają także na przyjęcie, że określona procedura stanowi negocjacje, nie zaś wymianę ofert. Na problem w rozróżnieniu tych dwóch trybów zawarcia umów na gruncie prawa cywilnego zwracano uwagę wielokrotnie⁴⁹⁴.

W doktrynie różnie jednak odczytywane jest znaczenie i charakter samych negocjacji. P. Granecki wskazuje, że: *W praktyce ułatwieniem w prowadzeniu negocjacji jest omawianie kolejnych punktów proponowanej umowy, komentowanie zawartych tam rozwiązań, wyciąganie wniosków i wprowadzanie ewentualnych poprawek*. Autor odnosi się również pośrednio do charakteru samych negocjacji, wskazując, że: *Nie stanowią wiążących oświadczeń woli propozycje i deklaracje stron wypowiedane podczas negocjacji. Strony jedynie wskazują gotowość złożenia takich oświadczeń w formie wiążącej*⁴⁹⁵. Ten sam autor odnosi jednak ideę samych negocjacji do art. 72 KC, zastrzegając wszakże, że do udzielenia zamówienia dochodzi po etapie negocjacji, a nie w ich toku, w momencie gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich postanowień umownych, które były przedmiotem negocjacji⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ R. Szostak, *Kształtowanie warunków ...*, s. 37-43 oraz B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista ...*, s. 35.

⁴⁹² Pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej za *culpa in contrahendo*, B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista ...*, s. 36.

⁴⁹³ K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*. Tom I. *Komentarz*, Warszawa 2020, art. 72 KC, nb. 3.

⁴⁹⁴ P. Polański w: M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 210-211, P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, 2021, s. 237.

⁴⁹⁵ P. Granecki, *Prawo zamówień...*, 2016 s. 712-713.

⁴⁹⁶ P. Granecki, *Prawo zamówień ...*, 2016 s. 713.

Momentem zakończenia postępowania jest zawarcie umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W związku z tym uzgodnienie przez strony wszystkich warunków umowy nie stanowi gwarancji jej zawarcia. Jak słusznie zauważa E. Łętowska termin „negocjacje” nie jest zarezerwowany wyłącznie dla sytuacji, gdy umowa ma zostać automatycznie zawarta wraz z uzgodnieniem ostatniego spornego punktu⁴⁹⁷. Stąd też, w prawie zamówień publicznych możliwa jest sytuacja, gdy po ustaleniu wszystkich warunków umowy, nie dochodzi do jej zawarcia. Również w tym przypadku powstaje pytanie o możliwość dochodzenia zawarcia umowy, powołując się na wiążący skutek ustaleń poczynionych w toku negocjacji. Jest to jednocześnie pytanie o charakter prawny przedkontraktowego stosunku prawnego stron umowy w okresie pomiędzy wynegocjowaniem wszystkich warunków wykonania zamówienia, a zawarciem umowy oraz uprawnień stron jakie z niego wynikają. Wydaje się, że skoro w doktrynie zgodnie przyjmuje się, że tryb zamówienia z wolnej ręki oparty jest o kodeksowy model negocjacji, to moment ustalenia wszystkich warunków przyszłej umowy uznać należy za przyjęcie zobowiązania do zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Jego wykonania można zatem dochodzić na drodze sądowej. W tym wypadku unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 8 ustawy PZP stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i uprawniała do zastosowania art. 72 § 2 KC. W praktyce jednak problem ten ma marginalne znaczenie, gdyż po wynegocjowaniu wszystkich warunków niezmiernie rzadko strony odstępują od zawarcia umowy, a nawet gdy tak się dzieje, żadna ze stron nie dąży do jej zawarcia.

To, co z perspektywy prawa cywilnego jest wyrazem swobody stron, z perspektywy interesów publicznych jawi się jako zagrożenie. R. Szostak tak ocenia tryb zamówienia z wolnej ręki: *Zagrożenia dla podstawowych zasad zamówień publicznych (uczciwej konkurencji, przejrzystości i bezstronności) są oczywiste, nie wspominając o niebezpieczeństwie nieosiągnięcia dostatecznej efektywności wydatku publicznego. Dlatego ten tryb dopuszczono jedynie w kilkunastu przypadkach skrajnie wyjątkowych (...) Tryb ten ciągle – niestety – należy do najbardziej nadużywanych w praktyce, choć okoliczności towarzyszące nieustającym przeobrażeniom sektora publicznego, w większym stopniu niż zazwyczaj usprawiedliwiają jego zastosowanie (...).* W piśmiennictwie zwraca się jednak uwagę, że nie zawsze zastosowanie trybów konkurencyjnych będzie korzystne

⁴⁹⁷ M. Krajewski w. E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna* Warszawa 2006, s. 714.

z punktu widzenia realizacji celu zamówienia publicznego⁴⁹⁸. Konieczne jest zatem zrównoważenie przeciwstawnych, jak się wydaje celów, czyli zapewnienia najszerszej swobody w doborze kontrahenta i negocjowania z nim kształtu przyszłej umowy, a także zapewnienie najpełniejszej realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wydaje się zatem słuszne dążenie ustawodawcy do włączania negocjacji do trybów przetargowych tam, gdzie jest to możliwe i celowe.

4.2.3. Uwagi końcowe

Sposób (tryb) zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego można uznać za jedną z najważniejszych ustawowych granic swobody umów w prawie zamówień publicznych. W doktrynie procedura udzielenia zamówienia publicznego określana jest jako uporządkowany ciąg czynności, zapadających sukcesywnie według z góry ustalonych warunków, zmierzający do wyboru oferty najkorzystniejszej, uwieńczony zawarciem umowy finalnej. Skuteczne procedury to bez wątpienia narzędzie sprzyjające efektywnemu wydatkowaniu środków oraz równemu i uczciwemu konkurowaniu wykonawców, również na poziomie transgranicznym. Porównując rynek zamówień publicznych z sektorem prywatnym, widać, że istnieje nadal znaczący potencjał, który można wykorzystać. Przeszkodą w transgranicznym konkurowaniu wykonawców były właśnie procedury, które stanowiły niekiedy wyłączną barierę dla oferowania dostaw, usług czy robót budowlanych w innym państwie członkowskim niż państwo rodzime oferenta. Nadal zatem to gąszcz formalizmów podsycany przekonaniem o niezdolności zamawiających do procedowania bez wyraźnych norm określających kierunek ich działania i nadających działaniom doniosłość prawną stanowią podstawę przy określaniu podstaw współczesnego prawa zamówień publicznych.

W ramach samej procedury poszczególne jej etapy i elementy, w różny sposób wpływają na ostateczny zakres swobody kontraktowania. Organizowane przez zamawiającego postępowanie ma charakter wiążący, rozgrywa się bowiem w ramach specjalnego stosunku proceduralnego, pełniącego funkcję programująco-organizatorską i ochronną⁴⁹⁹. Sam dobór sposobu prowadzenia postępowania jest również limitowany,

⁴⁹⁸ K. Semiczak, G. Bedrijczuk, *Tryby negocjacyjne w zamówieniach publicznych i partnerstwie publiczno-prywatnym. Kontrola zamówień publicznych*, w: M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, Warszawa 2017, s. 233.

⁴⁹⁹ R. Szostak, *Przetarg nieograniczony ...*, s. 135; K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy...*, s. 75 i n. oraz Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania ...*, s. 30 i n.

choć na przestrzeni lat widoczna jest pewna ewolucja zmierzająca od formalistycznych trybów przetargowych ku częstszemu wykorzystaniu negocjacji. Samo już wprowadzenie obowiązku stosowania określonych procedur stanowi znaczące ograniczenie zasady swobody umów, wykraczające znacznie poza regulacje KC, gdzie wybór sposobu zawarcia umowy jest wpisany w zasadę swobody umów jako jej istotny element.

Omówienie założeń jakie legły u podstaw nadania kształtu poszczególnym procedurom udzielania zamówień stanowiło tło dla dalszych rozważań na temat natury tych postępowań, a w konsekwencji określenia doniosłości znaczenia ich jako granicy swobody kontraktowania. Granic takich poszukiwano nie tylko w konkretnych wymaganiach charakteryzujących postępowanie i zacieśniających obszar swobody stron, ale również w samym charakterze postępowań przetargowych i przetargowo – negocjacyjnych.

Ustalone przez zamawiającego warunki zamówienia są udostępniane publicznie, stanowiąc zaproszenie do składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W doktrynie wskazuje się na dwojaką funkcję warunków zamówienia, z jednej strony określają one warunki przyszłego zobowiązania (charakter regulacyjny), z drugiej wyznaczają przebieg procedury (charakter organizacyjny). Wykonawca poprzez złożenie oferty akceptuje warunki przetargowe, godząc się na udział w postępowaniu na określonych w nich zasadach. Same przepisy ustawy PZP mają charakter uzupełniający w dwojakim wymiarze: ustawowych granic swobody umów oraz norm pozwalających na uzupełnienie lub dookreślenie niedostatecznie jednoznacznych oświadczeń woli stron postępowania, co nadaje im wymiaru norm quasi-salwatoryjnych.

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.

Różnice pomiędzy negocjacjami a przetargiem oparte są na odmiennej roli proponenta i oferenta w toku zawierania umowy, a także roli warunków zamówienia i oferty. Sformalizowany charakter postępowania przetargowego powoduje, że brak w nim pola do płynnego „ucierania się” stanowisk stron, aż do czasu wynegocjowania

satysfakcjonujących je warunków. Stąd odmienne zasady zawierania umów w trybach niekonkurencyjnych mają być odpowiedzią na potrzebę wzajemnego wpływu stron w toku negocjacji.

5. Ustawowe granice w zakresie kształtowania treści umowy przez zamawiającego

5.1. Uwagi wprowadzające

Jak wykazano powyżej, 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 zawrzeć. Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą wynika z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym. Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie może stanowić sam w sobie o przekroczeniu zasady swobody umów ani o nadużyciu prawa podmiotowego.

Powstaje jednak pytanie o granice uprawnień zamawiającego. W wyroku z dnia 29.05.2013 r., KIO 1166/13 Izba zwróciła uwagę, że zamawiający ma prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwe było zrealizowanie zamówienia, określając istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ KC). Kluczowe zatem jest nakreślenie tej granicy w każdym konkretnym postępowaniu⁵⁰⁰.

⁵⁰⁰ LEX nr 1349988.

5.2. Charakter prawny projektowanych postanowień umownych

Przepisy ustawy PZP nie określają, co należy rozumieć pod pojęciem PPU, chociaż w przeważającej części przypadków zamawiający rozumieją uprawnienie i obowiązek do formułowania PPU jako uprawnienie do określenia wzoru umowy. Projektowane postanowienia umowy przygotowane są przez zamawiającego i publikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W ustawie PZP2004 obowiązek ten dotyczył przygotowania i załączenia do SIWZ istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP2004). Wstęp do wyliczenia w art. 36 ust. 1 ustawy PZP2004 brzmiał: „specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej” dlatego w orzecznictwie wskazywano, że zamawiający musiał zawrzeć w specyfikacji istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo ogólne warunki umowy. Wyjątkowo, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, zamawiający mógł zamieścić w specyfikacji wzór umowy. Koniec punktu 16 o treści cyt. „jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach” odnosi się tylko do stwierdzenia zawartego po łączniku „albo” czyli do zawartego w specyfikacji wzoru umowy. Gdyby część warunkowa przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP2004 (jeżeli zamawiający wymaga...) odnosiła się do całego pkt 16, wtedy treść przepisu pkt 16 znalazłaby się w art. 36 ust. 2 ustawy PZP2004, która zawiera katalog fakultatywnych elementów SIWZ⁵⁰¹. Wobec tego można przyjąć, że intencją ustawodawcy było przyznanie zamawiającemu prawa do określania istotnych postanowień umowy lub ogólnych jej warunków, a w wyjątkowych sytuacjach pełnego wzoru umowy. Praktyka była jednak odmienna; zamawiający zamieszczali w SIWZ wzory umów.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP prowadząc postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający zobowiązany jest podać w SWZ projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do

⁵⁰¹ Tak również KIO w wyroku z 19.09.2012 r., KIO 1897/12, Legalis nr 2706893.

umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązek taki został również przewidziany w postępowaniach, które prowadzone są w innych trybach. W przetargu ograniczonym wymóg ten wynika z art. 142 ust. 1 ustawy PZP. W trybach negocjacyjnych PPU pojawiają się po negocjacjach: w trybie negocjacji z ogłoszeniem - po zakończeniu negocjacji wraz z SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań (art. 167 ust. 3 ustawy PZP); w dialogu konkurencyjnym po przeprowadzeniu dialogu również z SWZ (art. 185 ust. 2 ustawy PZP); w negocjacjach bez ogłoszenia wraz z zaproszeniem do składania ofert (art. 212 ust. 3 ustawy PZP). W trybie podstawowym obowiązek przekazania PPU wraz z SWZ wynika z art. 281 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP (dla wariantu bez negocjacji i z negocjacjami fakultatywnymi). W trybie z obowiązkowymi negocjacjami zamawiający przekazuje je już w ramach opisu potrzeb i wymagań (art. 282 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. art. 281 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP).

Z uwagi na konieczność zachowania zgodności oferty z treścią warunków zamówienia⁵⁰², obejmujących wymagania wynikające z PPU, w doktrynie przyjmuje się, że w tych trybach projekt umowy jest wiążący i determinuje treść składanych ofert⁵⁰³. Często PPU zawierają postanowienia dotyczące *stricte* samego przedmiotu zamówienia (np. szczegółowe obowiązki wykonawcy robót budowlanych, warunki gwarancji) lub sposobu jego wykonania (np. wymagania związane z zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, procedury odbiorowe itp.). Poza tym PPU zawierają szereg postanowień charakterystycznych dla umów w sprawie zamówienia publicznego (np. zasady waloryzacji wynagrodzeń, wymieniony już wyżej obowiązek zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, kary umowne, postanowienia dotyczące zatrudniania podwykonawców w zamówieniu na roboty budowlane).

W teorii, ustawodawca wyraźnie rozróżnia PPU i umowę w sprawie zamówienia publicznego, wskazując, że PPU „zostaną wprowadzone do umowy”, nie zaś, że stanowią jej wzór czy nawet projekt. Wydaje się, że stanowi to próbę odejścia od wcześniejszego podziału na istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy, ogólne warunki umowy oraz wzór umowy. Jednak w sformalizowanych procedurach przetargowej i przetargowo – negocjacyjnych nie przewidziano miejsca na dookreślenie pozostałych postanowień umownych. Innymi słowy

⁵⁰² Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oferta niezgodna z warunkami zamówienia podlega odrzuceniu.

⁵⁰³ R. Szostak, *Umowy...*, s. 41.

nie jest jasne, w jaki sposób i kiedy PPU miałyby zostać uzupełnione o elementy inne niż te wynikające z oferty wykonawcy.

Konieczność wyczerpującego i jednoznacznego opisanie obowiązków wykonawców oraz obowiązków zawarcia w PPU postanowień wymaganych przez ustawę PZP, powoduje, że w praktyce PPU bliżej do wzoru umowy (zbliżonej do formularza) niż do zbioru klauzul umownych, które w przyszłości będą inkorporowane do umowy. Dlatego większość PPU przybiera postać wzoru umowy, co potwierdzają przeprowadzone badania, gdzie w 100% przypadków zamawiający decydowali się na zamieszczenie pełnych wzorów umów. Jest to o tyle zrozumiałe, że postępowanie o udzielanie zamówienia nie pozostawia miejsca na ustalenie niezawartych w PPU warunków umowy. Nie jest jasne na jakim etapie i w jaki sposób strony miałyby je ustalić, zważywszy, że przyjęty w ustawie PZP model procedowania jest bardzo sformalizowany.

Również w trybie najbardziej zbliżonym do negocyjacyjnego sposobu zawarcia umowy w rozumieniu art. 72 KC, czyli w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający przekazuje PPU, wraz z zaproszeniem do negocjacji (art. 219 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 219 ust. 1 w zw. z art. 304 ustawy PZP). Jednak w tym trybie charakter PPU jest odmienny; można przyjąć, że projekt umowy ma znaczenie głównie informacyjne, a jego celem jest usprawnienie przebiegu negocjacji⁵⁰⁴. Również w tym trybie zamawiający najczęściej decydują się na przekazanie wzoru umowy. Wzór ten ulega często zmianom w toku negocjacji, przy czym w niektórych sytuacjach zmiana możliwa jest w granicach istotności. Przykładem może być zamówienie udzielane na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, w którym po nieudanym postępowaniu⁵⁰⁵ prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, zamawiający decydując się na tryb zamówienia z wolnej ręki musi dopilnować, aby pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

W orzecznictwie ww. przepisy wskazywane są jako podstawa prawna dla przyznania zamawiającemu jednocześnie obowiązku i uprawnienia do określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców. Jeszcze na

⁵⁰⁴ R. Szostak, *Umowy...*, s. 41.

⁵⁰⁵ W prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP albo nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

gruncie ustawy PZP2004, która nie nakreślała granic swobody poprzez wskazanie katalogu postanowień niedozwolonych czy niepożądanych, w orzecznictwie KIO można było odszukać kierunki prezentujące dwa sprzeczne wręcz bieguny, co do charakteru tego uprawnienia. Jeden z nich wskazywał, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Nie ma ono jednak charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony⁵⁰⁶.

Za stanowisko pośrednie należy uznać to, w którym Izba wskazywała, że wyrażona w art. 353¹ KC zasada swobody kontraktowania doznaje na gruncie umowy w sprawie zamówienia publicznego ograniczeń powodujących rzeczywiste uprzywilejowanie zamawiającego, wyrażające się m.in. możliwością ułożenia stosunku obligacyjnego ze szczególnym uwzględnieniem własnych potrzeb. Nie jest jednak uzasadnionym powoływanie się na ten przepis w celu doprowadzenia do nadania przyszłym postanowieniom umownym brzmienia względniejszego dla wykonawcy. Nie jest bowiem tak, że postanowienia umowy przez sam fakt, że z różnych względów nie są korzystne w ocenie wykonawców, są sprzeczne z naturą stosunku lub zasadami współżycia społecznego, czy też naruszają równowagę stron. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia⁵⁰⁷. Określenie istotnych postanowień umowy należy do zadań zamawiającego, a zmiana tych postanowień w drodze środków ochrony prawnej może być skuteczna wyłącznie w sytuacji wykazania przez odwołującego, że zamawiający naruszył przepisy prawa. Dla przykładu, w przypadku kar umownych odwołujący musiałby

⁵⁰⁶ Tak np. KIO w wyroku z 13.11.2020, KIO 2729/20, Legalis nr 2505905.

⁵⁰⁷ Tak np. KIO w wyroku z 29.09.2017 r., KIO 1902/17, Legalis nr 1704742.

udowodnić, że zostały one określone na takim poziomie lub za takie działania lub zaniechania, że eliminują lub ograniczają w postępowaniu konkurencję⁵⁰⁸.

Z drugiej jednak strony Izba wskazywała, że zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, ma także prawo obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy. Ocena tej instytucji pod kątem wysokości i przesłanek zastosowania danej kary następuje na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień, zatem Izba nie może ingerować w postanowienia dotyczące wysokości kar⁵⁰⁹. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie ma negocjowania warunków umowy na zasadach określonych w art. 353¹ KC. Warunki zamówienia to jednostronnie określone przez zamawiającego zasady spełnienia świadczenia, do których wykonawcy mogą przystąpić składając oferty. Uprawnienia wykonawców w zakresie wpływu na warunki umowy ograniczają się do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a nie dotyczą sfery, która podlega swobodzie kształtowania przez strony⁵¹⁰. Takie restrykcyjne stanowisko Izba tłumaczyła tym, że do zamawiającego należy określenie warunków umowy ma on zatem prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających własny interes, gdyż np. opóźnienia w dostawach realizacyjnych mogą skutkować dla zamawiającego negatywnymi konsekwencjami. W systemie zamówień publicznych, zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta, działa natomiast w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu - prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy⁵¹¹. Postępowanie przetargowe, w wyniku którego zawierana jest umowa, jest swoistym postępowaniem, w którym swoboda kontraktowa stron nie jest wyłączona przez fakt, że umowy o zamówienie publiczne nie są negocjowane indywidualnie, a ich treść niejako narzucana jest przez zamawiającego. Wykonawca przystępuje w efekcie do jednostronnie zaproponowanych warunków zamówienia, i to przystąpienie jest dobrowolne. W ramach

⁵⁰⁸ Wyrok KIO z 23.03.2017 r., KIO 454/17, Legalis nr 1581449.

⁵⁰⁹ Wyrok KIO z 10.05.2016 r., KIO 654/16, Legalis nr 1482190.

⁵¹⁰ Wyrok KIO z 03.06.2014 r., KIO 1023/14, Legalis nr 1034240.

⁵¹¹ Wyrok KIO z 29.11.2013 r., KIO 2665/13, Legalis nr 787459.

środków ochrony prawnej może on jedynie zakwestionować postanowienia umowne, jeżeli wykaże, że są one sprzeczne z prawem⁵¹².

Jako podsumowanie i jednocześnie stanowisko własne przytoczyć można tezy z jednego z ostatnich orzeczeń KIO, jakie zapadły na gruncie poprzedniego stanu prawnego. Izba podkreśla w nim, że jakkolwiek zrozumiała jest, zwłaszcza w kontekście wydatkowania przez zamawiającego środków publicznych, dbałość o należyte wykonywanie zamówienia publicznego, nie może on jednak koncentrować się wyłącznie na odpowiedzialności wykonawcy zapominając, że rolą zamawiającego jest także współpraca z wykonawcą przy realizacji umowy. Pomimo, że niewątpliwie umowy w sprawie zamówienia publicznego zbliżone są w swojej naturze do umów adhezyjnych, w których ograniczenie zasady równości stron kontraktu jest szczególnie widoczne, to przyzwolenie na nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie może być nieograniczone. Dlatego też Izba za rażąco wręcz niesprawiedliwe uznała obciążanie wykonawcy działającego z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w OPZ, konsekwencjami działania podmiotów trzecich. Zamawiający mając faktyczną przewagę nad wykonawcami, nie może narzucać im warunków umowy, które są dla nich widocznie krzywdzące. Takie działanie narusza bowiem zasady współzycia społecznego, przez co jest sprzeczne z przepisami kodeksu cywilnego (art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 58 KC)⁵¹³. W ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje trojkiego ograniczenia: po pierwsze zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, ustawodawca jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia

⁵¹² Wyrok SO w Warszawie z 10.08.2022 r., XXIII Zs 74/22, Legalis nr 2853483. Jednak Sąd dostrzega, że jedynym ograniczeniem płynącym w zakresie regulacji dyspozytywnych części kodeksu cywilnego jest ten wynikający z normy prawnej z art. 353¹ KC, kiedy to wola stron może doznać ograniczenia z uwagi na właściwość zobowiązania, czy zasady współzycia społecznego.

⁵¹³ Wyrok KIO z 22.01.2021 r., KIO 3439/20, Legalis nr 2537459, Izba oceniała postanowienia umowy, które dopuszczają sytuacje w których zamawiający przekazuje wielokrotnie nowe uwagi do dokumentacji, w różnych terminach i to pomimo, że zakres opracowania nie uległ zmianie. Uznała, że prowadzi to do uznania, że zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej, konstruując zapisy przyszłej umowy w sposób, który narusza zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Zasadnym jest oczekiwanie, aby zamawiający dokonał sprawdzenia przekazanych opracowań w pełnym zakresie i w odniesieniu do przekazanych dokumentów - sprecyzował jakie wady stwierdził w odniesieniu do tej części. Podobnie jak w przypadku wykonawców, którzy mają ustalony harmonogram na wykonanie poszczególnych prac czy etapów, od zamawiającego należałoby oczekiwać, iż przedstawi w określonym terminie uwagi do przekazanych przez wykonawcę opracowań i uczyni to w jednym terminie. Powyższe umożliwi dokonanie odbioru danego etapu, a wykonawca otrzyma należne mu wynagrodzenie.

warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, że zamawiający ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami. Nie oznacza to jednak, że prawo zamawiającego do określenia postanowień umowy nie doznaje pewnych ograniczeń - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości - naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 KC⁵¹⁴.

Za nadużycie podmiotowego prawa do jednostronnego kształtowania PPU, Izba uznała np. możliwość naliczenia kary w wysokości 30.000 złotych za każdy dzień, w którym usługa odbierania odpadów realizowana była bez należytego spełnienia obowiązków w zakresie ważenia pojazdów, bez względu na to, ile pojazdów wykorzystanych przez Wykonawcę nie zostało zważonych. W ocenie Izby takie ukształtowanie kary powoduje, że wykonawca byłby karany w sytuacji, gdyby nawet bez jego winy wskazania wagi były w danym dniu nieprawidłowe w stosunku do jednego tylko pojazdu. W toku postępowania odwoławczego, wykonawca wywodził, że uwzględniając warunki danego zamówienia dziennie będzie zobligowany do wykonania około 135 ważeń pojazdów, a uwzględniając kwestionowane postanowienia wystarczy, że tylko jeden pojazd nie zostanie zważony zgodnie z wymogami, nawet bez jego winy, i zostanie on obciążony karą w wysokości 30.000 zł. Dodatkowo wskazywał, że wartość ładunku na jednym pojeździe waha się między 800 zł a 6 500 zł, a ponadto, że wskazania wagi są elementem raportów i podstawą rozliczenia każdej tony odpadów, w związku z czym brak zważenia i tak będzie powodował brak możliwości rozliczenia ładunku. Izba, na podstawie powyższych okoliczności, doszła do przekonania, że kara ta ma nieadekwatną wysokość w stosunku do wagi przewinienia i możliwością poniesienia przez zamawiającego straty⁵¹⁵.

Obecnie po wprowadzeniu szeregu przepisów ograniczających swobodę zamawiającego w określaniu PPU, Izba przyjmuje, że swoboda zamawiającego w zakresie kształtowania treści PPU ograniczona jest przepisami ustawy PZP, w szczególności art. 433 ustawy PZP, a także przepisami KC dotyczącymi zobowiązań umownych⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Tak np. KIO w wyroku z 25.09.2020 r., KIO 1877/20, Legalis nr 2495487; w wyroku z 26.06.2020 r., KIO 1052/20, Legalis nr 2443565.

⁵¹⁵ Wyrok KIO z 07.09.2021 r., KIO 2194/21, Legalis nr 2624623.

⁵¹⁶ Wyrok KIO z 03.09.2021 r., KIO 2293/21, Legalis nr 2624626.

Ponieważ PPU, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, są z mocy prawa przygotowane przez jednego z kontrahentów, a w praktyce przybierają postać wzoru, analizie poddane zostaną **podobieństwa i różnice pomiędzy stosowaniem projektowanych postanowień umownych i wzorców umownych** w celu ustalenia, czy PPU można określić mianem wzorca umownego w obrocie prawnym. Porównanie to ma również na celu ustalenie, czy sytuacja wykonawcy w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego (w kontekście ochrony jego interesów) jest porównywalna z pozycją adherenta w umowach zawieranych z zastosowaniem wzorców. Problem ten jest szczególnie ważny z praktycznego punktu widzenia, gdyż wpływ wykonawcy na kształt PPU, a w konsekwencji na treść przyszłej umowy, jest bardzo ograniczony, dlatego ustalenie charakteru PPU jest jednym z elementów poszukiwania instrumentów prawnych, w jakie wyposażony jest wykonawca wobec uprzywilejowanej pozycji zamawiającego z zakresie wpływu na treści umowy.

Istotnym punktem rozważań jest kwestia adhezyjnego charakteru umowy, relacji stron i mechanizmów ochrony adherenta. Umowy zawarte z udziałem wzorców umownych to bez wątpienia umowy adhezyjne, czyli umowy zawarte „przez przystąpienie”, których cechą charakterystyczną jest brak rokowań co do treści umowy i formalnie ujęty konsens⁵¹⁷. Na ich wstępie należy podkreślić konieczność wyraźnego rozróżnienia pojęć „wzorzec umowy” i „umowa adhezyjna”. Na potrzeby dalszych analiz wzorzec rozumiany jest jako zjawisko (tekst) stanowiące podłoże do zaistnienia adhezji, co nie oznacza, że zawieranie umów przy zastosowaniu wzorca uznać należy za kolejny tryb zawarcia umowy, odmienny od trybu ofertowego czy rokowań. Umowa adhezyjna rozumiana jest jako sposób (technika) zawarcia umowy⁵¹⁸.

Jeszcze na gruncie ustawy PZP2004 KIO przyjmowała, że specyfika umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazuje na jej adhezyjny charakter i brak równości stron. W wyroku z dnia 20.06.2012 r., KIO 1183/12, Izba jednoznacznie wskazała, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową o charakterze adhezyjnym, a warunki stosunku zobowiązaniowego przewidzianego dla udzielenia zamówienia publicznego nie charakteryzują się równością stron tego stosunku i pełną realizacją zasady

⁵¹⁷ Tak E. Łętowska, *Prawo umów...*, 2002, s. 296, W.J. Katner, w: W.J. Katner, M. Stahl, W. Nykiel, *Umowa sprzedaży w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1996, s. 128 i 129; Z. Radwański, *Teoria...*, s. 91 i n.; Z. Radwański, *Zobowiązania*, 2003, s. 113.

⁵¹⁸ M. Bednarek, P. Mikłaszewicz w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 674.

swobody umów. Te reguły i zasady prawa cywilnego w przypadku umów o zamówienie publiczne podlegają pewnym naturalnym, ustawowo przewidzianym modyfikacjom. Izba nie precyzowała jednak, czy owe naturalne ustawowe odrębności należy traktować jako ustawowe granice swobody umów, czy też jako element granic odnoszących się do właściwości (natury) umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W wyroku SO we Wrocławiu z dnia 14.04.2008 r., X Ga 67/08 podkreślano, że zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Błędem – w ocenie sądu - jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. *Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny. Podobnie SO w Sieradzu, wyroku z 28.08.2013 r., I Ca 286/13, wskazywał, że: *Umowa w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji w której zamawiający ustalił treść wzoru umowy, jest sui generis umową adhezyjną, zawieraną przez przystąpienie, bez możliwości negocjacji jej treści po złożeniu oferty.**

Również na gruncie obecnie obowiązujących przepisów KIO w wyroku z dnia 31.05.2022 r. KIO 1287/22 zwracała uwagę, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uznawane za *sui generis* umowy adhezyjne⁵¹⁹. Koncepcja ta wpłynęła prawdopodobnie na dalsze kroki podejmowane przez ustawodawcę w celu ograniczenia swobody zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych w celu ochrony interesów adherenta.

⁵¹⁹ Powołując się na wyrok SO w Warszawie z 16.07.2016 r., XXIII Ga 924/14, Legalis nr 2131766, wyrok SN z 18.02.2016 r., II CSK 197/15, Legalis nr 1461029 oraz wyrok SO we Wrocławiu z 14.04.2008 r., X Ga 67/08, LEX nr 1713249.

W Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych zwrócono uwagę na pewne zagrożenia związane z przyznaniem zamawiającemu swobody w zakresie kształtowania postanowień przyszłej umowy i przedstawiono propozycje zmian, mających na celu zniwelowanie negatywnych skutków takiego rozwiązania⁵²⁰. Prezentowane propozycje regulacji chroniących wykonawcę przypominają regulacje chroniące konsumenta. Wprowadzenie katalogu niedozwolonych postanowień umownych, przyznanie wykonawcy możliwości odwołania od PPU opublikowanych przez zamawiającego można porównać do mechanizmów chroniących adherenta przed skutkami kształtowania umów przez silniejszą zazwyczaj stronę stosunku zobowiązaniowego. Jednak ich charakter jest dyskusyjny.

Szczegółowa analiza porównawcza sposobu zawierania umów z udziałem PPU z umowami zawieranymi przy udziale wzorców umownych oraz skutków prawnych przyjętych rozwiązań pozwoli na ocenę skuteczności dotychczasowego dorobku prawnego i sformułowanie postulatów *de lege ferenda* w tym zakresie. Ich podstawą są nie tylko jurydyczne i doktrynalne rozważania na temat relacji stron umów w sprawie zamówienia, ale również obserwacja praktyki obrotu, z której wynika faktyczna nierówność stron.

Ponieważ opublikowanie warunków zamówienia, w tym PPU, jest niczym innym jak skierowaniem zawiadomieniem woli⁵²¹ zawarcia umowy do nieograniczonego kręgu odbiorców *ad incertis personas* (np. w przypadku przetargu nieograniczonego lub ograniczonego), ograniczonego kręgu odbiorców (np. w trybie negocjacji bez ogłoszenia), momentem ujawnienia woli zawarcia umowy będzie sam moment uzewnętrznienia dokumentów zamówienia, czyli ich publikacja w sposób określony w przepisach ustawy PZP. To pierwszy z trzech etapów postępowania przetargowego⁵²². O ile przepisy KC nie wprowadzają żadnych ograniczeń co do sposobu zakomunikowania zamiaru zawarcia umowy w drodze przetargu, o tyle ustawa PZP przewiduje szereg regulacji określających restrykcyjne wymogi w zakresie miejsca i sposobu opublikowania ogłoszenia i warunków zamówienia. Ich pominięcie może doprowadzić do unieważnienia umowy zawartej w wyniku postępowania⁵²³.

⁵²⁰ Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, s. 54 (dostęp: 20.03.2022 r.).

⁵²¹ B. Gawlik, *Procedura zawierania...*, s. 14.

⁵²² Obok etapu składania oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty.

⁵²³ Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Zanim jednak przejdę do analizy podobieństwa PPU i regulacji odnoszących się do wzorców konieczne będzie ustalenie skutku ogłoszenia lub szerzej opublikowania warunków zamówienia. Ich waga w dużej mierze wpływać będzie na dalsze rozważania, gdyż w zależności od przyjętej koncepcji związania opublikowanymi dokumentami zamówienia, odmiennie może kształtować się skutek w postaci możliwości zastosowania kodeksowych regulacji związanych z kontrolą tego stosunku.

Przed zmianami KC z 14.02.2003 r. w doktrynie dominował pogląd, że ogłoszenie przetargu stanowi nie tylko zaproszenie do składania ofert przetargowych, ale także skierowaną do potencjalnych uczestników przetargu ofertę zawarcia umowy regulującej tryb postępowania przetargowego (tzw. umowy przetargowej, porozumienia przetargowego)⁵²⁴, a złożenie oferty stanowiło akceptację proponowanego przez organizatora trybu zawarcia umowy. Zwolennicy tej koncepcji wskazują, że nie straciła ona na znaczeniu na tle nowej regulacji prawnej. Można bowiem przyjąć, że organizator, zapraszając do składania ofert, dążąc do zawarcia określonej umowy finalnej, równocześnie składa wiążącą go ofertę co do sposobu postępowania dla osiągnięcia tego celu, a oferta ta wiąże go według zasad ogólnych potwierdzonych w art. 70¹ § 4 KC. Związanie to jest ograniczone wskazanym w ogłoszeniu terminem do składania ofert przez zaproszonych⁵²⁵. Spotkała się ona jednak również z krytyką, w której wskazano, że po nowelizacji można już mówić wyłącznie o obowiązkach, które ustawa łączy z dokonaniem przez proponenta i oferenta jednostronnych czynności prawnych⁵²⁶.

Inaczej jednak do problematyki tej odnosi się *P. Machnikowski*, który obowiązek postępowania zgodnie z warunkami przetargu traktuje jako zobowiązanie w rozumieniu art. 353 KC, którego naruszenie skutkuje odpowiedzialnością na zasadach ogólnych, tj. art. 471 KC⁵²⁷. Oferty składane w odpowiedzi na ogłoszenie stanowią równocześnie akceptację

⁵²⁴ Koncepcję tę opracowano wcześniej w nauce, por. G. Ćmikiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, PPHZ 1983, Nr 6; M. Jasiakiewicz, *Zawarcie umowy w obrocie handlowym*, Toruń 1995, s. 134; J. Rajski, *Prawo o kontraktach...* 1994, s. 94; J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2002, s. 107; Z. Radwański, w: *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 362. Przejęła ją także judykatura SN, por. uchw. SN z 02.08.1994 r., III CZP 96/94, OSN 1995, Nr 1, poz. 11; uchw. SN z 24.05.1996 r., III CZP 36/96, OSP 1996, Nr 11, poz. 208;

⁵²⁵ Por. J. Rajski, *Aukcja i przetarg...*, s. 8; tenże, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu...*; Z Radwański, *Prawo cywilne*, Warszawa 2003, s. 303; R. Szostak, *Aukcja w ujęciu...*, s. 115; tenże, *Zagadnienia konstrukcji przetargu...*, s. 85 i n.

⁵²⁶ A. Łusznak-Zajac, P. Machnikowski, *Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym*, PPH 2003, Nr 9, s. 11; Chociaż w późniejszych publikacjach P. Machnikowski, kwalifikuje stosunek między organizatorem przetargu a jego uczestnikami jako zobowiązanie w rozumieniu art. 353 KC.

⁵²⁷ P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 70¹ KC.

oferty organizatora w odniesieniu do trybu postępowania podjętego dla zawarcia umowy finalnej. Dochodzi wówczas do zawarcia między organizatorem a uczestnikiem postępowań przetargowych umowy obligacyjnej wyznaczającej wiążący obie strony dalszy tryb postępowania w celu zawarcia umowy ostatecznej.

Według trzeciego poglądu przez ogłoszenie przetargu oraz złożenie oferty w jego toku dochodzi do nawiązania stosunku cywilnoprawnego (zobowiązania) pomiędzy organizatorem postępowania a jego uczestnikami (bez wyraźnej kwalifikacji prawnej oświadczeń organizatora oraz uczestników, tj. bez opowiedzenia się za którymś z prezentowanych wyżej stanowisk doktryny). Także w ramach tego poglądu naruszenie obowiązków przez organizatora lub uczestników postępowania może stanowić podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej w oparciu o regulację art. 471 KC⁵²⁸.

W kontekście omawianego wyżej zagadnienia wzorców umownych przyjęcie „umownej” koncepcji skutków ogłoszenia, doprowadziło w konsekwencji do stanowiska, zgodnie z którym jeżeli oferentem jest konsument w rozumieniu art. 221 KC, postanowienia ogłoszenia, w tym określające warunki przetargu, mogą być traktowane jako wzorzec umowny i powinny zostać inkorporowane zgodnie z regulacją art. 384 KC oraz podlegać kontroli na zasadach właściwych dla postanowień niedozwolonych określonych w art. 385¹ KC i n.⁵²⁹ Już wstępna tylko prezentacja tego wniosku, wydaje się prowadzić na manowce. Dlatego słuszne wydaje się poszukiwanie innych rozwiązań.

Odmienne wnioski prezentuje *M. Pecyna*, krytycznie odnosząc się do poglądów, które próbują wykreować szczególną więź prawną na etapie przedkontraktowym w toku postępowania przetargowego. Jej zdaniem organizator nie składa oświadczenia woli ani tym bardziej oferty zawarcia umowy przetargowej stanowiącej zobowiązanie w rozumieniu art. 353 KC. Treścią ogłoszenia jest informacja o konkursie ofert i jego warunkach. Treścią ogłoszenia nie jest zatem oferta zawarcia określonej umowy, z której wynika zobowiązanie do świadczenia podlegające wykonaniu zgodnie z art. 354 KC i skutkom naruszenia właściwym dla naruszenia zobowiązania, w szczególności odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach określonych w art. 471 KC⁵³⁰.

⁵²⁸ Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 363; P. Mikłaszewicz, w: Osajda (red.), *Komentarz*, 2020, wyd. 25, art. 70¹ KC.

⁵²⁹ K. Oplustil, w: M. Stec (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5 *Prawo umów handlowych*, Legalis 2020, s. 155, i literaturę podaną w przyp. 3, s. 158.

⁵³⁰ M. Pecyna w: M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych*. Tom 5a *System Prawa Prywatnego*, Warszawa 2020, s. 159.

Pogląd ten stanowi nawiązanie do wniosków płynących z bardziej szczegółowych rozważań na temat charakteru prawnego poszczególnych etapów postępowania przetargowego prezentowanych przez *M. Boratyńską*. Zaproszenie do składania oferty, w ocenie autorki stanowi informację o intencjach dotyczących ewentualnego, przyszłego nawiązania stosunku umownego („zaproszenie intencyjne”)⁵³¹. Nie stanowi ono oświadczenia woli zawarcia umowy. *B. Gawlik*, nazywa zaproszenie „zawiadomieniem woli”, co w doskonały sposób uwypukla zasadniczą różnicę między oświadczeniem woli, a ogłoszeniem przetargu⁵³².

Należy zgodzić się ze spostrzeżeniem, że dążenie do określenia rodzaju stosunku zobowiązaniowego na etapie przetargowym, jest związane właśnie z dążeniem do usankcjonowania obowiązku określonego w art. 70¹ § 4 KC polegającego na postępowaniu przez organizatora oraz uczestników postępowania przetargowego zgodnie z treścią ogłoszenia. Świadczy o tym uwaga *Z. Radwańskiego*, że konstrukcja odrębnych czynności prawnych czy też więzi opartej na zaufaniu nie uwzględnia tego, że złożenie oferty przez uczestnika wspomnianych postępowań nie dokonuje się „w próżni”, lecz jest immanentnie sprzężona z poprzedzającym ją ogłoszeniem organizatorów⁵³³.

Z drugiej jednak strony, dążenie do przypisania zobowiązaniowego charakteru więzi przetargowej jest oderwane od jej charakteru. Opublikowanie ogłoszenia nie kreuje po stronie proponenta obowiązku świadczenia czegokolwiek na rzecz drugiej strony czy wielu stron, ale obowiązku określonego postępowania (zgodnie z treścią ogłoszenia) w warstwie proceduralnej. Stąd też niezależnie od podobieństw prezentowanych wraz z ogłoszeniem warunków przyszłej umowy do wzorców umownych, wykonania tego obowiązku nie można dochodzić na zasadach właściwych dla dochodzenia roszczenia⁵³⁴. Dlatego *M. Pecyna* odrzuca stanowisko o możliwości kontroli ogłoszenia o przetargu lub jego warunków proceduralnych w oparciu o zasady inkorporacji wzorców umownych do stosunku umownego (art. 384 KC) oraz konsumencką kontrolę treści postanowień nienegocjowanych indywidualnie (art. 385¹ KC i n.). Nie jest to bowiem wzorzec umowy kształtujący materialnoprawne prawa i obowiązki stron. Funkcja art. 70¹ § 4 KC sprowadza

⁵³¹ *M. Boratyńska, Przetarg...*, s. 64 i n. oraz 118.

⁵³² *B. Gawlik, Procedura zawierania...*, s. 14.

⁵³³ *Z. Radwański (red.), System Prawa Prywatnego Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 363.

⁵³⁴ *M. Boratyńska, Przetarg...*, s. 64 i n. oraz 118, *M. Pecyna w: M. Stec (red.), Prawo umów handlowych. Tom 5a, System Prawa Prywatnego*, Warszawa 2020, s. 159.

się bowiem do związania organizatora oraz uczestników postępowania przetargowego zasadami konkursu ofert i wyboru jednej z nich⁵³⁵.

Źródła relacji pomiędzy organizatorem a uczestnikami postępowania przetargowego upatruje w stosunku zaufania na etapie przedkontraktowym do ustalonego sposobu proceduralnego zawarcia umowy. Taki stosunek chroniony jest odpowiedzialnością instytucjonalnie związaną z zasadą odpowiedzialności za *culpa in contrahendo*, a nie stanowi źródła zobowiązania do świadczenia w rozumieniu art. 353 KC. Poszukując natomiast sankcji, rozważa możliwość zastosowania art. 471 KC, zakładając, że uczestników można uznać za swoistych dłużników ze stosunku zaufania powstałego z chwilą ogłoszenia przetargu. Zakresem ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej organizatora będzie objęta szkoda wynikająca przykładowo z kosztów, które uczestnik musiał ponieść i poniósł w związku z udziałem w przetargu. Z zakresu odpowiedzialności wyłącza tzw. ujemny interes umowny wynikający z faktu, że strona liczyła na zawarcie umowy, chyba że oferent wykaże, że w istocie jego oferta była najkorzystniejsza według kryteriów ustalonych przez organizatora postępowania.

Z tego powodu na gruncie KC naruszenie reguł postępowania przetargowego nie doprowadzi do możliwości skutecznego żądania zawarcia umowy stanowiącej przedmiot przetargu ani do zobowiązania organizatora postępowania przetargowego do jego ponownego przeprowadzenia, bo brak ku temu podstawy prawnej⁵³⁶. Przyjąć należy, że również na gruncie ustawy PZP, pomimo widocznie silniejszej więzi przedkontraktowej, nie sposób przesądzić o możliwości dochodzenia zawarcia umowy przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Autorka odmiennie traktuje jednak charakter tej części ogłoszenia, która określa treść umowy, która ewentualnie ma zostać w przyszłości zawarta w wyniku wyboru oferty w ramach ogłoszonego postępowania. W tej części ogłoszenie ma charakter zaproszenia do składania ofert bez konieczności zastosowania reguły interpretacyjnej z art. 71 KC, która rozstrzyga wątpliwości pomiędzy ofertą a zaproszeniem do zawarcia umowy lub wzorzec umowny w rozumieniu art. 384 KC albo zbiór niezgodnionych indywidualnie postanowień umownych. W tym zakresie nie wykluczona zastosowania kontroli treści wzorców umownych lub postanowień nienegocjowanych indywidualnie, mimo że

⁵³⁵ M. Pecyna w: M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych*. Tom 5a, *System Prawa Prywatnego*, Warszawa 2020, s. 159.

⁵³⁶ *Ibidem*, s. 160.

postanowienia te znajdują się w treści oferty uczestnika postępowania, którym może być również konsument. Oferta może bowiem również w części być złożona z postanowień narzuconych przez organizatora postępowania przetargowego i być składana na formularzu stanowiącym zbiór wzorców umownych. W tym zakresie zastosowanie znajdują zatem zasady kontroli treści postanowień nienegocjowanych indywidualnie przewidziane w stosunkach między przedsiębiorcami albo konsumentami na podstawie regulacji KC (art. 385¹ i n.).⁵³⁷

Na gruncie prawa zamówień publicznych, zamawiający może odwołać zaproszenie do składania oferty, tylko w wyjątkowych przypadkach i jest nim związany do czasu zakończenia postępowania (z zastrzeżeniem możliwości dokonania modyfikacji, w granicach ustawy PZP). W odróżnieniu od regulacji kodeksowych, które w sposób ogólny określają wymogi względem ogłoszenia o przetargu, ustawa PZP wprowadza szczegółowy katalog obowiązkowych elementów ogłoszenia i SWZ. Spełnienie tych wymagań powoduje, że zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert, pozostawiając niewielką swobodę w zakresie dookreślenia warunków przyszłej umowy (określenie ceny i ewentualnie parametrów ocenianych w kryteriach oceny ofert).

Inną bardzo istotną różnicą, jest ograniczenie możliwości odstąpienia od zawarcia umowy, jeśli najkorzystniejsza oferta spełnia wymagania zamawiającego, a cena mieści się w zaplanowanym budżecie (ogłoszonym przed otwarciem ofert). W takiej sytuacji zamawiający nie może unieważnić postępowania, co oznacza, że musi dążyć do zawarcia umowy. Tak ukształtowana procedura skłania do bardziej szczegółowych rozważań na temat skutków, a co za tym idzie również charakteru więzi przedkontraktowej na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Jak wskazano wyżej, w literaturze przedmiotu przeważają poglądy o zobowiązaniowym charakterze więzi przedkontraktowej, chociaż nie bez wątpliwości. Również zwolennicy koncepcji więzi opartej na zasadzie zaufania podnoszą, że jest ona wzmocniona możliwością kontroli procesu zawierania umowy oraz samej treści projektowanych jej postanowień na zasadzie odpowiadającej kontroli wzorców. Czy również ta teoria znajdzie zastosowanie na gruncie prawa zamówień publicznych, czy też

⁵³⁷ M. Pecyna w: M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych*. Tom 5a. *System Prawa Prywatnego*, Warszawa 2020, s. 161.

należy ją odrzucić i ostatecznie opowiedzieć się za odrębnością regulacji prawa zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności analizie poddany zostanie **charakter wzorców umownych**, w celu ustalenia czy PPU mogą w ogóle być za takie uznane. Przyjęcie, że PPU należy traktować jako wzorce umowne, wiązałoby się z całym szeregiem konsekwencji prawnych, obejmujących włączenie wykonawców do kręgu podmiotów objętych ochroną oraz przyznaniem im szeregu uprawnień nieznanych dotąd prawu zamówień publicznych albo sformułowaniem postulatu wyposażenie ich w te uprawnienia.

Zgodnie z art. 384 § 1 KC ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy. Na tle cytowanego przepisu można wyróżnić jeden zasadniczy element określający wzorzec umowy tj. ustalenie przez jedną ze stron umowy⁵³⁸.

W języku prawnym funkcjonuje termin wzorca umownego (np. art. 384 § 1 lub 4 KC), jednak ustawodawca nie zdecydował się na sformułowanie legalnej definicji tego pojęcia. W związku z tym jej sformułowanie, a przynajmniej zidentyfikowaniem desygnatów pojęcia „wzorzec umowny” zajęła się doktryna. Wypracowane przez nią definicje obejmują więcej elementów, które w ocenie ich autorów są niezbędne dla uznania klauzuli lub klauzul umownych za wzorzec umowy⁵³⁹.

Jak wskazują *M. Bednarek* i *P. Mikłaszewicz*, przez wzorce umów należy rozumieć wszelkie gotowe klauzule umowne (zbiory klauzul), które zostały przygotowane z góry na użytek przyszłych umów. Są one opracowywane jednostronnie przez podmioty (lub na ich zlecenie), które zamierzają zawrzeć wiele umów na identycznych warunkach kontraktowych. Wzorce przygotowuje się zatem przed zawarciem umowy i służą do masowego zawierania umów o powtarzalnej, zestandaryzowanej treści⁵⁴⁰. Podmiot, który

⁵³⁸ W niniejszej rozprawie pominięto elementy analizy odnoszącej się do znaczenia wymienionych art. 384 § 1 k.c. postaci wzorca tj. ogólnych warunków umów, wzoru umowy, regulaminów. Warto jednak zwrócić uwagę, że w doktrynie pojawiają się różne poglądy w zakresie znaczenia tych pojęć. Zdaniem *M. Bednarek*, *Wzorce umów w prawie polskim*, Warszawa 2005, s. 3, przepis art. 384 § 1 k.c. wskazuje na nazewnictwo, pod którym występują wzorce umów. W ocenie *F. Zoll*, *Potrzeba i kierunek nowelizacji kodeksowego ujęcia problematyki wzorców umownych*, „Biuletyn Rady Legislacyjnej” 1997, nr 1, s. 67 wyliczenie zawarte w przepisie art. 384 § 1 k.c. jest błędem legislacyjnym.

⁵³⁹ Rozważania doktryny na temat charakteru wzorców odbywają się na gruncie wielu prawodawstw, np. *E. H. Hondius*, *Unfair Contract Terms: New Control Systems*, *The American Journal of Comparative Law* 1978, 26(4), s. 525–549.

⁵⁴⁰ *P. Machnikowski* w: *K. Osajda* (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 661 oraz TK w wyr. z 08.12.2003 r., K 3/02, OTK-A 2003, Nr 9, poz. 99. Definicję

opracował wzorzec umowy (lub zlecił jego opracowanie), nazywany jest przez autorów proponentem lub proferentem. Jego kontrahenta zaś określono mianem adherenta lub adresata wzorca.

Autorzy w samej definicji w zasadzie przesądzają, że cechą charakterystyczną wzorca jest jego przygotowanie na użytek przyszłych umów, wskazując że warunkiem dla uznania klauzuli za wzorzec jest konieczność sporządzenia z zamiarem wielokrotnego zastosowania wzorca, dla zawierania umów o powtarzalnej, zestandaryzowanej treści. Jako drugą cechę charakterystyczną zawarcia umowy z użyciem wzorca wskazano pasywną rolę adherenta. Umowa albo zostaje zawarta na warunkach postawionych przez przedsiębiorcę, czyli na warunkach określonych we wzorcu, albo w ogóle nie dochodzi do jej zawarcia. W tym przypadku nie ma miejsca na negocjowanie treści umowy i jej poszczególnych postanowień. Umowy z użyciem wzorca zawiera się bowiem przez przystąpienie, czyli w tzw. trybie adhezyjnym⁵⁴¹.

Zawieranie umów przy pomocy wzorca umownego wykorzystuje faktyczną nierówność stron, z której jedna (proponent) jest autorem całej treści umowy, a druga (przystępujący, adherent) – by uzyskać świadczenie od pierwszej – w zasadzie jest zmuszona do wyrażenia zgody na przygotowany wcześniej bez jej udziału zestaw warunków⁵⁴². Choć powszechnie przyjmuje się, że wzorce umowne funkcjonują dzięki zasadzie swobody umów, to zarazem uznawane są za jej faktyczne ograniczenie⁵⁴³. Odnotowania warta jest teza wyrażona przez *A. Pyrzyńską*⁵⁴⁴, że powoływanie się na zasadę swobody umów dla uzasadnienia wiązania standardowymi klauzulami umownymi zniekształca jej istotę, prowadząc do postrzegania zasady wyłącznie w sposób formalny.

tę można uznać za powszechnie akceptowaną, zob. np. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 292–293, czy też M. Rejda, *Definicja terminu „wzorzec umowy konsumenckiej”*, RPEiS 2005, Nr 3, s. 125 i 127.

⁵⁴¹ P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 662.

⁵⁴² W. Bańczyk, *Sposoby ochrony „słabszej strony” umowy zawieranej za pomocą wzorca w polskim prawie zobowiązań XX i XXI wiek*, PPUW, Rok XV, nr 1/2016, s. 165-166.

⁵⁴³ M. Bednarek, w: E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 673; E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 293; o tym, że regulacja prawna wyznacza jej granice – W. Popiołek w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449¹⁰*, Warszawa 2015, s. 1229; o tym, że bez ograniczenia stosowania wzorców umownych zasada ta traci cały wymiar etyczny, który początkowo ją legitymizował – F. Zoll, *Natura prawna wzorców umownych*, PiP 1998, nr 5, s. 50; por. M. Pecyna, *Kontrola wzorców...*, s. 36; M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre problemy prawne związane z korzystaniem z nienormatywnych wzorców umownych*, Rej. 1995, nr 9, s. 119.

⁵⁴⁴ M. Gutkowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449¹⁰*, Legalis 2022, do art. 384 nb. 11.

Swoboda umów adherenta ogranicza się bowiem do wyboru między zawarciem a niezawarciem umowy⁵⁴⁵, bo zawarcie umowy o treści innej niż wzorcowa jest zazwyczaj faktycznie niemożliwe. Ale również w tym zakresie swoboda ta może być zupełnie pozorna – zwłaszcza, gdy jej przedmiotem ma być dostarczenie dobra niezbędnego do przeżycia (np. energii elektrycznej) w warunkach faktycznie utrudnionej konkurencji⁵⁴⁶, a także w sytuacji, gdy wszyscy proponenci na danym rynku korzystają z wzorca przy zawieraniu umów. Dlatego niektórzy autorzy wiążą legitymację do tworzenia wzorców umownych i skutecznego wobec drugiej strony uprawnienia do kształtowania treści stosunków prawnych wprost z konstytucyjną zasadą wolności gospodarczej⁵⁴⁷.

Na pierwszy rzut oka dostrzegalne są tu pewne analogie z rynkiem zamówień publicznych, gdzie często negocjacje w zakresie PPU są pozorne, a zakres swobody kontraktowej pozostawiony wykonawcy sprowadza się do złożenia lub niezłożenia oferty. Jak wskazano wyżej, czasami sama KIO wskazuje, że rolą wykonawcy jest analiza i wycena ryzyk narzuconych w PPU, a nie ich kwestionowanie czy niwelowanie.

W dyskusji na temat podstaw prawnych związania adherenta wzorcem i w konsekwencji określenia charakteru prawnego wzorca, w doktrynie prezentowane są dwa zasadnicze nurty: „normatywny” i „konsensualistyczny” oraz kilka tzw. koncepcji pośrednich. Koncepcja normatywna opiera się na założeniu, że wzorce umowne stanowią dodatkowe – w stosunku do zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 56 KC) – pozanormatywne czynniki kształtujące treść umownych stosunków obligacyjnych, i jako takie mogłyby zostać zaliczone do źródeł prawa, pojmowanych jako zespół różnorodnych faktów prawotwórczych⁵⁴⁸. Konsekwencją tego podejścia jest

⁵⁴⁵ A. Pyrzyńska w: M. Gutkowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449*¹⁰, Warszawa 2016, s. 1384; F. Zoll, *Natura...*, s. 54.

⁵⁴⁶ W. Bańczyk, *Sposoby ochrony...*, s. 166.

⁵⁴⁷ Przedstawił ją F. Zoll, *Kontrola ogólnych warunków umów i innych klauzul jednostronnie narzucanych w ujęciu porównawczym, rozprawa doktorska, pod kierunkiem B. Gawlika (niepublikowana)*, Biblioteka WPIA UJ, Kraków 1996, s. 26–27 oraz 46 i n.

⁵⁴⁸ M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I*, Warszawa 2012, s. 210, uznaje tę koncepcję za wątpliwą w tej jej części, która sytuuje wzorce umowne obok innych, wymienionych wyraźnie w art. 56 KC, elementów kształtowania treści czynności prawnych. Koncepcja normatywna jest przez wielu autorów poddawana w wątpliwość lub odrzucana, z uwagi na poważne wątpliwości co do jej zgodności z Konstytucją, a większość przedstawicieli doktryny opowiada się za nienormatywnym charakterze prawnym wzorców umów. (tak m.in. E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 72; W. Popiołek w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, 2018, art. 384, Nb 21; Z. Radwański, *Zobowiązania...*, s. 143; E. Wieczorek, w: Z. Brodecki (red.), *Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach*, Kraków 2003, s. 100; tak również w wyr. TK z 08.12.2003 r., K 3/02, OTK-A 2003, Nr 9, poz. 99 oraz w wyr. SN z 31.05.2001 r., V CKN 247/00, Legalis nr 292000; wyr. SN z 15.05.2001 r., I CKN 974/00, Legalis nr 277261; wyr. SN z 05.02.2002 r., II CKN 800/99, Legalis nr 53776; wyr. SN z 30.11.2000 r., I CKN 970/98, OSN 2001, Nr 6, poz. 93. Wyjątkowo jednak zdarza się, że

przyjęcie, że wzorce umowne wiążą adherenta *vigore proprio*. Z uwagi na zamknięty katalog źródeł prawa przyjęty w art. 87 Konstytucji RP, koncepcja ta jest przez wielu autorów odrzucana⁵⁴⁹. Znajdująca się na drugim biegunie koncepcja konsensualistyczna oparta jest na założeniu, że źródłem związania adherenta postanowieniami wzorca jest umowa (związanie *in consensu*). Również ona poddawana jest krytyce z uwagi na to, że samo pojęcie konsensu jako źródła związania wzorcem rozumiane jest formalnie, w sposób pozbawiający go tradycyjnego znaczenia jako przejawu świadomej woli⁵⁵⁰.

Wśród nurtów pośrednich można wskazać teorię nawiązującą do nurtów „normatywistycznych”, która przypisuje wzorcom umownym rolę podobną do roli ustawodawstw prywatnych, wiążących adherenta *vigore proprio*, jednak podlegających wykładni opartej na art. 65 KC⁵⁵¹. Druga z nich, zbliżona do idei „kontraktowych”, oparta jest na założeniu, że źródło prawotwórcze wzorca osadzone jest w art. 384 § 1 KC, który jest podstawą tworzenia i wiążącej mocy wzorca. Z uwagi jednak na pewne ograniczenia wynikające z art. 385 § 1 KC, w szczególności pierwszeństwo umowy przed wzorcem, tak rozumiana legitymacja do tworzenia wzorca jest słabsza niż zgodna wola stron. Zgoda adherenta na zastosowanie wzorca jest wyrazem transformacji klauzul do indywidualnego stosunku prawnego (ale nie umowy)⁵⁵². Kolejna koncepcja nazywana koncepcją konsensu normatywnego zakłada, że przypisanie określonego znaczenia zachowaniu się adherenta, któremu proponent doręczył wzorzec umowy oparte jest na przepisie prawa⁵⁵³. Inną odmianą koncepcji konsensualistycznej jest koncepcja konsensu pośredniego, zgodnie z którą adherent obejmuje swoją wolą także wzorzec umowny, z tym, że mechanizm wyrażenia woli zawiera zgodę adherenta na konsekwencje wynikające z wzorca umownego, który stanowi składnik oświadczenia proferenta⁵⁵⁴.

Sąd Najwyższy, opowiadając się za nienormatywnym charakterem prawnym wzorców, nakazuje zarazem wyklądać wzorce tak jak przepisy prawne, gdyż stanowią one prawo umowne, z tym że (co jest niekonsekwentne) w razie niejasności, a zwłaszcza wątpliwości co do sformułowania i rozumienia treści poszczególnych postanowień wzorca, należy je jednak interpretować na korzyść adherenta, tak w wyr. SN z 08.08.2001 r., I CKN 18/99, OSN 2002, Nr 5, poz. 64.).

⁵⁴⁹ Tak np. Radwański, *Zobowiązania...*, s. 143; E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw...*, s. 72.

⁵⁵⁰ M. Bednarek, P. Mikłaszewicz w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 723-724.

⁵⁵¹ F. Zoll, *Kontrola...*, s. 197.

⁵⁵² F. Zoll, *Natura prawna...*, s. 55-57.

⁵⁵³ C. Żuławska, w: *Komentarz do KC, Księga III, Tom I*, Warszawa 1996, s. 110 i 111, w odniesieniu do wzorców kwalifikowanych. Autorka popiera tę koncepcję również obecnie po wyeliminowaniu z porządku prawnego tej kategorii wzorców umownych, zob. C. Żuławska, w: *Komentarz do KC, Księga III, Tom I*, Warszawa 2011, art. 384, Nb 7. Zwolenniczką tej koncepcji jest także M. Kubik, *Modyfikujące przyjęcie oferty. Wybrane zagadnienia*, KPP 2006, Nr 3, s. 626, przyp. 76, a także E. Wójtowicz, *Zawieranie umów między przedsiębiorcami*, Warszawa 2010, s. 249-250.

⁵⁵⁴ Jej reprezentantem jest M. Safjan, *Umowy związane ...*, s. 8.

Dominujące w polskim piśmiennictwie stanowisko określane mianem teorii automatycznego kształtowania treści stosunku prawnego przez wzorzec, traktuje wzorce jako dokumenty istniejące niezależnie od konkretnej umowy i zawierające normy abstrakcyjne, które z woli ustawodawcy kształtują obrót po spełnieniu przesłanek przewidzianych przez prawo⁵⁵⁵. Zwolennicy tej teorii podkreślają, że o samodzielnym charakterze wzorca świadczy wprowadzenie abstrakcyjnej kontroli jego treści.

Koncepcje te (pomijając warianty skrajne) mają wiele cech wspólnych, do których można zaliczyć poszukiwanie źródła związania wzorcem adherenta nie w konsensie rozumianym *sensu stricto*, lecz w normie prawnej (art. 384 § 1 KC) oraz przyjęcie, że wzorzec staje się skuteczny wobec adherenta w sposób automatyczny.

Niebagatelne znaczenie ma w tym wypadku także zastrzeżenie dla umów w sprawie zamówień formy pisemnej pod rygorem nieważności. Dlatego rozważania na temat ewentualnego związania projektowanymi postanowieniami umownymi po zawarciu umowy wiąże się z koniecznością rozstrzygnięcia kwestii wymaganej formy wzorca.

Przepisy KC nie zajmują się kwestią **formy prawnej wzorca umownego** w rozumieniu formy czynności prawnej. Na podstawie treści samego przepisu można dojść do wniosku, że w ocenie ustawodawcy forma wzorca jest indyferentna. Skoro bowiem w art. 384 § 4 KC znajduje się stwierdzenie: „jeżeli jedna ze stron posługuje się wzorcem umowy w postaci elektronicznej” przyjąć można, że przepis ten nie łączy kwestii formy wzorca z formą czynności prawnej, która może być dokonana z użyciem wzorca⁵⁵⁶. Należy jednak zgodzić się z *M. Bednarek*, która podkreśla, że przyjęcie bezwarunkowo tej tezy prowadzi do pominięcia przepisów o formie czynności prawnej, szczególnie jeśli została zastrzeżona pod rygorem nieważności tej czynności. Dlatego na problematykę formy

⁵⁵⁵ E. Łętowska, *Wzorce umowne...*, s. 199 i n.; E. Łętowska, *Prawo umów...*, 2002, s. 319–321; E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw...*, s. 80–81, oraz M. Śmigiel, *Wzorce umów jako czynniki kształtujące zobowiązaniowe stosunki prawne – ewolucja instytucji*, w: E. Gniewek (red.), *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina*, Kraków 2000, s. 373; J. Gorczyński, *Konflikt formularzy (art. 385⁴ KC)*, PPH 2004, Nr 4, s. 20; Ł. Węgrzynowski, *Niedozwolone postanowienia umowne jako środek ochrony słabszej strony umowy obligacyjnej*, Warszawa 2006, s. 45 i n.; J. Haberko, *Moc wiążąca wzorców umownych*, PS 2007, Nr 7-8, s. 113; A. Pyrzyńska, *Wzorzec umowy jako źródło zastrzeżenia odsetek w stosunkach bankowych*, PB 2008, Nr 1, s. 22, a także SN, zob. wyr. SN z 30.11.2000 r., I CKN 970/98, OSN 2001, Nr 6, poz. 93; wyr. SN z 19.04.2007 r., I CSK 27/07, OSNC–ZD 2008, Nr A, poz. 25; wyr. SN z 20.01.2011 r., I CSK 218/10, BSN 2011, Nr 3, poz. 15.

⁵⁵⁶ M. Bednarek, P. Mikłaszewicz w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 754.

czynności prawnej w kontekście umów „wzorcowych” powinno się patrzeć od strony umowy zawartej z jego użyciem, a nie od strony wzorca⁵⁵⁷.

Analizy związane z formą wzorców wpisują się w rozważania odnoszące się do samego charakteru wzorców umownych. W zależności od przyjętej koncepcji mechanizmu związania wzorcem, sam wzorzec nabiera bardziej lub mniej autonomicznego wyrazu. Przyjęcie koncepcji normatywnej i opartych o nią koncepcji pośrednich pozwala na oderwanie wzorca od samej umowy, co prowadzi do wniosku, że również sama forma wzorca umownego, może być określona w oderwaniu od formy czynności prawnej. Koncepcje konsensualistyczne i jej pochodne skłaniają do konstatacji, że forma wzorca określona jest przez formę danej czynności prawnej.

W kontekście formy czynności zastrzeżonej *ad solemnitatem*, istotne jest także ustalenie zakresu treści czynności prawnej, do którego odnosi się wymóg dochowania formy. Na jednym biegunie plasuje się pogląd, że o dochowaniu formy można mówić tylko, gdy wszystkie elementy oświadczeń woli (wszystkie postanowienia) zostały objęte dokumentem w określonej formie. Na przeciwnym biegunie znajduje się stanowisko liberalne, które wymaga, by tylko elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*) sporządzone zostały w określonej formie. Zapatrywania pośrednie modyfikują przytoczone powyżej stanowiska, które można określić mianem skrajnych, poszukując zakresu treści czynności wymagającej określonej formy w odniesieniu do *essentialia negotii* i tych spośród *accidentalia negotii*, które są rzeczywiście istotne, lub takich pozostałych postanowień, które zwiększają prawa i obowiązki stron⁵⁵⁸.

Nawet tak skrócona analiza koncepcji ujmujących próby opisanie mechanizmu związania wzorcem i określenia charakteru wzorca, prowadzi do wniosku, że PPU, opracowane przez zamawiającego i prezentowane wykonawcom w ramach SWZ, nie stanowią wzorców umownych. Nie można ich bowiem uznać za byt oderwany od samej umowy i wiążący strony poprzez włączenie do umowy lub obok niej (zależnie od przyjętej koncepcji charakteru prawnego związania). Co więcej, PPU kończą swój byt prawny w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia poprzez inkorporację ich treści do samej umowy.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, s. 754; Por. M. Pecyna, *Kontrola wzorców...*, s. 96.

⁵⁵⁸ E. Drozd, S. Czepita, Z. Kuniewicz, Z. Radwański, S. Słotwiński, w: *System Prawa Prywatnego*, Tom 2, Warszawa 2019, s. 211 i n.

Kolejnym ważnym wyróżnikiem dla wzorca umownego jest jego **tworzenie z zamiarem wielokrotnego zastosowania** do zawierania kolejnych umów. Z natury rzeczy, PPU dotyczą konkretnego stosunku zobowiązaniowego obejmującego zakup stanowiący przedmiot postępowania. Nawet jeśli w niektórych sytuacjach sama treść PPU zostanie wykorzystana przez zamawiającego kilkakrotnie, to ich znaczenie jurydyczne przemawia za przyjęciem tezy o faktycznej możliwości skorzystania z treści PPU w kolejnym postępowaniu, nie zaś projektowania ich jako uniwersalne postanowienia służące zawieraniu kolejnych umów. Za wnioskiem takim przemawia również zasada proporcjonalności (art. 16 pkt 3 ustawy PZP), której znaczenie w tym kontekście sprowadza się do konieczności zapewnienia, aby treść PPU pozwalała na spełnienie następujących przesłanek tzw. testu proporcjonalności: 1) czy są stosowane w sposób niedyskryminujący⁵⁵⁹, 2) czy są uzasadnione względami interesu publicznego⁵⁶⁰, 3) czy są odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu służą, oraz 4) czy nie są nadmierne i nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków)⁵⁶¹. Przeprowadzenie tego testu nie jest możliwe w sposób abstrakcyjny, a jedynie w odniesieniu do określonego przedmiotu zamówienia i okoliczności faktycznych towarzyszących jego nabyciu.

Również kwestia formy przemawia za uznaniem PPU za propozycję przyszłej umowy bardziej niż wzorca. Ustawodawca jednoznacznie i konsekwentnie wskazał, że umowa w sprawie zamówienia wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej (art. 432 ustawy PZP). Podobnego zastrzeżenia brak w przypadku PPU, które muszą przybrać postać pisemną⁵⁶², co wynika z wymogu ich opublikowania oraz zasady pisemności postępowania (art. 20 ust. 1 ustawy PZP).

Analizy wymaga jednak jeszcze jeden element definicji wzorca umownego i wyodrębniana niekiedy w doktrynie kategoria umów formularzowych. Jako jedną z

⁵⁵⁹ Wyrok TS z 13.07.2017 r., w sprawie C-76/16, *Ingsteel spol. s r. o. i Metrostav a.s. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie*, Legalis nr 2255510; wyrok TS z 27.10.2005 r. w sprawie C-234/03, *Contse SA, Vivisol Srl Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, Legalis nr 73634.

⁵⁶⁰ Wyrok z 27.10.2005 r. w sprawie C-234/03, *Contse SA, Vivisol Srl Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, Legalis nr 73634.

⁵⁶¹ Wyrok z 16.09.1999 r. w sprawie C-414/97, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, LEX nr 84270.

⁵⁶² Zgodnie z art. 7 pkt 16 ustawy PZP pisemność w rozumieniu przepisów tej ustawy oznacza sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

kategorii wzorców umów wymienia się **formularz umowy określany też jako umowa standardowa lub wzór umowy** (art. 384 § 1 KC). Przybiera on postać formularza przygotowanego do uzupełniania o postanowienia identyfikujące adherenta, a niekiedy również przez inne postanowienia, które muszą być dostosowane indywidualnie do potrzeb danej umowy. Ta forma wzorca powoduje, że mechanizm zawarcia umowy przy zastosowaniu wzorca jest bardzo zbliżony do mechanizmu zawarcia umowy zawierającej klauzule indywidualnie narzucone, czy nawet stanowiącej przejaw zgodnego konsensu stron⁵⁶³. Powoduje to, że umowa formularzowa przynajmniej w części, może być zrównana z umową w tradycyjnym rozumieniu prawa cywilnego⁵⁶⁴. Zawieranie umów z wykorzystaniem formularza przybliża je do umów indywidualnie uzgodnionych przez strony. Rzadko bowiem mamy do czynienia z sytuacją zastosowania formularza oraz innego wzorca w celu zawarcia jednej umowy⁵⁶⁵.

Dlatego w doktrynie przyjmuje się, że ze względu na tryb zawarcia umowy w tym przypadku nie rysuje się wyraźnie problem związania wzorcem, przez co uznać należy, że do zawarcia umowy dochodzi na zasadzie konsensu, który jednak słusznie określany jest mianem „symulowanego”, sam zaś formularz pełni funkcję nośnika treści umowy⁵⁶⁶, którego przyjęcie odzwierciedla zgodę na zawarcie umowy na określonych warunkach, jako element wyrażenia zgody na zawarcie umowy o danej treści. Jak podkreśla A. Pyrzyńska: *Uzasadnia to stwierdzenie, że podpisany przez strony wzór (formularz) umowy – pomimo przynależności do kategorii wzorców umowy – może, w określonym zakresie, być zrównany z umową w tradycyjnym rozumieniu prawa cywilnego*⁵⁶⁷. Autorka podkreśla jednak, że takie zaklasyfikowanie umowy formularzowej nie wyklucza stosowania kontroli abstrakcyjnej, jej przedmiotem są bowiem postanowienia wzorca, nie zaś postanowienia umów zawieranych przy wykorzystaniu wzorca⁵⁶⁸.

⁵⁶³ Podobnie M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2021, s. 239.

⁵⁶⁴ M. Leśniak, *Normatywne wzorce umów spółek handlowych w prawie polskim*, Warszawa 2017, s. 8-9.

⁵⁶⁵ Skutki sprzeczności formularza i innych wzorców umownych omawia M. Bednarek, P. Mikłaszewicz w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020 s. 761-762.

⁵⁶⁶ M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*. Warszawa 2022, s. 239-240; odmiennie np. K. Topolewski, *Wzór umowy a koncepcja automatycznego kształtowania treści stosunku prawnego przez wzorzec umowy*, PS 2009, Nr 6, s. 11–12.

⁵⁶⁷ A. Pyrzyńska, w: M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2021, s. 239.

⁵⁶⁸ Powołując się na K. Pacuła, w: K. Osajda (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, art. 23a, nb. 26–27 i podkreślając, że: *Jeżeli więc Prezes UOKiK wydaje prawomocną decyzję o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone i zakazującą jego wykorzystania, decyzja ta w świetle art. 23d ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wywiera skutek również wobec konsumenta, który zawarł*

K. Osajda przyczyny odmiennego traktowania umów formularzowych wiąże nie z odmiennością rozwiązań teoretycznych, lecz z potrzebą praktyki. Zwraca uwagę, że jeśli wzorzec umowy przybierze postać formularza, któremu nie towarzyszy oddzielny wzorzec pod postacią ogólnych warunków umów lub regulaminu, a zarazem ustawa wymaga zawarcia umowy w określonej formie pod rygorem nieważności, wówczas staje się oczywiste, że umowa formularzowa w całości, tj. łącznie z postanowieniami „wzorcowymi”, musi być zawarta w tej szczególnej formie⁵⁶⁹. Tak właśnie dzieje się w przypadku umów w sprawie zamówień publicznych. Nawet gdyby same PPU uznać za wzorzec, wymóg zawarcia umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności o treści odpowiadającej treści PPU na warunkach określanych w ofercie najkorzystniejszej powoduje, że brak już miejsca na regulowanie więzi obligacyjnej poza samą umową.

Zagadnienie to związane jest jednak z omawianą wcześniej problematyką charakteru więzi przedkontraktowej, który wpływa na charakter samych PPU. We wstępnej fazie postępowania PPU wiąza zamawiającego, z zastrzeżeniem możliwości jednostronnej ich zmiany w uzasadnionych przypadkach przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem jej opublikowania w sposób określony w ustawie PZP. Co ciekawe, ustawa PZP nie zawiera regulacji określającej wprost związaną zamawiającego PPU. Podstawy prawnej związania zamawiającego opublikowanymi warunkami zamówienia należy zatem poszukiwać w art. 70¹ § 4 KC, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu⁵⁷⁰. Wynika to również pośrednio z treści przepisów określających zasady zmiany SWZ lub ogłoszenia, które ograniczają taką możliwość w czasie: „przed upływem terminu składania ofert” lub „przed upływem terminu składania wniosków”. Oznacza to, że po upływie tego terminu uprawnienie zamawiającego wygasa, a PPU zaczyna wiązać zarówno zamawiającego jak i wykonawców, którzy złożyli oferty.

Od tak rozumianych wzorców umownych odróżnić należy **klauzule indywidualnie narzucone** (klauzule jednorazowego zastosowania), tj. klauzule jednostronnie

umowę formularzową, jeżeli mieści się ona w kategorii umów zawartych "na podstawie wzorca wskazanego w decyzji.

⁵⁶⁹ M. Bednarek, P. Mikłaszewicz w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 756.

⁵⁷⁰ Potwierdza to również orzecznictwo SO np. wyrok SO w Warszawie z 14.05.2014 r., V Ca 408/14, Legalis nr 2126159, wyrok SO w Gdańsku z 10.07.2015 r., I C 2/15, Legalis nr 2008423.

przygotowane na potrzeby jednej, zindywidualizowanej umowy⁵⁷¹. Narzucenie pojedynczej klauzuli nie jest bowiem możliwe w inny sposób niż w toku prowadzonych rokowań lub w ramach ofertowego trybu zawierania umowy⁵⁷². Zatem także indywidualnie narzuconą klauzulę należy zaliczyć do postanowień objętych konsensem obu stron umowy, co jednak nie jest równoznaczne z usatysfakcjonowaniem treścią takiej klauzuli kontrahenta podmiotu, który „wymusił” zamieszczenie jej w umowie.⁵⁷³ Ujęcie takie jest konsekwencją stanowiska, zgodnie z którym pojęcie „wzorca” należy wiązać z klauzulami umownymi przeznaczonymi do wielokrotnego stosowania, nie zaś z postanowieniem o charakterze jednostkowym, indywidualnym⁵⁷⁴.

Wzorzec umowny zawiera postanowienia powtarzalne w umowach, dla których został przewidziany. Nie może zatem ze swej natury być stosowany do regulacji postanowień o charakterze jednostkowym i ściśle indywidualnych⁵⁷⁵. Ponadto art. 385 § 1 KC przyznaje pierwszeństwo postanowieniom umowy, jeżeli są sprzeczne z wzorcem. Sąd Najwyższy uznał, że wzorzec umowny w ujęciu art. 384 KC nie jest konstrukcją stawiającą kontrahenta w sytuacji przymusowej, umożliwia bowiem stronom odejście od wzorca i indywidualne ukształtowanie stosunku prawnego. Jeśli do tego dojdzie – postanowienia wzorca pozostają poza powstałym między stronami stosunkiem obligacyjnym⁵⁷⁶. Przyjmując ten pogląd należy uznać, że klauzule jednorazowe czy inaczej indywidualne nie stanowią wzorca, choćby nawet zostały narzucone przez jedną stronę drugiej stronie umowy w taki sposób, że druga strona nie miała wpływu na jej treść⁵⁷⁷.

W umowach w sprawie zamówienia publicznego trudno zatem mówić o wzorcach umownych rozumianych w ten sposób. PPU, które zostaną wprowadzone do umowy w

⁵⁷¹ Zob. M. Bednarek, P. Mikłaszewicz w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 601–602; M. Pecyna, *Kontrola wzorców...*, s. 32–33.

⁵⁷² Podobnie A. Pyrżyńska w: M. Gutkowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449*¹⁰, Warszawa 2016, s. 1388.

⁵⁷³ M. Bednarek, P. Mikłaszewicz w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 667.

⁵⁷⁴ Zob. wyr. SN z 26.03.2010 r., I CSK 444/09, Legalis nr 362191.

⁵⁷⁵ Podobnie Z. Radwański, *Zobowiązania*, s. 152 oraz M. Pecyna, *Kontrola wzorców...*, s. 33 (jednak poglądy autorki w tej kwestii, s. 56 i n., nie są dostatecznie jasne), a także F. Zoll, *Natura prawna...*, s. 49; E. Wójtowicz, *Zawieranie umów...*, s. 243–244.

⁵⁷⁶ Wyrok SN z 26.03.2010 r., I CSK 444/09, LEX nr 583733.

⁵⁷⁷ Podobnie Z. Radwański, *Zobowiązania*, 2003, s. 152 oraz F. Zoll, *Natura prawna...*, s. 49; E. Wójtowicz, *Zawieranie umów...*, s. 243–244. Jednakże F. Zoll, *Kontrola ogólnych...*, s. 137 i n. oraz s. 166 i n. (a zwłaszcza s. 138), zdaje się zarazem wyrażać (na tle stanu prawnego obowiązującego w latach 1990–2000) pogląd (moim zdaniem nietrafny), w myśl którego wzorcami umów (ogólnymi warunkami umów, regulaminami i wzorami umów) są także klauzule indywidualnie narzucone.

sprawie zamówienia publicznego, odnoszą się bowiem do konkretnej zindywidualizowanej umowy, która zostanie zawarta jednorazowo w wyniku prowadzonego postępowania⁵⁷⁸.

W tym kontekście wzorzec umowy może być również rozumiany jako propozycja przyszytych postanowień umownych narzucona przez proferenta stanowiąca punkt wyjścia dla negocjacji czy tworzenia zwyczajów handlowych⁵⁷⁹. Należy jednak zwrócić uwagę, że z punktu widzenia adherenta nie ma znaczącej różnicy między stosowaniem narzuconych mu postanowień stosowanych też w kontaktach z innymi kontrahentami, czy tylko z nim – co zyskuje szczególne znaczenie, jeśli to ochrona adherenta postawionego w takiej sytuacji miała być celem regulacji, a adherent może nie odróżnić klauzul indywidualnie narzuconych od wzorca umownego⁵⁸⁰.

Należy zatem przyjąć, że w przypadku klauzul indywidualnie narzuconych miałyby miejsce jedynie taka różnica względem wzorców umownych, że dowód stosowania pierwszych powinien spoczywać na adherencie⁵⁸¹. Od takiej sytuacji stosowania gotowego zestawu klauzul na potrzeby jednej transakcji należy jednak odróżnić tę, w której klauzule indywidualnie narzucone powstają w trakcie negocjacji.

Istotą ochrony strony, która ma ograniczony wpływ na treść umowy, lub jest go całkiem pozbawiona, jest zapewnienie abstrakcyjnej kontroli treści postanowień umownych jeszcze przed zawarciem umowy oraz już po włączeniu tych treści do umowy⁵⁸². Podobnie ukształtowana została ochrona wykonawcy, poprzez umożliwienie odwołania od treści PPU, przy założeniu, że w ramach przesłanek efektywnego zaskarżenia mieści się naruszenie nie tylko zwykłych przepisów ustawy, lecz także i zasad udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności⁵⁸³.

Ograniczenia wynikające z formułowania (a niekiedy nawet narzucenia) treści PPU przez zamawiającego nie przekreślają jednak zupełnie swobody kontraktowej. Uznaje się, że są ukierunkowane wyłącznie na wzmocnienie bezpieczeństwa i efektywności transakcji. Przystąpienie przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie do ukształtowanych przez

⁵⁷⁸ Podobnie R. Szostak, *Umowy...*, s. 41.

⁵⁷⁹ M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre problemy...*, s. 118.

⁵⁸⁰ Por. M. Pecyna, *Kontrola wzorców...*, s. 58; F. Zoll, *Natura prawna...*, s. 49; F. Zoll, *Potrzeba i kierunek...*, s. 89.

⁵⁸¹ F. Zoll, *Natura ...*, s. 49; F. Zoll, *Potrzeba ...*, s. 90.

⁵⁸² Rozwiązanie takie zastosowano np. w dyrektywie Rady 93/13/EWG z 05.04.1993 r. o niedozwolonych klauzulach w umowach konsumenckich (art. 3 ust. 2 oraz motyw 9 preambuły).

⁵⁸³ R. Szostak, *Umowy...*, s. 13.

zamawiającego warunków zamówienia, odbywa się z pełnym poszanowaniem dobrowolności, równouprawnienia i autonomicznej woli zainteresowanego⁵⁸⁴.

Projektowane postanowienia umowy nie mają cech charakterystycznych dla wzorca umownego rozumianego jako dokument zewnętrzny w stosunku do umowy inkorporowany do niej jako wzorzec, po spełnieniu określonych warunków opisanych w art. 384 § 2 KC. Jednak w doktrynie pojawiają się głosy, że pojęcie wzorca należy rozumieć szeroko, jako każde postanowienie umowne, które nie jest ustalone przez strony w drodze faktycznego konsensusu, a zostaje narzucone jednostronnie przez jedną ze stron.

Zgodnie z art. 384 § 1 KC, ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy. W przepisie tym wymieniono po prostu sposoby redagowania wzorca umowy⁵⁸⁵. O ile ogólne warunki umowy i regulaminy są zwyczajowo dokumentem odrębnym od samej umowy, o tyle wzór umowy to zazwyczaj gotowy formularz, który zawiera treść umowy.

Przyjęcie wąskiej lub szerokiej definicji wzorca umownego wymaga ustalenia czy użyte w polskim kodeksie cywilnym pojęcie „wzorzec umowy” zostało stworzone w oparciu o przesłanki formalne czy też materialne. Pogląd ten oparto na założeniu, że wzorce umów (wzorzec umowy) mają na celu racjonalizację obrotu, a każda próba opierania definicji o elementy formalne nie przechodzi testu celu⁵⁸⁶. W najnowszej historii prawodawstwa polskiego przyjmowano różne rozwiązania, które łączył wspólny cel – ochrona słabszej strony umowy⁵⁸⁷. Funkcja ochronna realizowana była poprzez ograniczenie kompetencji do tworzenia wzorców, zawężenie zakresu treści możliwych do uregulowania we wzorcu, kontrolę związania stworzonym wzorcem, badanie samej ich treści⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Por. też W. Robaczyński, *Stosowanie instrumentów...*, s. 140 i n.

⁵⁸⁵ Zdaniem M. Bednarek, *Wzorce umów...*, s. 3, przepis art. 384 § 1 k.c. wskazuje na nazewnictwo, pod którym występują wzorce umów.

⁵⁸⁶ Dylemat ten już w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku był przedmiotem żywej dyskusji, która toczyła się w piśmiennictwie europejskim np. E. Hondius, *The Legal Control on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Comparative Observations*, w: Th. Bourgoignie, Cabay, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, Louvain-La-Neuve 1983, s. 62.

⁵⁸⁷ W kodeksach prawa cywilnego dwudziestowiecznej Polski – rozporządzeniu Prezydenta RP z dnia 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm.) – oraz wielokrotnie nowelizowanej w tym zakresie ustawy z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.) tego typu unormowania były dokonywane na wiele różnych sposobów, które w zasadzie objęły wszystkie możliwe modele uregulowania instytucji wzorca umownego różne w zakresie przyjętego sposobu ochrony adherenta; M. Bednarek, *Wzorce umów ...*, s. 229 i n. wraz z przytoczona tam literaturą.

⁵⁸⁸ W. Bańczyk, *Sposoby ochrony...*, s. 167.

Dlatego pomimo braku wystarczających podobieństw między wzorcem umownym rozumianym wąsko, a PPU pozwalających na uznanie tych ostatnich za wzorce umowne, w rozumieniu art. 384 § 1 KC, nie można pominąć pewnych istotnych cech wspólnych, prowadzących do dalszych rozważań na temat rozwiązań zapewniających ochronę adresatów PPU, przyjmując pewne rozwiązania właściwe umowom zawierającym z użyciem wzorca umownego.

Powyższe rozważania skłaniają do sformułowania wniosków częściowych. Po pierwsze, pomimo wskazanych odmienności pomiędzy charakterem ogłoszenia o przetargu określonym w przepisach KC oraz ustawy PZP, nadal nie można mówić o ogłoszeniu jako oświadczeniu woli zawarcia umowy. Wzmocnienie pozycji wykonawcy (np. poprzez ograniczenie możliwości unieważnienia postępowania lub wprowadzenie możliwości domaganie 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 KC⁵⁸⁹) nadanie ogłoszeniu charakteru oświadczenia woli, konieczne byłoby wprowadzenia dalszych regulacji pozwalających na wyegzekwowania wynikających z niego skutków prawnych.

⁵⁸⁹ Chociaż nie bez zastrzeżeń – o czym wyżej.

5.3. Regulacje szczególne ograniczające możliwość swobodnego kształtowania treści umowy

5.3.1. Zasada współdziałania stron umowy

W myśl art. 431 ustawy PZP zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia.

W doktrynie podnosi się, że przepis art. 431 ustawy PZP nie ma charakteru normatywnego w tym znaczeniu, że nie wprowadza do systemu prawa nowej normy prawnej, nie stanowi *novum* w prawie. Zasada ta funkcjonuje od dawna na gruncie prawa cywilnego jako jedna z ogólnych zasad służąca realnemu wykonaniu zobowiązania, mająca zastosowanie do stosunków wzajemnych (art. 354 KC)⁵⁹⁰. Na gruncie ustawy PZP2004 zasada współdziałania stron również znajdowała zastosowanie, chociaż nie była w ustawie określona wprost. Jej zastosowanie w zamówieniach publicznych wynikało z odesłania do art. 354 KC, który był stosowany do umów w sprawie zamówienia publicznego, na mocy art. 139 ust. 1 ustawy PZP2004⁵⁹¹. Wyrażenie tej zasady wprost w przepisie ustawy PZP niezaprzeczalnie wzmacnia pozycję wykonawcy, która do tej pory była słabsza od pozycji zamawiającego i nastawia realizację umowy na równowagę sił i kompromis stron umowy⁵⁹².

W piśmiennictwie podkreśla się, że art. 354 § 2 KC ustanawia ogólny obowiązek współdziałania wierzyciela (w tym wypadku zamawiającego) z dłużnikiem (wykonawcą) przy wykonywaniu zobowiązania, odnosząc do tego obowiązku te same wzorce postępowania, które dotyczą dłużnika. Obowiązek współdziałania po stronie wierzyciela dotyczy nie tylko współdziałania przy spełnianiu świadczenia (jeżeli współdziałanie takie jest potrzebne), ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na zobowiązanie⁵⁹³.

⁵⁹⁰ M. Jaworska w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s. 1053-1054; autorka wskazuje również, że: *Odrębne wyartykułowanie zasady współpracy stron umowy na gruncie PZP zdaje się mieć na celu dodatkowe zwrócenie uwagi na to, że należyte wykonanie zamówienia, które jest celem prowadzonych postępowań, zależy przede wszystkim od realnej współpracy stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, z poszanowaniem wzajemnych interesów, a nie tylko „równoległe” wykonywanie umowy przez obie strony, co na etapie formułowania założeń do PZP zostało rozpoznane jako powszechna i jednocześnie szkodliwa praktyka na rynku zamówień publicznych.*

⁵⁹¹ M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, 2022, s. 946.

⁵⁹² P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień...*, 2021, s.1119.

⁵⁹³ Wyr. SA w Warszawie z 27.11.2018 r., V Ca 861/17, niepubl.

Z uzasadnienia projektu ustawy PZP wynika, że przepis art. 431 ustawy PZP jest odpowiedzią na potrzebę wzmocnienia regulacji dotyczących wykonywania umowy. Wynika to z przekonania, że należyte wykonanie zamówienia publicznego zależy od współdziałania obu stron umowy z poszanowaniem wzajemnych interesów. Zdaniem projektodawcy: *Oczywistym jest, że zawarcie umowy nie jest celem w samym w sobie, celem tym jest należyte wykonanie zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów stron umowy. Urzeczywistnieniu tego celu ma służyć wyraźne wyartykułowanie zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy, w celu należytej realizacji zamówienia publicznego (art. 431 projektu ustawy)*⁵⁹⁴.

Wydaje się jednak, że inna była intencja wprowadzenia przepisu. Jak wynika z Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych: *Realizacja umowy nie jest zjawiskiem statycznym lecz dynamicznym i z wielu względów może być problematyczna. Trudności mogą powodować zaniedbania po stronie wykonawców, jak również brak współpracy ze strony zamawiających. Zdarzają się także czynniki niemożliwe do przewidzenia, które utrudniają wykonanie umowy*⁵⁹⁵. Wskazuje to, że celem regulacji było określenie dyrektywy postępowania zamawiającego przede wszystkim podczas realizacji umowy, w celu określenia sposobu reagowania w sytuacjach, których umowa nie reguluje wprost. Zwraca na to uwagę również KIO wskazując, że przepis ten dotyczy nie tyle umownego określenia praw i obowiązków stron, co sposobu ich wykonywania na etapie realizacji umowy, tj. obowiązku takiego zachowywania się, aby nie utrudniać drugiej stronie spełniania i przyjmowania świadczeń⁵⁹⁶.

Jak słusznie zauważa *J. Jerzykowski*, postrzeganie art. 431 ustawy PZP jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Jego zdaniem przepis ten należy traktować jako wyeksponowanie wynikającego bezpośrednio z mocy prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, mające wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron⁵⁹⁷. *R. Szostak* podkreśla natomiast, że zasada współdziałania stron umowy stanowi istotny czynnik stymulujący realne wykonanie

⁵⁹⁴ Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 83.

⁵⁹⁵ Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, s. 58 (dostęp: 20.03.2022 r.).

⁵⁹⁶ Wyrok KIO z 05.07.2022 r., KIO 1601/22, LEX nr 3438580.

⁵⁹⁷ *J. Jerzykowski* w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1038.

zobowiązania przez dłużnika. Dotyczy ona ogólnej lojalności, współpracy i szeroko pojętej kooperatywności wobec wykonawcy, zorientowanej na ułatwienie spełnienia przyrzeczonego świadczenia. Autor słusznie podkreśla, że: *Obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem aktualizuje się już w czasie pierwszych czynności przygotowawczych i trwa aż do odbioru przedmiotu zamówienia*⁵⁹⁸.

Na gruncie art. 354 § 2 KC toczy się dyskusja na temat możliwości wyłączenia obowiązku współdziałania, a w zasadzie możliwości takiego ukształtowania zasad współdziałania stron umowy, które znacząco ogranicza lub wyłącza obowiązek współdziałania wierzyciela przy wykonaniu świadczenia stanowiącego przedmiot zobowiązania. Część doktryny opowiada się za dopuszczalnością zniesienia wierzycielskiego obowiązku współdziałania i przeniesienia ciężaru starań o wykonanie zobowiązania w całości na dłużnika, zastrzegając, że zakres takiego ograniczenia podlega ocenie z punktu widzenia granic swobody umów. Możliwość taka uzasadniona jest zakresem zasady swobody umów, w ramach której mieści się też tworzenie uprawnień kształtujących⁵⁹⁹.

Pogląd o możliwości uszczegółowienia obowiązków współdziałania wierzyciela z dłużnikiem, w tym wyłączenia niektórych obowiązków wierzyciela popiera W. Borysiak, zastrzegając jednak, że *pogląd o możliwości całkowitego umownego wykluczenia tego obowiązku nie wydaje się trafny. Dla przykładu umowa wykluczająca przewidziany w art. 354 § 1 w zw. z art. 354 § 2 KC obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem w sposób zgodny z zasadami współżycia społecznego sama musiałaby być uznana co najmniej za sprzeczną z takimi zasadami, a stąd nieważną*.⁶⁰⁰

Ten ostatni pogląd należy uznać za trafny i zasadny na gruncie ustawy PZP, gdzie zasada współdziałania stron umowy, pomimo, że wyrażona w sposób ogólny, stanowi zabezpieczenie wykonawcy przed niezgodnym z zasadami współżycia społecznego rozkładem ryzyk kontraktowych. Realizacja celu normy możliwa jest jedynie przy przyjęciu, że zasada współdziałania obowiązuje na każdym etapie procesu zakupowego począwszy od jego przygotowania, na zrealizowaniu umowy skoczywszy. Nie do

⁵⁹⁸ R. Szostak, *Umowy ...*, s. 99.

⁵⁹⁹ Tak np. M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2021, s. 56, powołując się na P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 464.

⁶⁰⁰ K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 354, nb. 81.

pogodzenia z tak określonym celem byłaby możliwość wyłączenia tej zasady w PPU, a następnie w umowie, co skutkowałoby jej wyłączeniem na etapie wykonywania umowy.

Takie rozumienie zasady współdziałania stron potwierdza KIO w swoim orzecznictwie. W wyroku z dnia 18.07.2022 r., KIO 1652/22, Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 58 § 1 i 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz z art. 431 ustawy PZP poprzez sformułowanie zasad odstąpienia od umowy przez wykonawcę w sposób skrajnie niekorzystny dla wykonawcy. Izba za niedopuszczalne uznała postanowienie PPU na mocy którego okres wypowiedzenia przez wykonawcę umowę licencyjnej w przypadku przekroczenia przez zamawiającego warunków udzielonej licencji i naruszenia autorskich praw majątkowych wynosi rok. Izba uznała tak długi okres wypowiedzenia za usankcjonowanie dalszych naruszeń prawa przez zamawiającego przez okres jednego roku⁶⁰¹. Można zastanawiać się, czy postanowienie takie nie jest również niezgodne z zasadami współżycia społecznego, czy też z naturą stosunku prawnego – o czym w dalszej części rozprawy.

Kolejne ograniczenie odnosi się do **okresu obowiązywania umowy**. Zgodnie z art. 434 ust. 1 ustawy PZP umowę zawiera się na czas oznaczony⁶⁰². W orzecznictwie podkreśla się, że ograniczenie to oznacza, że określenie terminu realizacji zamówienia należy do *essentialia negoti* umowy o zamówienie publiczne⁶⁰³. Termin wykonania zamówienia jest również obligatoryjnym elementem treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Określenie terminu ma bezpośrednie przełożenie na kalkulację ceny oferty, ma zatem wpływ na porównywalność złożonych ofert. Termin może być także elementem konkurencyjnym pomiędzy wykonawcami, w sytuacji, gdy stanowi kryterium oceny ofert. Termin wykonania zamówienia ma bez wątpienia istotne znaczenie dla sporządzenia oferty, musi być zatem określony w sposób, który pozwala wykonawcom na określenie minimalnego i maksymalnego czasu trwania przyszłej umowy w normalnym toku jej realizacji.

Ograniczenie swobody określenia terminu wykonywania umowy podyktowane jest przekonaniem, że umowy długoterminowe, w szczególności te zawierane na czas

⁶⁰¹ Wyrok KIO z 18.07.2022 r., KIO 1652/22, LEX nr 3457969.

⁶⁰² Przepisami ustawy PZP przywrócono regulację obowiązującą na gruncie PZP2004 (art. 142 ust. 1 PZP2004), tak, aby nie ograniczać zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie do 4 lat. Pierwotna regulacja przewidywała zawieranie umów na czas oznaczony, nie dłuższy niż 4 lata, co w wielu przypadkach umów na roboty budowlane byłoby niemożliwe do zachowania.

⁶⁰³ Wyrok KIO z 13.11.2012 r., KIO 2408/12, Legalis nr 683844.

nieoznaczony, stanowią ograniczenie konkurencji na rynku zamówień i faktyczną barierę dla podmiotów ubiegających się o zamówienie⁶⁰⁴. W przypadku świadczeń jednorazowych ograniczenie odnosi się tylko do zakazu zawierania umów na czas nieoznaczony. W przypadku umów, których przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, towarzyszy mu zakaz zawierania ich na okres dłuższy niż 4 lata, chyba, że wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty (art. 434 ustawy PZP). Poddanie zamówienia ponownej weryfikacji w zderzeniu z rynkiem wykonawców pozwala również zamawiającemu na zweryfikowanie, czy przedmiot zamówienia może być wykonywany na warunkach dla niego korzystniejszych, co w konsekwencji przekłada się na racjonalne wydatkowanie środków publicznych.

Pomimo, że konieczność zachowania uczciwej konkurencji jest bardzo widoczna w prawie europejskim, dyrektywy 2014/24/UE, ani 2014/25/UE nie zawierają takiego ograniczenia⁶⁰⁵. Co więcej nie było ono znane w początkowym okresie kształtowania się obecnego systemu zamówień publicznych. Ustawa z dnia 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych w jej pierwotnym brzmieniu nie kreowała ograniczeń czasu, na jaki można zawrzeć umowę. Po raz pierwszy w prawie polskim ograniczenie takie pojawiło się wraz z nowelizacją ustawy z dnia 29.08.1997 r.⁶⁰⁶, która ograniczyła czas, na jaki może zostać zawarta umowa do 3 lat (wyjątki od tej zasady były dopuszczalne wyłącznie za zgodą Prezesa UZP). W ustawie PZP2004 określono, że umowy zawierane są na czas oznaczony, ale bez ustawowego ustalenia okresu, na który mogą być zawarte. Już wówczas podkreślano konieczność wyważenia interesów wykonawców wyrażających się potrzebą stworzenia najlepszych ram konkurencji oraz potrzeb zamawiającego zawierania umów na tak długi czas, który pozwoli na racjonalne zaspokajanie jego potrzeb⁶⁰⁷. Wyjątkiem były umowy o świadczenia okresowe i ciągłe, gdzie terminy wykonania umowy określa jednocześnie rozmiar zobowiązania. Okres ich obowiązywania ograniczono początkowo

⁶⁰⁴ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1050.

⁶⁰⁵ Nie zawierały go także ich poprzedniczki, czyli dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE.

⁶⁰⁶ Ustawa z dnia 29.08.1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 123, poz. 778).

⁶⁰⁷ W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji ...*, Warszawa 2012, Rozdział VII pkt 1.

do 3⁶⁰⁸, a następnie do 4 lat⁶⁰⁹, z pewnymi wyjątkami uzasadnionymi faktem, że wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów w stosunku do okresu podstawowego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty. W 2006 roku zrezygnowano również z obowiązku uzyskania zgody Prezesa UZP na zawarcie umowy na okres dłuższy niż 4 lata, zastępując ją zawiadomieniem Prezesa UZP o takim fakcie wraz z uzasadnieniem. Jak wyjaśnia *W. Dzierżanowski*, powodem takiej decyzji ustawodawcy było coroczny wzrost liczby wniosków kierowanych w takich sprawach do Prezesa UZP, z których zdecydowana większość kończyła się wydaniem decyzji potwierdzającej prawidłowość interpretacji prawa dokonywanej przez wnioskodawców. Obecnie zamawiający nie ma obowiązku zawiadamiania Prezesa UZP o zawarciu umowy na czas dłuższy niż 4 lata. Można przyjąć, że rolę kontrolujących przestrzeganie ograniczeń w zakresie okresu obowiązywania umowy przejęli wykonawcy w ramach systemu środków ochrony prawnej. Na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy PZP Izba orzeka w przedmiocie PPU, również w zakresie zgodności z art. 434 ustawy PZP.

Zasada ogólna zawierania umów w sprawie zamówienia na czas oznaczony doznaje jednak wyłomów określonych enumeratywnie w art. 435 ustawy PZP. Na czas nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci, gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej oraz licencji na oprogramowanie komputerowe, a także usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego. Zamówienia te realizowane są w większości w warunkach monopolu naturalnych, na rynkach, na których nie istnieje konkurencja. Dlatego cykliczne odnawianie umowy w okresach czteroletnich stanowiłoby nieuzasadnione administracyjne utrudnienie obrotu prawnego w celu fikcyjnego poszukiwania konkurencji⁶¹⁰. Wyłączenie zaś dostaw obejmujących licencje na oprogramowanie komputerowe związane jest z praktyką

⁶⁰⁸ Zawarcie umowy, której przedmiotem było świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 3 lata, wymagało zgody Prezesa Urzędu wyrażonej w drodze decyzji administracyjnej, udzielonej przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

⁶⁰⁹ Zmiana wprowadzona ustawą z dnia 07.04.2006 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2006 r. Nr 79, poz. 551).

⁶¹⁰ Tak np. J. Jerzykowski w: *W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień...*, 2021, art. 1051.

rynkową, wskazującą, że w wielu przypadkach licencje takie nabywane są bez ograniczeń czasowych⁶¹¹.

Omówienia wymaga również zagadnienie **klauzul zabronionych** określonych w art. 433 ustawy PZP. Wyrażona w art. 431 PZP zasada współdziałania stron w celu należytej realizacji zamówienia może być skutecznie realizowana tylko w przypadku kształtowania postanowień umowy w sposób zapewniający zrównoważenie interesów stron, a co najmniej proporcjonalne ukształtowanie ich praw i obowiązków⁶¹². W kontekście wpływu na treść przyszłej umowy pozycja wykonawcy jest zdecydowanie słabsza, dlatego elementem mającym na celu jej wzmocnienie jest szereg norm imperatywnych i semiimperatywnych, ograniczających swobodę zamawiającego w kształtowaniu treści umowy.

Jedną z podstawowych ich funkcji jest ochrona równowagi interesów stron przez wymuszenie na nich zachowania korzystnego dla określonego podmiotu czy podmiotów poprzez uregulowanie fragmentu treści stosunku prawnego w sposób niepodważalny dla jego stron⁶¹³. Wśród powodów wprowadzenia takich regulacji wskazuje się konieczność ochrony interesów stron stosunku prawnego lub osób trzecich, a także konieczność ochrony określonych zjawisk społecznych. Jak zauważa *P. Machnikowski: Wydaje się, że w systemie gospodarki rynkowej ta funkcja prawa w dziedzinie prawa prywatnego jest w zaniku, klóci się bowiem z podstawowymi założeniami tego systemu. Nie jest jednak wykluczony jej przyszły renesans*⁶¹⁴.

Można zatem przyjąć, że w prawie zamówień publicznych dostrzegamy przejawy takiego renesansu. Nieznana dotychczas polskiemu prawu zamówień publicznych instytucją prawną jest system niedozwolonych klauzul umownych, wyrażony w art. 433 ustawy PZP. Jest to pierwsza w historii systemu próba wprowadzenia ustawowych rozwiązań zmierzających do stworzenia modelu umowy w sprawie zamówienia publicznego równoważącej interesy każdej ze stron tego stosunku prawnego, jednak ustawodawca posłużył się regulacją, której interpretacja budzi wiele wątpliwości⁶¹⁵. Realia obrotu prawnego w sferze zakupów publicznych wskazały, że w wielu sferach sytuacja

⁶¹¹ J. Jarnicka, w: M. Jaworska, (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s.695.

⁶¹² M. Jaworska, w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1039.

⁶¹³ P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 592.

⁶¹⁴ *Ibidem*.

⁶¹⁵ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, 2021, 1041 i n.

równowagi stron umowy ma wyłącznie wymiar formalny, zaś układ faktycznych relacji zachodzących pomiędzy wykonawcą a zamawiającym jest daleki od stanu równowagi⁶¹⁶.

Na tym tle dostrzegalna jest interesująca ewolucja stanowiska ustawodawcy. Do tej pory wszelkie regulacje ustawowe poświęcone umowom w sprawach zamówień publicznych pomijały tę materię milczeniem, uznając, że nie ma potrzeby wprowadzania tego rodzaju rozwiązań, skoro uczestnictwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest dobrowolne, a stosowne instrumenty obrony przed nadmiernymi wymaganiami zamawiających dają wykonawcom typowe instrumentarium cywilistyczne.

Przepis art 433 ustawy PZP został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy⁶¹⁷ bez należytego wyważenia ich z interesami wykonawców⁶¹⁸. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Rozróżnienia wymaga jednak formalna przewaga zamawiającego, wynikająca z wyposażenia go w uprawnienia do tworzenia PPU od przewagi faktycznej, wynikającej z pozycji rynkowej zamawiającego w ramach danego stosunku prawnego⁶¹⁹.

Postulat wprowadzenia katalogu klauzul zabronionych w umowach o zamówienie publiczne, a także klauzul obowiązkowych wyrażano w piśmiennictwie jako mechanizm ochrony podmiotów z sektora MŚP i realizację zasady proporcjonalności⁶²⁰. Zasada proporcjonalności stanowi zatem miernik, według którego należy oceniać projektowane postanowienia umowne określane przez zamawiającego.

Jak w przypadku każdego przepisu o funkcji ochronnej niezbędne jest porównanie wagi chronionego dobra i wagi dobra, jakie stanowi wolność stron do kształtowania ich

⁶¹⁶ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, 2021, 1041 i n.

⁶¹⁷ Interes zamawiającego jest wyznaczony przez interes publiczny, na straży którego stoi cały system zamówień publicznych. Niekiedy jednak zamawiający nie dostrzegają, że przerzucenie większości ryzyk na wykonawcę nie prowadzi do ochrony interesu publicznego.

⁶¹⁸ H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień...*, s. 1147.

⁶¹⁹ Szerzej kwestia ta zostanie omówiona w dalszej części rozprawy w rozdziale poświęconym faktycznym granicom swobody umów.

⁶²⁰ W. Dzierżanowski, *Możliwości wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych nieobjętych przepisami dyrektyw UE*, w: M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych (monografia naukowa)*, Warszawa 2018, s. 250.

sytuacji prawnej⁶²¹. Na szalach wagi z jednej strony jest potrzeba ochrony wykonawcy jako podmiotu, który ma niewielki wpływ na treść projektowanych postanowień umownych⁶²², z drugiej zaś potrzeba realizacji najważniejszej w prawie cywilnym zasad, jaką jest zasada swobody umów.

W Koncepcji nowego prawa zamówień publicznych postulowano wprowadzenie jasno wyrażonych dyrektyw, aby wzorce umowne kształtować w sposób proporcjonalny. Celem regulacji było zahamowanie praktyki przerzucania wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Skutkiem takich praktyk jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych przez wyższe ceny za realizację zamówienia uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po stronie wykonawców, a także zmniejszenia konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego⁶²³. Mechanizmem, zmierzającym do realizacji tego celu miało być wprowadzenie otwartego katalogu klauzul abuzywnych⁶²⁴, który będzie zawierał postanowienia szczególnie negatywnie oddziałujące na uczestników rynku zamówień publicznych⁶²⁵.

Postulat ten znalazł wyraz w projekcie ustawy PZP, w postaci konkretnej regulacji ustawowej wyrażonej obecnie w art. 433 ustawy PZP. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy PZP: *Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy*

⁶²¹ P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 599.

⁶²² Faktyczny wpływ wykonawcy na treść projektowanych postanowień umownych może być różny w zależności do „dojrzałości” zamawiającego i jego reakcji na ewentualne wnioski o zmianę projektowanych postanowień umownych.

⁶²³ Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 82-83.

⁶²⁴ W doktrynie i orzecznictwie katalog niedopuszczalnych postanowień umownych określony w art. 433 ustawy PZP określany jest mianem „klauzul abuzywnych”. Jednak charakter samej normy nie pozwala na uznanie tego przepisu za określający klauzule abuzywne.

⁶²⁵ Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, s.55 (dostęp: 20.03.2022 r.).

wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”⁶²⁶

Zgodnie z art. 433 ustawy PZP projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Ich zbiór w zasadzie stanowi dorobek orzecznictwa, głównie KIO, obrazujący skalę nadużyć w kształtowaniu postanowień umowy na gruncie PZP2004. Przykładowe postanowienia umowne, które mogą być niezgodne z art. 433 PZP, przygotowuje, na podstawie orzecznictwa KIO oraz sądu zamówień publicznych, i podaje do publicznej wiadomości Prezes UZP (art. 469 pkt 8 ustawy PZP).

Upublicznienie przez Prezesa UZP powyższych informacji ma charakter edukacyjny i informacyjny. W ustawie nie przewidziano bowiem żadnej abstrakcyjnej kontroli umów w sprawie zamówienia. Postanowienia umowy przewidujące niedozwolone postanowienia mogą stanowić przedmiot zarzutów odwołania do Prezesa KIO (art. 513 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP).

⁶²⁶ Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 82-83: *Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nadmiernie restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przeliczanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszty nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego. Kluczowymi rozwiązaniami, które mają zniwelować rzeczony zjawisko nadmiernej jednostronności umów to zwłaszcza: wyraźne wskazania zakazu rażąco nieproporcjonalnych postanowień umowy, obligatoryjne postanowienia umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia, płatności częściowych, czy zaliczek, zmiany w zakresie określania maksymalnej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy.*

Rozważania na temat znaczenia ww. przepisu w kontekście granic swobody umów należy rozpocząć do ustalenia zakresu normy prawnej. Zgodnie z art. 433 ustawy PZP to PPU, a nie sama umowa nie mogą przewidywać określonych w przepisie postanowień. Zakaz został zatem skierowany wprost do zamawiającego jako autora PPU. Jego celem jest, jak już wcześniej wspomniano ograniczenie nadużywania przez zamawiającego jego prawa podmiotowego w kształtowaniu postanowień umowy oraz konieczność wyważenia interesów stron tak, aby zabezpieczyć nie tylko interes zamawiającego, ale też zapewnić należyte wykonanie zamówienia⁶²⁷.

Pomimo umiejscowienia przepisu w Dziale VII ustawy PZP poświęconym umowom w sprawie zamówienia przepis ten nie stanowi regulacji w zakresie umów, jego zakres ogranicza się jedynie do treści PPU. W odróżnieniu od innych regulacji ustawowych odnoszących się do treści umowy⁶²⁸ jego oddziaływanie na treść umowy jest co najwyżej pośrednie. Jeśli zamawiający wbrew zakazowi zawiera w PPU tzw. klauzule abuzywne, wykonawca został wyposażony w instrumenty pozwalające na ich wyeliminowanie (odwołanie do KIO). Jeśli wykonawca z nich nie skorzysta, to po upływie terminu składania ofert⁶²⁹ postanowienia te nie tylko nie muszą, ale wręcz nie mogą być zmienione. W tym znaczeniu przepis art. 433 ustawy PZP jest szczególną ustawową granicą swobody umów o ograniczonym zasięgu.

Wydaje się, że określenie art. 433 ustawy PZP mianem „katalogu klauzul abuzywnych” jest spowodowane zastosowaniem pewnej analogii do idei postanowień abuzywnych (od łac. *abusus* – nadużycie) określonych w art. 385¹ KC. Przesłankami abuzywności postanowień umowy zawieranej z konsumentem jest ich sprzeczność z dobrymi obyczajami i rażące naruszenie interesów konsumenta. Przepis ten dotyczy postanowień niezgodzonych indywidualnie, czyli takich, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta.

Konstrukcja niedozwolonych postanowień umownych została uregulowana przede wszystkim w art. 385¹–385³ KC stanowiących implementację do polskiego porządku prawnego dyrektywy Rady 93/13/EWG z 05.04.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków

⁶²⁷ Postulaty te były wcześniej wyrażane przez UZP (zob. *Raport dotyczący stosowania kar...*) oraz w orzecznictwie sądów (zob. wyr. SO w Gdańsku z 14.07.2011 r., XII Ga 314/11, Legalis nr 1330069).

⁶²⁸ Np. art. 436 - 438 ustawy PZP.

⁶²⁹ Lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybach wieloetapowych, w których projektowane postanowienia umowy publikowane są na etapie przed złożeniem wniosku.

w umowach konsumenckich. Celem regulacji jest zapewnienie skutecznej ochrony konsumenta⁶³⁰. Nowością jest jednak zastosowanie instytucji klauzul abuzywnych do ochrony wykonawcy zamówienia publicznego, czyli podmiotu, który co do zasady ma status przedsiębiorcy, a więc profesjonalnego uczestnika obrotu prawnego⁶³¹.

W doktrynie można spotkać różne sposoby grupowania przesłanek decydujących o abuzywności postanowień umownych w rozumieniu art. 385¹ KC. Najbardziej pełny wydaje się model przyjęty przez *M. Skorego*, w którym to wyróżniono: 1) cztery przesłanki pozytywne: a) występowanie postanowienia w umowie z konsumentem; b) kształtowanie praw i obowiązków w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami; c) naruszenie interesów w sposób rażący; d) brak indywidualnego uzgodnienia postanowienia; 2) dwie przesłanki negatywne: a) postanowienie określa główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie; b) postanowienie zostało sformułowane w sposób jednoznaczny⁶³².

W tym kontekście można dostrzec pewne podobieństwa do klauzul określonych w art. 433 ustawy PZP. Po pierwsze często wykonawca nie ma rzeczywistego wpływu na treści umowy, a zakres „uzgodnień” treści przyszłej umowy ogranicza się do możliwości zwrócenia się z wnioskiem o wyjaśnienie treści PPU, który przybiera postać wniosku o zmianę postanowień umownych. Warto jednak podkreślić, że ustawa PZP nie przewiduje wprost możliwości „negocjowania” treści umowy w przypadku trybów przetargowych (ustanie czy pisemnie)⁶³³.

Po wtóre, niekiedy chęć ochrony interesu publicznego powoduje, że zamawiający stawiają go ponad inne dobra, w tym interesy wykonawcy, tworząc PPU w sposób rażąco naruszający te interesy. Wynikać to może z faktu, że w orzecznictwie KIO dominował niegdyś pogląd, że ta dysproporcja pomiędzy uprawnieniami stron i adhezyjny charakter umowy o zamówienie publiczne wynikają nie tyle z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, ile z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym, co stanowi o dopuszczalności ograniczenia swobody umów⁶³⁴. Z kolei ryzyka, niejako narzucone

⁶³⁰ R. Trzaskowski w: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom 3. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 852.

⁶³¹ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1041 i n.

⁶³² M. Skory, *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Wrocław 2005, Lex/el 2020, rozdz. II, podrozdz. 2. Przesłanki uznania postanowienia za niedozwolone.

⁶³³ Wyjątkiem są tzw. tryby negocjacyjne, które wprowadzają element negocjacji lub dialogu jako jeden z etapów procedury.

⁶³⁴ Wyr. KIO z 16.06.2009 r., KIO/UZP 694/09, LEX nr 508277 oraz z 26.11.2009 r., KIO/UZP 1547/09, LEX nr 536851.

wykonawcy przez zamawiającego, mogą zostać skwantyfikowane i ostatecznie znaleźć odzwierciedlenie w cenie oferty⁶³⁵. Pogląd ten w połączeniu z obecnym w judykaturze poglądem o braku kompetencji KIO w zakresie ingerencji w treść przyszłych postanowień umownych doprowadził do sytuacji, w którego umowa w sprawie zamówienia publicznego przybrała charakter quasi-adhezyjny.

Jak słusznie podkreśla jednak *T. Michalczyk* taka dysproporcja w kształtowaniu uprawnień i obowiązków stron kłóci się jednak z założeniem, że zamawiający działa w interesie publicznym, rozumianym jako racjonalne wydatkowanie środków publicznych. W konsekwencji bowiem ryzyka narzucone przez zamawiającego wpływają na podwyższenie ceny oferty, w oderwaniu od rzeczywistej lub przynajmniej uzasadnionej z ekonomicznego punktu widzenia wartości przedmiotu zamówienia⁶³⁶.

Na tym koniec wyraźnych podobieństw konstrukcji prawnej określonej w art. 433 ustawy PZP, a klauzulami niedozwolonymi określonymi w prawie konsumenckim. Rozważenia wymaga zatem zasadność wprowadzenia przepisów w tej formie. Z punktu widzenia skutku dla wykonawcy, norma ta ma na tyle ograniczone znaczenie, że trudno jednoznacznie uznać, ją za realną ochronę wykonawcy. Skierowanie przepisu do zamawiającego, który jest autorem projektowanych postanowień umownych, miało na celu nakreślenie kierunków postępowania przy kształtowaniu postanowień przyszłej umowy. Jednak skuteczność normy powinna być oceniana przede wszystkim przez pryzmat sposobu egzekwowania pożądanego zachowania.

W praktyce przepis ten chroni wykonawcę tylko o tyle, o ile zwróci się on o ochronę swoich interesów do KIO. W związku z tym, można pokusić się o stwierdzenie, że jest to w zasadzie przepis, który staje się normą wyznaczającą wzorzec postępowania zamawiającego (od strony negatywnej). Nie jest możliwe w tym wypadku korzystanie z art. 5 KC, ponieważ przepis ten nie odnosi się do kreowania treści stosunku zobowiązaniowego, a jedynie pozwala na ocenę, czy prawidłowo ukształtowana treść, z której wynikają uprawnienia wierzyciela *in casu* nie jest wykonywana w sposób sprzeczny z klauzulami generalnymi wymienionymi w tym przepisie⁶³⁷.

⁶³⁵ Wyr. SO we Wrocławiu z 14.04.2008 r., X Ga 67/08, LEX nr 1713249; T. Michalczyk w: M. Cecerko, B. Cieszyńska. T. Darowski, T. Michalczyk, M. Orkusz, K. Pocięcha, *Odstąpienie od umowy na roboty budowlane*, Warszawa 2020, nb 573.

⁶³⁶ T. Michalczyk w: M. Cecerko, B. Cieszyńska. T. Darowski, T. Michalczyk, M. Orkusz, K. Pocięcha, *Odstąpienie od umowy...*, nb 572.

⁶³⁷ M. Pecyna, *Kontrola wzorców...*, s. 157.

5.3.2. Obowiązkowa treść umowy

Kolejna grupa przepisów stanowiących ograniczenie swobody umów odnosi się do postanowień obowiązkowych, które powinna zawierać każda umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na przedmiot zamówienia, wartość czy tryb postępowania poprzedzającego jej zawarcie. Jak słusznie zauważa *J. Jerzykowski* chociaż nowe regulacje zawarte zostały w dziale poświęconym umowie, wymuszają zarazem określoną postać PPU⁶³⁸, a ich brak w treści PPU może stanowić podstawę odwoławczą. Również w tym przypadku celem wprowadzenia nowych norm jest zrównoważenie w podstawowym zakresie sytuacji stron umowy i zapobieganie ponoszeniu przez wykonawcę nadmiernego ryzyka związanego z wykonywaniem umowy⁶³⁹.

Charakter obligatoryjnych postanowień umownych jest niejednorodny. Niektóre - jak np. te wynikające z art. 435 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, który stanowi, że umowa w sprawie zamówienia zawiera postanowienia określające warunki zapłaty wynagrodzenia - mają charakter porządkujący. Określając wymóg zawarcia w umowie postanowień dotyczących warunków zapłaty wynagrodzenia ustawodawca nie zdecydował się jednak na skonkretyzowanie minimalnych wymogów odnoszących się do treści takich postanowień ani tym bardziej stopnia ich szczegółowości. W piśmiennictwie i orzecznictwie mianem warunków wypłaty wynagrodzenia określa się postanowienia odnoszące się do formy wynagrodzenia (np. wynagrodzenie ryczałtowe, obmiarowe, prowizyjne), terminu zapłaty wynagrodzenia, sposobu jego rozliczenia (w tym możliwość zapłaty wynagrodzenia w częściach lub wypłaty zaliczek, z uwzględnieniem dalszych ograniczeń wynikających z art. 443 ustawy PZP), zasad fakturowania (z uwzględnieniem dalszych ograniczeń wynikających z przepisów ustawy z dnia 08.03.2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych⁶⁴⁰ oraz ustawy z dnia 09.11.2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno-prywatnym⁶⁴¹) oraz informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między

⁶³⁸ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1053 i n.

⁶³⁹ *Ibidem*, s. 1053.

⁶⁴⁰ Dz.U. z 2021 r. poz. 424 ze zm.

⁶⁴¹ Dz.U. z 2020 r. poz. 1666 ze zm.

zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych⁶⁴².

Inny rodzaj obowiązkowych postanowień umownych kreuje ograniczenia o charakterze ochronnym lub inaczej gwarancyjnym. Ochronie podlega słabsza strona stosunku prawnego, za jaką ustawodawca uznał wykonawcę. Funkcja gwarancyjna polega na zabezpieczeniu wykonawcy przed nadużywaniem przez zamawiającego pozycji preferenta poprzez takie formułowanie PPU, które jest nakierowane na realizację wyłącznie jego interesów.

Przykładem jest art. 436 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którym umowa zawiera postanowienia określające planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Pierwszym ograniczeniem jest tu obowiązek oznaczenia czasu trwania umowy za pomocą terminu w postaci: *dies certus an, certus quando*. Świadczą o tym m.in. wymagania związane z określonością opisu przedmiotu zamówienia oraz konieczność zawarcia umowy na czas oznaczony. Prawo cywilne zasadniczo pozostawia stronom czynności prawnej swobodę w tym zakresie pod warunkiem, że termin ten zostanie określony poprzez zdarzenie przyszłe i pewne, dlatego przepis ustawy PZP należy uznać za dalej idącą ustawową granicę swobody umów.

Jednak zasadniczym celem wprowadzenia ograniczenia co do sposobu określania terminu wykonania umowy była chęć ograniczenia ryzyk kontraktowych wykonawców oraz wiązanych z nimi kosztów. Nie znając terminu zawarcia umowy, wykonawcy zmuszeni byli przewidywać, jak długo potrwa sama procedura i kiedy zostanie zawarta umowa, aby ustalić ostateczny czas, jaki będą mieli na jej wykonanie⁶⁴³.

Podobny charakter ma obowiązek zastrzegania maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP). Limit kar umownych ma na celu ograniczenie ryzyk wykonawcy, związanych z udziałem w postępowaniu, w którym drugą stroną jest zazwyczaj podmiot związany dyscypliną finansów publicznych. Z drugiej strony chroni także samego zamawiającego, który nie

⁶⁴² Por. wyrok SO w Katowicach z 07.07.2020 r., XIX Ga 513/20, niepubl.

⁶⁴³ H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień...*, s. 1154.

naraża się na dochodzenia kar umownych, które z uwagi na swoją wysokość z dużą dozą prawdopodobieństwa byłyby zmiarkowane przez sąd.

Należy zgodzić się jednak ze stanowiskiem *J. Jerzykowskiego*, który wskazuje, że ewidentną wadą przyjętego rozwiązania jest brak ustawowego określenia wysokości maksymalnej kar umownych zastrzeżonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Z formalnoprawnego punktu widzenia limit kar umownych wielokrotnie wyższy niż kwota wynagrodzenia będzie zgodny z ustawą jednak w żaden sposób nie gwarantuje osiągnięcia celu w postaci ochrony wykonawcy⁶⁴⁴. W trakcie prac nad projektem ustawy PZP proponowano, aby łączna wysokość kar umownych nie mogła przekroczyć 20% wartości netto umowy. Jednak propozycja ta przepadła w toku uzgodnień międzyresortowych⁶⁴⁵. Z ostrożnością należy rozważać postulat ogólnego określenia limitu kar umownych w sytuacji, gdy przedmiot i warunki wykonania umowy mogą być bardzo różne. Dlatego należałoby się przychylić do kierunku prezentowanego przez UZP, który wskazuje, że: projektując postanowienia umowne w przedmiocie kar umownych zamawiający powinni mieć na uwadze, że wysokość kar umownych nie może być dowolna, a jej ustalenie należy poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy⁶⁴⁶.

Z przeprowadzonych badań wynika, że zamawiający zasadniczo przestrzegają, niewskazanych wprost w ustawie PZP, wytycznych dotyczących określania poziomu kar umownych, wyznaczając go na poziomie 20-30% wartości wynagrodzenia brutto. Rzadziej limit kar umownych ustalano na poziomie 50% wynagrodzenia lub wyższym. W niektórych jednak przypadkach osiągnięcie wskazanego w umowie limitu kar umownych stanowiło jednocześnie umowną podstawę do odstąpienia od umowy, co powodowało wątpliwości w kontekście trwałości stosunku prawnego.

Kolejną grupą ograniczeń w zakresie treści umowy są ograniczenia dotyczące klauzul waloryzacyjnych (art. 436 pkt 4 lit b oraz art. 439 ustawy PZP). Przepisy wymagają od zamawiającego określenia w umowie zasad zmiany wynagrodzenia, jednak również w

⁶⁴⁴ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, 2021, art. 436 nb. 6.

⁶⁴⁵ A. Gawrońska-Baran w: E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 406.art. nb. 4.

⁶⁴⁶ Raport dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych, Warszawa 2018 https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0018/36414/Raport-kary_umowne_2018.pdf (dostęp 22.03.2023 r.)

tym przypadku, ani ich treść, ani stopień szczegółowości nie zostały przez ustawodawcę określone. Z uzasadnienia do projektu o zmianie ustawy⁶⁴⁷ oraz stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że zasady te muszą być „odpowiednie”. Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony niejako automatycznie, według opisanej krok po kroku procedury mogły dokonać procesu zmian⁶⁴⁸.

Jak wynika z art. 436 pkt 4 lit b ustawy PZP w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zamawiający określa w umowie zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę⁶⁴⁹,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 04.10.2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych⁶⁵⁰

jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 439 ustawy PZP umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi⁶⁵¹, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w

⁶⁴⁷ Uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, Sejm VII Kadencji Druk nr 1653.

⁶⁴⁸ Wyrok KIO z 21.05.2015 r., KIO 941/15, LEX nr 1798004. A. Gawrońska-Baran w: E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 406.art. nb. 10.

⁶⁴⁹ t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.

⁶⁵⁰ t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 46 ze zm.

⁶⁵¹ Przedmiotem umowy w sprawie zamówienia są wyłącznie dostawy, usługi lub roboty budowlane, dlatego wymienienie przedmiotu zamówienia stanowi swego rodzaju *superfluum* ustawowe. Powstało ono w wyniku zmiany ustawy PZP z dnia 07.10.2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 2185), która weszła w życie 10.11.2022 r., kiedy to poszerzono zakres normy o umowy, których przedmiotem są dostawy i skrócono okres obowiązywania umowy, który uzasadnia wprowadzenie klauzul z 12 do 6 miesięcy.

przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów⁶⁵² związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do określenia w umowie: poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowego termin i sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia⁶⁵³, sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenia okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy, a także maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania waloryzacji. Powstaje zatem pytanie o znaczenie tych przepisów dla ograniczenia swobody kształtowania treści umowy. Użyte w przepisie sformułowanie „umowa zawiera” oznacza, że brak wprowadzenia takich postanowień umownych jest zaniechaniem, naruszającym normy prawne⁶⁵⁴.

Jak słusznie podkreśla się w doktrynie normy zawierają wymogi w zakresie metodologii skonstruowania klauzul waloryzacyjnych przez zamawiającego⁶⁵⁵, ale nie co do ich treści. Dlatego w orzecznictwie KIO można napotkać dwa skrajne poglądy co do zakresu kontroli PPU w kontekście zgodności w ww. normami. Pierwszy wskazuje, że ocena adekwatności klauzuli do obecnej sytuacji rynkowej nie leży w kompetencjach KIO; to zamawiający, jako gospodarz postępowania uprawniony jest do takiej oceny, gdyż w razie błędnej decyzji również zamawiający poniesie jej konsekwencje. Wykonawca, którego roszczenia nie zostaną pokryte w ramach klauzuli waloryzacyjnej, ma prawo wystąpić na drogę sądową i domagać się stosownego podwyższenia wynagrodzenia⁶⁵⁶. Drugi pogląd wskazuje, że poszczególni zamawiający mają swobodę w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia, ale jednocześnie obowiązek zastosowania klauzuli waloryzacyjnej dostosowanej do charakteru zamówienia. Tak np. postanowienie projektu umowy określające waloryzację na poziomie do 1% ceny

⁶⁵² Zgodnie z art. 439 ust. 4 ustawy PZP: *Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.*

⁶⁵³ Może to nastąpić z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

⁶⁵⁴ Wyrok KIO z 04.05.2022 r., KIO 1085/22, LEX nr 3362688.

⁶⁵⁵ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1067.

⁶⁵⁶ Wyrok KIO z 03.06.2022 r., KIO 1088/22, Legalis nr 2790267.

oferty wykonawcy Izba uznała za zupełnie nieadekwatne do sytuacji na rynku budowlanym, nakazując podwyższenie tego poziomu do 10%⁶⁵⁷.

Trudno odmówić racji Izbie, gdy wskazuje, że jej kognicja jest wpisana w treść samej normy, a skoro ta nie określa chociażby klauzul generalnych wskazujących na racjonalność, adekwatność, dostosowanie do realiów rynkowych lub innych systemów referencyjnych pozwalających na ocenę materialną treści klauzuli waloryzacyjnej, Izba nie ma podstaw do samodzielnego ich określania. Z drugiej strony brak inicjatywy Izby w tym zakresie uczynić może normę kolejnym pustym formalizmem, a rolą Izby jest stosowania ustawy PZP, w granicach zasad określonych w Dziale I Rozdziale II ustawy PZP.

Niemal wszystkie badane PPU zawierały klauzule waloryzacyjne, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit b oraz art. 439 ustawy PZP. Na podstawie przeprowadzonych badań ujawniono, że znaczna część klauzuli waloryzacyjnych w rzeczywistości nie pozwala na przeprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia. Jedną z podstawowych ich wad jest niedookreśloność. Przykładem może być postanowienie, zgodnie, z którym: *wynagrodzenie Wykonawcy będzie podlegało waloryzacji z uwzględnieniem wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „Wskaźnik”)*. Nie jest jednak jasne o jakie wskaźnik chodzi oraz jaka wartość wskaźnika uprawnia do zmiany wynagrodzenia. Inne dotyczyły samych założeń, które warunkowały złożenie wniosku o zmianę wynagrodzenia, np. *w przypadku zmiany stawki podatku akcyzowego gdy stawka wzrośnie lub spadnie co najmniej o 20%, wówczas cena ofertowa netto, zostanie zwaloryzowana proporcjonalnie do wzrostu lub spadku co najmniej o 20% stawki podatku akcyzowego – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę*⁶⁵⁸. Wiele innych badanych PPU zawiera postanowienia, które w mniej jaskrawy sposób, ale ograniczają rzeczywiste możliwości waloryzacji wynagrodzenia. Prowadzi to do ostrożnych wniosków o niedostatku uregulowań ustawowych, które gwarantują obecność klauzul waloryzacyjnych, ale nie zapewniają rzeczywistego i realnego narzędzia zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany realiów rynkowych związanych z jej wykonywaniem.

⁶⁵⁷ Wyrok KIO z 02.03.2022 r., KIO 440/22, Legalis nr 2728173.

⁶⁵⁸ § 12 ust. 3 pkt 1 lit d PPU w postępowaniu na Dostarczenie pojemników oraz odbiór i zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wraz z selektywną zbiórką odpadów z terenu Gminy Jeżów.

Ostatnią istotną grupą obowiązkowych postanowień umownych są wymogi dotyczące treści konkretnego typu umowy – umowy o roboty budowlane. Dotyczą one przede wszystkim obowiązków związanych z angażowaniem podwykonawców, które zostaną omówione w kolejnej części rozprawy.

5.3.3. Wpływ na podwykonawcę

Swoboda umów doznaje w prawie zamówień publicznych ograniczeń dużo dalszych niż tylko te, które stanowią ingerencję w stosunki umowne między zamawiającym a wykonawcą. Wkracza również w sferę umów zawieranych przez wykonawców z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami, i to znacznie szerzej niż ma to miejsce w przepisach KC (np. art. 647¹ KC). Umowa o podwykonawstwo stanowi umowę odrębną od umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, chociaż jest z nią związana. Mimo to prawo zamówień publicznych wprowadza wiele ograniczeń w zakresie zawierania takich umów i kształtowania ich treści. Wymogi w zakresie umów dotyczących podwykonawców należy jednak odczytywać nie tracąc z pola widzenia, że podwykonawcę oraz zamawiającego nie łączy żaden stosunek umowny, dlatego wpływ zamawiającego na sytuację podwykonawcy powinien być ograniczony do niezbędnego minimum. Czy tak rzeczywiście jest, na to pytanie postaram się odpowiedzieć analizując przepisy ustawy PZP. Fragment ten poświęcam zatem określeniu granic zasady swobody umów przy zawieraniu umów podwykonawstwa w prawie zamówień publicznych.

W 2013 r.⁶⁵⁹ po raz pierwszy w prawie zamówień publicznych pojawiły się normy, których celem było umożliwienie zamawiającemu ingerencji w treść umów podwykonawczych w niezbędnym stopniu⁶⁶⁰, aby chronić interesy podwykonawcy. Uznano, że ochrona podwykonawstwa ma kluczowe znaczenie dla udziału podmiotów z sektora MŚP w realizacji kontraktów publicznych. Z kolei konieczność ochrony interesu publicznego nakazuje uwzględnienie wymogów dotyczących podwykonawców, jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych i niezakłóconego ich wykonywania. Wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę następuje na rzecz wykonawcy, służy jednak spełnieniu zobowiązań

⁶⁵⁹ Przepisy o podwykonawstwie zostały dodane ustawą z dnia 08.11.2013 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1473), która weszła w życie 24.12.2013 r.

⁶⁶⁰ P. Dzierzędzki, *Podwykonawstwo jako forma udziału małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych oraz ochrona ich interesów na tle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – wybrane zagadnienia* w: M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych (monografia naukowa)*, Warszawa 2018, s. 237.

zaciągniętych przez wykonawcę w stosunku do zamawiającego, stąd też zamawiający powinien mieć wpływ na treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.⁶⁶¹ Uzasadniając konieczność wprowadzenia przepisów ingerujących w swobodę zawierania umów o podwykonawstwo wskazano, że: *Pomimo tego, że kwestie związane z relacjami prawnymi zachodzącymi pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego i podwykonawcami oraz pomiędzy podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, powinny co do zasady podlegać zasadzie swobody umów, stosunki te i sposób ich uregulowania mają zasadniczy wpływ na jakość i efektywność realizacji zamówień publicznych, a więc odnoszą się do sfery publicznoprawnej uregulowanej w ustawie PZP*⁶⁶².

Ustawa PZP wprowadza również szereg **ograniczeń kształtujących sytuację podwykonawców**. Umowa o podwykonawstwo to w rozumieniu ustawy PZP umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawarta między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia⁶⁶³.

W art. 437 ust. 1 ustawy PZP wprowadzono wiele wymogów co do samej treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, które wpływają na swobodę zawierania umów podwykonawstwa i kształtowania ich treści. Można je uznać za odpowiadające potrzebom realizacji innych ustawowych obowiązków zamawiającego lub wspierające ich realizację. Zatem sam przepis można potraktować jako pomocniczy, chociaż jego wpływ na zasadę swobody umów jest niebagatelny.

I tak na mocy art. 437 ust. 1 ustawy PZP: umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera postanowienia dotyczące:

- 1) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej

⁶⁶¹ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm RP VII kadencji, nr druku 1179, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1179> (dostęp 20.04.2022).

⁶⁶² *Ibidem*.

⁶⁶³ Definicja legalna umowy o podwykonawstwo została zawarta w art. 7 pkt 27 ustawy PZP.

- zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;
- 2) wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;
 - 3) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;
 - 4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
 - 5) terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
 - 6) zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;
 - 7) wysokości kar umownych, z tytułu:
 - a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
 - b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,
 - c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,
 - d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, zgodnie z art. 464 ust. 10 ustawy PZP.

Część powstałych w ten sposób wymogów ma charakter organizacyjny, określając sposób postępowania na etapie zgłaszania podwykonawców i procedurę akceptacji przez zamawiającego umów zawieranych pomiędzy wykonawcami a podwykonawcami. Inne, określają wymogi minimalne umowy w sprawie zamówienia, ingerując pośrednio w treści umowy podwykonawstwa. Z punktu widzenia umów w sprawie zamówień, postanowienia te stanowią oczywistą ustawową granicę swobody umów. Dlatego istotnym zagadnieniem

w dalszej części rozważań będzie określenie ich charakteru z punktu widzenia swobody kształtowania umów podwykonawstwa.

W pozostałym zakresie strony umowy o podwykonawstwo mają swobodę w zakresie kształtowania treści swojej umowy. W szczególności, korzystając z zasady swobody umów strony w umowie o podwykonawstwo mogą wprowadzić postanowienia, które spowodują uzależnienie losu tej umowy od umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym⁶⁶⁴. Najczęstszymi przykładami takich postanowień są klauzule warunkujące zmianę umowy o podwykonawstwo, zmianą umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą lub warunkujące nałożenie kar umownych karami nakładanymi przez zamawiającego na wykonawcę (w granicach kar zastrzeżonych w umowie o podwykonawstwo).

Na gruncie KC **umowa o podwykonawstwo nie musi być zawarta w określonej formie**⁶⁶⁵. Przepisy KC po zmianach dokonanych w regulacji umowy o roboty budowlane ustawą z 18.02.2003 r., wymagały dla umowy podwykonawstwa formy pisemnej pod rygorem nieważności⁶⁶⁶. Zgodnie z brzmieniem art. 647¹ § 4 KC sprzed nowelizacji forma umowy podwykonawczej była formą *ad solemnitatem*, o której mowa w art. 73 § 1 KC. Prowadziło to do powstania pewnego dualizmu w zakresie formy, który powodował, że umowa, która może dotyczyć całej inwestycji, tj. wszystkich robót budowlanych, mogła zostać stwierdzona pismem, zaś umowa, która zakresem obejmuje jedynie wycinek prac, musiała mieć formę pisemną. Jak wskazuje *T. Szanciło* było to całkowicie nieracjonalne rozróżnienie i słusznie zostało zniesione⁶⁶⁷. Aktualnie wymogi w zakresie formy umowy o roboty budowlane i umowy podwykonawstwa na gruncie KC zostały ujednoczone; umowy takie wymagają stwierdzenia na piśmie, czyli formy pisemnej *ad probationem*⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ Z. Radwański, *Teoria...*, Warszawa 1977, s. 232.

⁶⁶⁵ Wskutek zmiany art. 647¹ KC, która weszła w życie 01.06.2017 r., forma wszelkich umów o roboty budowlane, jest uregulowana w art. 648 § 1 KC. Oznacza to, że forma pisemna, forma dokumentowa oraz forma elektroniczna jest zastrzeżona zarówno dla umowy o podwykonawstwo jedynie dla celów dowodowych.

⁶⁶⁶ Postanowienie SN z 29.05.2020, I CSK 561/19, Legalis 2559788.

⁶⁶⁷ M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2023, art. 647¹, nb 11.

⁶⁶⁸ Zob. np. wyr. SN z 28.08.2013 r., V CSK 362/12, Legalis nr 846782; wyr. SA we Wrocławiu z 09.04.2013 r., I ACa 239/13, Legalis nr 999381; wyr. SA w Szczecinie z 22.01.2016 r., I ACa 974/15, Legalis nr 1460563; wyr. SA w Gdańsku z 21.03.2017 r., I ACa 739/16, Legalis nr 1717372; wyr. SA w Warszawie z 10.03.2021 r., V ACa 732/19, OSA 2021, Nr 6, poz. 15; B. KostECKI, *Uwagi na temat wykładni przepisu art. 647(1) Kodeksu cywilnego*, PUG 2004, Nr 7, s. 22; J. Bieluk, K. Zadykowiec-Sokół, *Umowa o roboty budowlane w Kodeksie cywilnym i Prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, art. 648, pkt I.A.2.

W prawie zamówień publicznych do formy umowy o podwykonawstwo odnosi się wprost sama definicja zawarta w art. 7 pkt 27 ustawy PZP, zgodnie z którą pod pojęciem tym należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Inaczej niż w przypadku umowy w sprawie zamówienia forma nie została zastrzeżona pod rygorem nieważności, zatem powołując się na art. 8 ust. 1 ustawy PZP, należy przyjąć, że umowa o podwykonawstwa wymaga formy pisemnej *ad probationem*.

Zgodnie z art. 464 ust. 1 ustawy PZP wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia, do **przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy**, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. Ma to umożliwić zamawiającemu zapoznanie się z treścią przyszłej umowy i zgłoszenie zastrzeżeń (w formie pisemnej, pod rygorem nieważności) do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo. Zamawiający może zgłaszać zastrzeżenia w ściśle określonych przypadkach, tj. gdy umowa nie spełnia jego wymagań zawartych w dokumentach zamówienia, przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia faktury lub zawiera postanowienia kształtujące prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą (art. 463 ustawy PZP).

Powstaje jednak pytanie, czy obowiązek przedłożenia projektu umowy ma charakter ustawowy, czy umowny. Rozstrzygnięcie tej kwestii wpływa bowiem na źródło ograniczenia, co w konsekwencji rzutuje na jego charakter jako granicy swobody umów. W doktrynie zagadnienie to nie zostało jednoznacznie przesądzone. Za umownym charakterem tego obowiązku opowiada się *J. Jerzykowski*⁶⁶⁹, przywołując na poparcie tej tezy szereg argumentów, m.in. konieczność zawarcia wymogu przedstawienia projektu

⁶⁶⁹ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1189.

umowy o podwykonawstwo w umowie w sprawie zamówienia, a także brak ustawowych terminów na zgłoszenie uwag, co wskazuje na konieczność określenia terminów umownych. W mojej ocenie obowiązek ten jest obowiązkiem ustawowym i jako taki powinien być potraktowany na równi z innymi ograniczeniami swobody umów. Przyjęcie, że wymóg ma charakter umowny, oznaczałoby, że zaniechanie określenia wymogu w umowie wprowadzi czyni samą umowę wadliwą, ale prowadzi do braku obowiązku przedkładania projektu umowy o podwykonawstwo zamawiającemu, co niweczy cały system, który miał na celu zagwarantowanie ochrony podwykonawcy, przy przyznaniu pewnych gwarancji zamawiającemu. Ponadto ustawa PZP nie ingeruje w treść umowy o podwykonawstwo w zakresie minimalnych wymogów odnoszących się do przedkładania umów o dalsze podwykonawstwo. To z kolei prowadzi do wniosku, że podwykonawca ma pełną swobodę w kształtowaniu treści umowy w tym zakresie, czyli może nie zobligować dalszego podwykonawcy do złożenia umowy. Wówczas obowiązek przedłożenia takiej umowy w ogóle nie powstanie, skoro ma jedynie wymiar umowny. Wydaje się zatem, że zabieg ustawodawcy polegający na wprowadzeniu do ustawy PZP obowiązku przedkładania projektów umów o podwykonawstwo, był zabiegiem celowym, a sam wymóg należy potraktować jako ustawowy. Wzmocniony został jedynie przepisem wymieniającym wśród obligatoryjnych postanowień umowy w sprawie zamówienia na roboty budowlane określenie obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian.

Na uwagę zasługuje również fakt, że kwestie udziału podwykonawcy w wykonywaniu umowy o roboty budowlane zostały oparte na podobnym modelu, jaki funkcjonuje na gruncie KC. Solidarna odpowiedzialność zamawiającego za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia została osadzona w obowiązkach formalnych związanych z koniecznością zgłaszania podwykonawców, akceptacji treści umów oraz ich zmian, weryfikacji samego podwykonawcy itp. W przepisach KC wymóg akceptacji podwykonawców wiąże się z koncepcją solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (art. 647¹ § 1 KC). Celem przepisu, jak wskazano w uzasadnieniu jego wprowadzenia, jest *„zapobieganie negatywnym zjawiskom w gospodarce, w szczególności nie regulowania przez wykonawców robót budowlanych należnej zapłaty za prace wykonane przez podwykonawców – małych i*

*średnich przedsiębiorców*⁶⁷⁰. Podobny cel przyświecał regulacjom zawartym w ustawie PZP.

Nasuwa się zatem pytanie o zakres i podstawę prawną ograniczenia swobody umów o podwykonawstwo, w szczególności o możliwość umownego rozszerzenia wymogów wobec podwykonawcy również w umowach, których przedmiotem są dostawy lub usługi pomimo braku solidarnej odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Odpowiedź na to pytanie zależy w dużej mierze od odpowiedzi na inne pytanie, czy zasadniczym celem regulacji jest ochrona podwykonawcy, czy może ochrona zamawiającego, który wraz z wprowadzeniem solidarnej jego odpowiedzialności został wyposażony w instrumenty gwarantujące odpowiedni poziom bezpieczeństwa prawnego.

Już na gruncie ustawy PZP2004 przepisy nakładały na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawcy zapewnienia pewnych standardów w ramach umów zawieranych z podwykonawcami. Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy PZP2004 przyznawał zamawiającemu wprost uprawnienie do takiego kształtowania wymogów przetargowych (w przypadku zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane), aby uwzględniały wymagania dotyczące treści umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane. Niespełnienie tych wymagań powodowało zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu. Obecnie, w braku podobnej regulacji, uprawnienie takie można jedynie pośrednio wyinterpretować z treści art. 464 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP, który upoważnia zamawiającego do zgłoszenia zastrzeżeń, jeśli przedstawiony projekt umowy nie spełnia wymagań określonych w dokumentach zamówienia⁶⁷¹.

Treść normy nadającej zamawiającemu uprawnienie do ingerowania w treść stosunku zobowiązaniowego podmiotów trzecich budzi jednak wątpliwości i była przedmiotem sporów. Ich źródłem jest redakcja przepisów, która w istocie przekłada się na treść normy. Zezwala ona zamawiającemu na ingerencję w sferę objętą konstytucyjną zasadą swobody działalności gospodarczej i swobody kształtowania stosunków umownych, ale nie wyznacza granic uprawnienia zamawiającego. Granice tej ingerencji względnie kryteria umożliwiające jej weryfikację powinny być wskazane w treści tej normy⁶⁷². Jest to szczególnie istotne w przypadku norm, które ingerują w chronioną

⁶⁷⁰ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, Druk sejmowy Nr 888.

⁶⁷¹ Taką interpretację potwierdza SO w Warszawie w wyroku z 09.11.2021, XXIII Zs 103/21, Legalis nr 2640314.

⁶⁷² P. Drapała, *Ochrona roszczeń podwykonawców – mankamenty legislacyjne i wątpliwości w zakresie wykładni art. 143a–143d ZamPublU*, Kwartalnik PZP 2016, Nr 1, s. 22.

konstytucyjnie zasadę swobody działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji RP) oraz zasadę autonomii woli. W przywołanych przepisach poza ogólnym upoważnieniem zamawiającego do określania wymogów w zakresie treści umów o podwykonawstwo brak określenia granic dopuszczalnej ingerencji⁶⁷³.

Podstaw prawnych ingerencji zamawiającego w treść umowy o podwykonawstwo należy poszukiwać we wspomnianym już art. 464 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 437 pkt 6 ustawy PZP, zgodnie z którym umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera również postanowienia dotyczące zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami. W piśmiennictwie słusznie podkreśla się, że uprawnienie zamawiającego do ingerowania w swobodę kształtowania treści umów pomiędzy osobami trzecimi wymaga wyraźnej podstawy normatywnej⁶⁷⁴. Dodatkowo norma taka powinna być możliwie jednoznaczna, aby zapobiec rozszerzającej wykładni⁶⁷⁵.

W związku z tym, kwestionując określane przez zamawiających wymagania dotyczących treści przyszłych umów z podwykonawcami, wykonawcy często powoływali się na zasadę swobody umów⁶⁷⁶. W orzecznictwie dominował pogląd, że w braku ustawowych granic uprawnienia zamawiającego do określania wymogów w zakresie umowy o podwykonawstwo, w szczególności braku ograniczania, że mogą one obejmować wyłącznie kwestie wynikające wprost z przepisów ustawy PZP⁶⁷⁷, przyjmowano, że mogą dotyczyć różnych elementów umowy. W jednym z orzeczeń Izba wprost wskazała, że *nie stoi na przeszkodzie, aby wykonując uprawnienie wynikające z przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy PZP2004 (obecnie pośrednio z art. 464 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP – przyp. autorki), zamawiający kształtował prawa i obowiązki strony umowy o podwykonawstwo w zakresie regulowanym sferą przepisów o charakterze dyspozytywnym, wybierając niejako za strony umowy określone rozwiązania*. Izba przyznała, że stanowi to ingerencję w swobodę kontraktowania, jednakże odbywa się ona za przyzwoleniem ustawodawcy, który – jak wspomniano – pozostawił zamawiającemu swobodę w określeniu wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo, która służyć ma urzeczywistnianiu celów, które

⁶⁷³ Zob. wyrok SN z 20.05.2004 r., II CK 354/04, OSNC Nr 5/2005, poz. 91.

⁶⁷⁴ P. Drapała, *Ochrona roszczeń...*, s. 22.

⁶⁷⁵ Co do zasad prawidłowej (poprawnej) legislacji zob. wyrok TK z 11.01.2000 r., K 7/99, OTK Nr 1/2000, poz. 2; wyrok TK z 24.02.2003 r., K 28/02, OTK Seria A Nr 2/2003, poz. 13 oraz wyrok TK z 27.11.2006 r., K 47/04, OTK Seria A Nr 10/2006, poz. 153.

⁶⁷⁶ P. Dzierzędzki, *Podwykonawstwo jako forma udziału...*, s. 238.

⁶⁷⁷ Np. wyrok KIO z 24.08.2016 r., KIO 1477/16, Legalis nr 1537213, wyrok KIO z 25.11.2016 r., KIO 2135/16, Legalis nr 1544052.

przyświecały wprowadzeniu tych przepisów. Granicami tego uprawnienia są według Izby wyłącznie normy bezwzględnie obowiązujące.⁶⁷⁸

W innym orzeczeniu Izba rozszerzyła te granice również do norm o charakterze semiimperatywnym. KIO uznała za dopuszczalne (i zgodne z zasadami współżycia społecznego) skrócenie przez zamawiającego maksymalnego terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przewidzianego w umowie o podwykonawstwo, z 30 dni (termin przewidziany w art. 143b ust. 2 ustawy PZP2004, obecnie art. 464 ust. 2 ustawy PZP) do 15 dni. Izba powoła się przy tym na sam cel regulacji dotyczących podwykonawstwa, jakim jest ochrona interesu publicznego oraz ochrona słabszej strony stosunku prawnego (podwykonawcy)⁶⁷⁹. Z orzeczenia tego zdaje się zatem wynikać, że za granicę wytyczającą uprawnienie zamawiającego, a tym samym swobodę umów w obszarze dotyczących wykonawcy i podwykonawcy, uznano sam cel regulacji, a właściwie skutek, jaki ingerencja zamawiającego ma wywołać dla jego osiągnięcia. Jeżeli skutek ten wpisuje się w cel, jaki przyświecał ustawodawcy, to działanie takie uznawano za prawidłowe. Innymi słowy, ingerencja zamawiającego w treści przyszłej umowy z podwykonawcą możliwa jest w granicach uzasadnionych interesem zamawiającego, podczas gdy rola zamawiającego w zakresie wykonywania samej umowy przybiera formę swoistego zabezpieczenia zapłaty wynagrodzenia.

Podobną argumentacją posłużyła, się KIO w wyroku z dnia 05.07.2021 r., KIO 1381/21, KIO 1388/21, a następnie SO w Warszawie w wyroku z dnia 09.11.2021 r., XXIII Zs 103/21, utrzymując wyrok w mocy. W obu instancjach uznano, że *w zakresie trybu zamówień publicznych, gdzie wydatkowane są środki publiczne, zamawiający jest uprawniony do tego, aby - w granicach wynikających z przepisów ustawy - w zawieranych przez siebie umowach w sprawie zamówienia publicznego dążyć do ochrony słusznego interesu wszystkich podmiotów biorących udział w realizacji inwestycji, przestrzegania dobrych obyczajów i uczciwości kupieckiej. Temu celowi sprzyjają skarżone postanowienia, których przedmiotem jest ochrona słusznego interesu podwykonawców, szczególnie tych licznych i mniejszych. Dbanie o taką elementarną, podstawową prawidłowość tych umów, jawi się jako oczywiście sprawiedliwe wobec tych podmiotów, które przecież nie mają żadnych instrumentów w katalogu środków ochrony prawnej w*

⁶⁷⁸ Wyrok KIO z 08.12.2016 r., KIO 2164/16, Legalis nr 1558692; wyrok KIO z 14.03.2022 r., KIO 500/22, Legalis nr 2727728.

⁶⁷⁹ Wyrok KIO z 02.06.2016 r., KIO 1032/15, Legalis nr 1352038.

*PZP*⁶⁸⁰. Kwestię granic swobody umów odnoszono jednak do braku ustawowego zakazu wprowadzania określonych postanowień umownych.

W innych wyrokach KIO dopuściła ingerencję zamawiającego w treść przyszłej umowy z podwykonawcą w zamówieniach, których przedmiotem były usługi również bez wyraźnej podstawy ustawowej. Art. 437 ustawy PZP, uznawany za ustawową podstawę ograniczenia zasady swobody umów o podwykonawstwo, odnosi się wyłącznie i wyraźnie do zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane. Jednak częstą praktyką zamawiających jest rozszerzanie stosowania podobnych ograniczeń również w odniesieniu do zamówień na usługi. W niemal połowie badanych postępowań, których przedmiotem był odbiór i transport lub odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, zamawiający wprowadzali do PPU postanowienia dotyczące konieczności przedstawienia projektów umów lub umów z podwykonawcami lub postanowienia warunkujące zapłatę wynagrodzenia przedstawieniem potwierdzenia zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. W żadnym z tych postępowań wykonawcy nie kwestionowali takich rozwiązań. Można przypuszczać, że uznają je za dopuszczalne ograniczenie swobody kontraktowania.

Badając dopuszczalność takiego działania Izba wskazywała, że zamawiający może stosować art. 143b ust. 2 ustawy PZP2004 (obecnie art. 437 ustawy PZP) *per analogiam*⁶⁸¹. W jednym z późniejszych orzeczeń stanowisko to zostało złagodzone. Izba uznała za dopuszczalne żądania od wykonawcy wprowadzenia do umów z podwykonawcą usług i dostaw solidarnej odpowiedzialność powołując się na art. 143d ust. 1 pkt 6 ustawy PZP2004 (obecnie art. 437 pkt 6 ustawy PZP) i brak ograniczeń w tym zakresie. W tym wypadku jednak Izba wskazała, że niespełnienie wymogu wprowadzenia określonych postanowień umownych do umów o podwykonawstwo może być uznane jedynie za nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia. Odmówiła jednak zamawiającemu możliwości wstrzymania wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy dostaw czy usług oraz uprawnienia do odstąpienia od umowy (uznając, że sankcje te są dopuszczalne jedynie w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane)⁶⁸². W późniejszych orzeczeniach Izba potwierdziła swoje stanowisko w sposób kategoryczny, wskazując, że obowiązek zawarcia określonych postanowień umownych w odniesieniu do umów o podwykonawstwo w zamówieniach na roboty budowlane nie oznacza zakazu wykorzystania analogicznych

⁶⁸⁰ Wyrok SO w Warszawie z 09.11.2021 r., XXIII Zs 103/21, Legalis nr 2640314.

⁶⁸¹ Wyrok KIO z 15.05.2014 r., KIO 875/14, Legalis nr 981561.

⁶⁸² Wyrok KIO z 04.09.2015 r., KIO 1815/15, Legalis nr 1396659.

regulacji w umowie na usługi, a wprowadzenia takich postanowień w zamówieniu na usługi *za całą pewnością nie stanowi naruszenia art. 437 i art. 447 ustawy PZP, gdyż z naruszeniem tych przepisów mielibyśmy do czynienia w sytuacji, gdyby w umowie na roboty budowlane zamawiający, wbrew ciężącemu na nim obowiązкови, nie zamieścił regulacji w nich wskazanych*⁶⁸³.

W późniejszym orzecznictwie, wyrażając pogląd przeciwny Izba uznała, że wymogi zamawiającego co do treści przyszłych umów o podwykonawstwo w postępowaniach na usługi podlegają ocenie z uwzględnieniem wynikającej z art. 353¹ KC przesłanki właściwości (natury) stosunku. Odnosząc się szczegółowo do argumentacji zamawiającego dotyczącej mieszanego charakteru umowy (noszącej częściowo cechy umowy o roboty budowlane) i przyjętej solidarnej odpowiedzialności za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy, Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, aby w okolicznościach sporu miał podstawy faktyczne i prawne do ograniczenia zasady swobody umów w ten sposób, że jego ingerencja w umowę, której nie jest stroną, była usprawiedliwiona właściwością stosunku⁶⁸⁴.

Podobny pogląd był wyrażany w orzecznictwie również wcześniej, jednak nie można go uznać za dominujący. Izba wskazywała, że zakres ingerencji zamawiającego w treść umów podwykonawczych wyznaczają przepisy KC i ustawy PZP, co oznacza, że prawo zamawiającego do kształtowania treści przyszłej umowy o podwykonawstwo nie jest ograniczone wyłącznie normami bezwzględnie obowiązującymi. Izba powołała się na konieczność ścisłej interpretacji tego uprawnienia, jako wyjątku od zasady swobody umów. Za niedopuszczalne uznała ingerowanie przez zamawiającego w zakresie wykraczającym poza jego gwarancyjną rolę za zapłatę podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Skoro ustawodawca w normie prawnej określił zakres ingerencji w umowę, to należy uznać, że jest to regulacja zupełna w zakresie istotnym, a zatem norma ta nie może podlegać wykładni rozszerzającej⁶⁸⁵. Zamawiający nie ma ustawowych uprawnień, aby ograniczać wykonawcę w kontraktach ze swoimi

⁶⁸³ Wyrok KIO z 03.09.2021 r., KIO 2293/21, Legalis nr 2624626.

⁶⁸⁴ Wyrok KIO z 29.11.2021 r., KIO 3285/21, KIO 3317/21, LEX nr 3353752. Podobne stanowisko wyraziła Izba w wyroku z 26.11.2021 r.: w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 3283/21, KIO 3291/21, KIO 3293/21, LEX nr 3353751 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 3267/21, LEX nr 3353745.

⁶⁸⁵ wyrok KIO z 15.06.2015 r., KIO 1139/15, Legalis nr 1351663, w związku z tym za przejaw niedozwolonej wykładni rozszerzającej Izba uznała wprowadzenie, jako warunku akceptacji umowy z podwykonawcą, dokonania przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego zabezpieczenia w wysokości 70% wartości umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą.

podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami w korzystaniu z zasady swobody umów w zakresie szerszym niż to wynika wprost z przepisów ustawy PZP⁶⁸⁶.

Takie podejście znalazło także wyraz w kolejnych orzeczeniach. Na przykład w wyroku z dnia 02.02.2021 r., KIO 3512/20 za niedopuszczalne Izba uznała postanowienia uzależniające wypłatę wynagrodzenia wykonawcy od zapłaty podwykonawcom wynagrodzenia, które nie jest jeszcze wymagalne, gdyż zmusza wykonawcę do prefinansowania podwykonawców przed uzyskaniem wynagrodzenia od Zamawiającego. Izba wprost wskazała, że: *Są to rozwiązania niekorzystne dla wykonawcy, niezgodne z zasadami współzycia społecznego, w tym z regułą wypłaty wynagrodzenia podwykonawcom po otrzymaniu wynagrodzenia od Zamawiającego. Natomiast zwolnienie Zamawiającego z odpowiedzialności solidarnej za należności podwykonawców nie jest też korzystne dla tych podwykonawców, gdyż ogranicza liczbę podmiotów, od których mogą się domagać swoich należności.* Wydaje się jednak, że źródłem niedopuszczalności takich postanowień jest sama ustawa, która określa ramy ingerencji zamawiającego w treść umowy z podwykonawcą, poza które nie może on wykroczyć.

W 2022 r. w wypowiedział się także SO w Warszawie, który w mojej ocenie trafnie uznał, że wszelkie ograniczenia dla wynikającej z art. 353¹ KC i fundamentalnej dla porządku prawnego zasady swobody umów winny być traktowane w sposób zawężający. W tym kontekście uznał, że co do zasady każdy wykonawca powinien mieć możliwość swobodnego ułożenia treści swojego stosunku prawnego z podwykonawcą, a wszelkie ograniczenia w tym zakresie winny mieć przekonywujące uzasadnienie w przepisach ustawy PZP. Nietrafne jest zatem powoływanie się na art. 464 ustawy PZP (rozumiany jako całość), bowiem przepis ten w większości dotyczy umów o roboty budowlane, a nie umów, których przedmiotem są usługi. Skoro przedmiot postępowania w przeważającej części dotyczył usług, to w konsekwencji podstawą prawną do ograniczenia zasady swobody umów (art. 353¹ KC) nie może być art. 464 ustawy, bo dotyczy on (co do zasady) robót budowlanych⁶⁸⁷.

Przypomnieć trzeba, że problem określenia zakresu pojęcia podwykonawstwa robót budowlanych był już analizowany na gruncie regulacji art. 647¹ KC. Dominującym w doktrynie poglądem jest ten uznający, że regulacja przepisu art. 647¹ KC dotyczy tylko podwykonawcy robót budowlanych i nie może mieć zastosowania ani do umów

⁶⁸⁶ Wyrok KIO z 08.11.2016 r., KIO 1978/16, Legalis nr 1538423.

⁶⁸⁷ Wyrok SO w Warszawie z 19.04.2022 r., XXIII Zs 14/22, Legalis 2713838.

zawieranych z projektantami, ani też do umów z dostawcami maszyn lub urządzeń, czy też innymi podmiotami, które spełniają świadczenia na rzecz wykonawcy generalnego, ale ich świadczenia nie wchodzą w skład świadczenia, do którego zobowiązany był generalny wykonawca⁶⁸⁸. Pogląd taki wydaje się uzasadniony, zważywszy na literalną wykładnię przepisu art. 647¹ KC, ale również zastosowanie dyrektyw wykładni systemowej⁶⁸⁹.

A minori ad maius można zatem przyjąć, że prezentowany na gruncie ustawy PZP pogląd, że ingerencja zamawiającego w treść umowy z podwykonawcą może być rozszerzona do zamówień na usługi i dostawy – nawet nie związane z robotami budowlanymi np. usługi cateringowe, czy odbioru i transportu odpadów – prowadzi do wniosku, że analogiczna regulacja zawarta w dwóch aktach prawnych prawa prywatnego, które miały być ze sobą komplementarne, doczekała się odmiennej interpretacji. Można zatem ostrożnie formułować pytanie o to, czy prawo zamówień publicznych nie oddała się do prawa cywilnego w sposób, który prowadzi do kształtowania się osobnej gałęzi prawa. Być może pozycja zamawiającego jako podmiotu, który gospodaruje mieniem publicznym, wymaga większej ochrony zatem interpretacja bardziej dla niego względna jest uzasadniona. Z drugiej strony pamiętać należy, że chodzi o ingerencję strony trzeciej w umowę pomiędzy dwoma podmiotami operującymi na rynku konkurencyjnym, zatem jasne wyznaczenie jej granic ma doniosłe znaczenie dla uczestników rynku i pewności obrotu. Pytania te na tym etapie pozostają bez jednoznacznej odpowiedzi, jednak analizując podobieństwa i różnice kolejnych instytucji prawa, a przede wszystkim odmienności w interpretacji przepisów można uznać, że w niektórych aspektach prawo zamówień publicznych powoli oddała się od instytucji KC, trudno jednak przesądzić, czy dystans jest już na tyle duży, że pękają kolejne więzi ustawy PZP z KC.

⁶⁸⁸ Tak J.A. Strzępka, E. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w znowelizowanym Kodeksie cywilnym – odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy*, MoP 2003, Nr 21, s. 976–977. Problem zastosowania przepisu art. 647¹ KC w przypadku umowy o generalną realizację inwestycji zauważył także W. Białończyk, *Odpowiedzialność w umowach o roboty budowlane*, Pr. Sp. 2003, Nr 10, s. 28–29.

⁶⁸⁹ Zob. szerzej na ten temat W. Wyrzykowski, *Umowa o generalną realizację inwestycji (EPC/„pod klucz”)*, Warszawa 2013, s. 163.

6. Unieważnienie postępowania jako szczególny rodzaj ustawowej granicy swobody umów

Dyrektywy 2014/24/UE oraz 2014/25/UE nie określają momentu lub sposobu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zawierają regulacji odnoszących się do podstaw unieważnienia postępowania, pozostawiając tę kwestię ustawodawstwu krajowym.

Warto nadmienić, że na gruncie ustawy PZP2004 kwestia momentu zakończenia postępowania również nie była doprecyzowana i wielu komentatorów postrzegało to jako znaczącą lukę w przepisach⁶⁹⁰. Właściwe ustalenie momentu zakończenia postępowania ma bowiem nie tylko znacznie teoretyczne, lecz przekłada się na takie aspekty jak możliwość zaskarżania czynności zamawiającego podejmowanych w toku postępowaniu (czyli do jakiego momentu), obowiązki dotyczące przechowywania dokumentacji postępowania (czyli od kiedy należy liczyć 4 letni termin przechowywania dokumentacji), ochrony danych osobowych, czy też wpływa na krąg osób, jakie powinny składać oświadczenia, o braku konfliktu interesów.

Lukę tą próbowała zapełnić doktryna, prezentując dwa poglądy odnoszące się do momentu zakończenia postępowania. Zwolennicy pierwszego poglądu, uważali, że postępowanie kończy się z chwilą udzielenia zamówienia, czyli z chwilą zawarcia umowy albo unieważnienia postępowania. Drugi nurt natomiast głosił, że postępowanie kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej.

Pierwsze stanowisko prezentowane jest także w orzecznictwie KIO. W wyroku z dnia 09.03.2017 r., KIO 338/17⁶⁹¹, Izba wskazała, że: *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest zakończone z chwilą podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego. (...) Zamawiający przy podejmowaniu swoich czynności podlega kontroli i nie może ich dokonywać arbitralnie z pogwałceniem podstawowych zasad ustawy PZP, w tym przede wszystkim zasady niedyskryminacji i uczciwej konkurencji.* Izba podkreślała, że przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby w zasadzie brak możliwości poddania kontroli ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, które byłoby drugim rozstrzygnięciem w raz zakończonym już postępowania, czyli do wyboru oferty doszłoby poza postępowaniem. Wątpliwym byłaby również możliwość unieważnienia przez

⁶⁹⁰ Szerzej na ten temat w Rozdziale I.

⁶⁹¹ Legalis nr 1580871.

zamawiającego już dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, dopuszczone np. w uchwale SN z dnia 17.12.2010 r., III CZP 103/10⁶⁹². Ma to szczególne znaczenie w kontekście zaprezentowanych wyżej rozważań na temat stosunku przedkontraktowego oraz uprawnień i obowiązków stron na poszczególnych etapach postępowania.

Zwolennicy drugiego poglądu argumentują natomiast, że postępowanie kończy się z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej. W ich ocenie samo zawarcie umowy jest jedynie czynnością podejmowaną po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mającą na celu nawiązanie stosunku prawnego (zaciągnięcie zobowiązania)⁶⁹³. Podobnie moment zakończenia postępowania sytuuje KIO w wyroku z dnia 17.01.2013 r., KIO 14/13. Jednak zaprezentowane w wyroku stanowisko można uznać za stanowisko pośrednie, które z jednej strony moment zakończenia postępowania upatruje w czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z drugiej uznaje, że nie chodzi o jakikolwiek wybór, ale wybór ostateczny, czyli wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa⁶⁹⁴.

Z tego też powodu w ustawie PZP zostały zawarte nowe rozwiązania porządkujące dotychczasowe rozważania prawne w tym zakresie. W art. 7 pkt 18 ustawy PZP postępowanie zdefiniowano jako uporządkowany ciąg zdarzeń kończący się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem. Stosownie do art.

⁶⁹² OSNC 2011 nr 7-8, poz. 83, str. 98.

⁶⁹³ Taki pogląd wyrażony został w piśmie UZP pt. *Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia (ZP-11) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy PZP)*, gdzie wskazano, że: *za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać chwilę dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie chwilę zawarcia umowy (udzielenia zamówienia publicznego), albowiem to z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty realizuje się cel postępowania, tj. wskazanie wykonawcy, z którym może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie w odniesieniu do zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki ustawodawca powiązał skutek w postaci zakończenia postępowania z chwilą ustalenia warunków przyszłej umowy, a nie z chwilą jej zawarcia (art. z art. 2 pkt 7a ustawy PZP).*

⁶⁹⁴ Legalis nr 734402. Izba wskazywała, że *po udzieleniu zamówienia nie sposób domagać się powtarzania i unieważniania poszczególnych czynności, czy wręcz całego postępowania, które definitywnie i nieodwracalnie się zakończyło (...)* W ocenie Izby z definicji zawartej w art. 2 pkt 7a ustawy PZP2004 w kwestii określenia momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika jedynie tyle, że jest on wyznaczony osiągnięciem celu tego postępowania w postaci wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Osiągnięcie tego celu zostało zatem zdefiniowane nie przez przyzmat dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz przez wskazanie, że chodzi o wybór oferty wykonawcy, z którym ostatecznie zostanie zawarta umowa. Co do zasady cel ten jest osiąganym w drodze wyboru najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, o czym zamawiający z mocy art. 92 ust. 1 ustawy informuje wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

254 ustawy PZP, postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania.

Jak już wspomniano, europejskie prawo zamówień publicznych nie odnosi się wprost do sposobu zakończenia postępowania bez zawarcia umowy oraz okoliczności, w jakich ma to nastąpić. Przepisy dyrektywy przewidują jednak konieczność poinformowania wykonawców o powodach podjęcia ewentualnej decyzji o nieudzieleniu zamówienia (art. 55 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE) oraz sporządzenia sprawozdania obejmującego m.in. powody, dla których instytucja zamawiająca postanowiła zrezygnować z udzielenia zamówienia (art. 84 ust. 1 lit. g dyrektywy 2014/24/UE)⁶⁹⁵. Stąd też okoliczności i sposób zakończenia postępowania bez zawarcia umowy pozostają domeną prawa krajowego⁶⁹⁶.

Brak odpowiednich regulacji na poziomie europejskim nie oznacza, że podstawy unieważnienia postępowania pozostają poza kontrolą TSUE. W sprawie C-769/21, AAS „BTA Baltic Insurance Company”⁶⁹⁷, Trybunał podjął się oceny możliwości zakończenia postępowania bez wyboru oferty w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego, że kolejny oferent jest tym samym uczestnikiem rynku, co pierwotnie wybrany oferent, który wycofał swoją ofertę. Trybunał uznał, że zasadę proporcjonalności w rozumieniu art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie przepisom krajowym, które zobowiązują instytucję zamawiającą do unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli w przypadku wycofania się oferenta, którego pierwotnie wybrano z uwagi na złożenie przez niego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, oferent, który złożył następną w kolejności najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, i ten pierwszy oferent stanowią jednego wykonawcę.

Ustawodawca polski przyjął dwojaki sposób zakończenia postępowania, poprzez zawarcie umowy albo unieważnienie postępowania⁶⁹⁸. Przepisy ustawy PZP zawierają

⁶⁹⁵ Na tej podstawie niektórzy autorzy wywodzą uprawnienie zamawiającego do unieważnienia postępowania; tak np. A. Cieśliński, A. Dereń, T. Korbutowicz, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, Tom II Warszawa 2007, komentarz do Części VI, nb. 161; na możliwość zakończenia postępowania bez zawarcia umowy w sprawie zamówienia na gruncie Dyrektywy 2009/81/WE zwraca również uwagę SPI w wyroku z 17.12.1998 r. w sprawie T-203/96 *Embassy Limousines & Services v. Parlament Europejski*, ECR 1998, s. II-04239.

⁶⁹⁶ A. Gawrońska – Baran, *Unieważnienie przetargu...*, s. 57.

⁶⁹⁷ Wyrok z 08.12.2022 r. w sprawie C-769/21 AAS „BTA Baltic Insurance Company” przeciwko Iepirkumu uzraudzības birojs, Tieslietu ministrija, ECLI:EU:C:2022:973.

⁶⁹⁸ Wskazuje na to zastosowania alternatywy rozłącznej.

zamknięty katalog przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania⁶⁹⁹, przyznając kompetencję do dokonania takiej czynności wyłącznie zamawiającemu, co oznacza, że nie może takiej czynności dokonać np. KIO lub Prezes UZP⁷⁰⁰. Zamawiający nie jest jednak uprawniony do samodzielnego ich kształtowania ani do podawania za podstawę prawną unieważnienia innych okoliczności niż wskazane w ustawie PZP⁷⁰¹. Unieważnienie postępowania wywiera skutek *ex tunc* i znosi wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez zamawiającego⁷⁰².

Instytucja unieważnienia postępowania podobna jest do cywilistycznej instytucji zamknięcia przetargu bez wyboru oferty (art. 70³ § 2 KC). Zarówno na gruncie ustawy PZP, jak i KC przyjmuje się, że źródłem uprawnienia do zamknięcia postępowania bez wyboru jest ustawa. Stąd też na gruncie przepisów KC dopuszczalność zamknięcia przetargu bez wyboru oferty nie jest uzależniona od poczynienia wyraźnego zastrzeżenia w warunkach przetargu, lecz wynika bezpośrednio z regulacji KC⁷⁰³. Założenia ustawy PZP są podobne z tą różnicą, że w niektórych przypadkach poczynienie zastrzeżenia możliwości unieważnienia postępowania jest warunkiem późniejszego skorzystania z niej. Zasadnicza różnica polega na tym, że ustawa PZP wprowadza katalog przesłanek, których zaistnienie upoważnia do unieważniania postępowania. Stanowi on, nieznaną na gruncie KC, ustawową granicę swobody umów, która w znaczący sposób wpływa na swobodę kontraktowania w jej istotnym wymiarze, jakim jest swoboda w samym zawarciu umowy. Nasuwa się zatem pytanie o doniosłość tej granicy swobody kontraktowania.

⁶⁹⁹ Por. wyr. KIO z 08.04.2008 r., KIO/UZP 343/10, LEX nr 576584; post. KIO z 12.04.2010 r., KIO 387/10, Legalis nr 819019; wyr. KIO z 16.01.2013 r., KIO 2926/12, Legalis nr 754780.

⁷⁰⁰ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, 2019, s. 531-532, wskazuje, że: *Kompetencji do unieważnienia postępowania nie ma KIO, która rozpatrując odwołanie, może tylko nakazać zamawiającemu unieważnienie poszczególnych czynności, co należy rozumieć, że także wszystkich czynności. Prezes UZP, wykonując swoje uprawnienia kontrolne, też nie może unieważnić postępowania. Stwierdzając taką konieczność, może co najwyżej wydać zalecenie unieważnienia postępowania. Żaden inny organ też nie może unieważnić postępowania.* W. Dzierżanowski, w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 680, podobnie M. Sieradzka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2018, art. 93, nb. 3.

⁷⁰¹ Por. wyr. KIO z 08.04.2010 r., KIO/UZP 343/10, Legalis nr 230851; post. KIO z 12.04.2010 r., KIO 387/10, Legalis nr 819019; wyr. KIO z 16.01.2013 r., KIO 2926/12, Legalis nr 754780.

⁷⁰² D. Grześkowiak-Stojek, w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s. 270 i n.; M. Sieradzka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2018, art. 93, nb. 3.; P. Granecki, *Prawo zamówień...*, 2016, s. 912.

⁷⁰³ Por. Z. Radwański, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 366–367; odmiennie R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcji...*, s. 99, który dopuszcza zamknięcie przetargu bez wyboru oferty tylko wtedy, gdy wybór nie jest możliwy lub staje się bezprzedmiotowy.

Zamknięty katalog przesłanek unieważnienia nakazuje zamawiającemu dokonywać ścisłej ich wykładni gramatycznej i celowościowej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia spoczywa na zamawiającym⁷⁰⁴. Oznacza to również, że zamawiający nie może unieważnić postępowania z innych powodów niż określone w przepisach ustawy PZP. Dlatego zamknięcie postępowania bez wyboru oferty wymaga uzasadnienia prawnego i faktycznego, czyli ścisłego wskazania przyczyn dokonania czynności. Zgodnie z art. 260 ustawy PZP o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Dodatkowo informacja o unieważnieniu udostępniana jest na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Ponieważ zasadniczo regulacje prawa zamówień publicznych przynależą do prawa prywatnego, również kwestie związane z unieważnieniem postępowania należałoby odnosić do kategorii prawa cywilnego. Należy przyjąć, że brak jednoznacznych regulacji odnoszących się do podstaw i okoliczności uzasadniających zakończenie postępowania na gruncie prawa europejskiego związane jest z trudnościami w ujednoczeniu prawa cywilnego na szczeblu europejskim⁷⁰⁵. Stąd też różne rozwiązania stosowane na gruncie ustawodawstw krajowych odzwierciedlające różne koncepcje charakteryzujące krajowe porządki prawne⁷⁰⁶.

Przyjęcie na gruncie prawa polskiego zamkniętego katalogu podstaw unieważnienia postępowania oraz obowiązków uzasadnienia ich zaistnienia, związane jest z ochroną prawną zobowiązań przedumownych⁷⁰⁷. Dlatego przyjęta konstrukcja prawna unieważnienia postępowania jako czynności w postępowaniu, a także związana z nim możliwość jej zakwestionowania przez KIO podkreśla prywatnoprawną naturę prawa zamówień publicznych i konieczność ochrony wykonawcy.

Katalog obligatoryjnych podstaw unieważnienia postępowania został określony w art. 255 ustawy PZP. Zgodnie z nim, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

⁷⁰⁴ Tak wyr. KIO z 12.02.2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16, LEX nr 2008755.

⁷⁰⁵ P. Machnikowski, *Zasady Europejskiego Prawa Umów a przepisy kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, TPP 2006, Nr 3–4, s. 77 i n.

⁷⁰⁶ Zagadnienie to rozwija A. Gawrońska – Baran, *Unieważnienie przetargu...*, s. 58 - 60.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, s. 63.

- 1) nie złożono żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo żadnej oferty;
- 2) wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu;
- 3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty;
- 4) w przypadkach, o których mowa w art. 248 ust. 3, art. 249 i art. 250 ust. 2 ustawy PZP, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie lub koszcie;
- 5) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 7) wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263 ustawy PZP;
- 8) w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis ma charakter imperatywny, co oznacza, że wystąpienie chociażby jednej z wymienionych przesłanek musi skutkować unieważnieniem postępowania i ma zastosowanie do wszystkich trybów, w których prowadzone jest postępowanie, chyba, że co innego wynika wprost z jego treści.

Wśród obligatoryjnych podstaw unieważnienia postępowania znajdują się takie, które można zaliczyć do przesłanek faktycznych. W kontekście swobody zawierania umów ich wpływ na pełną jej realizację może być rozważany wyłącznie pośrednio. Brak choćby jednego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo jednej oferty, należy rozpatrywać w kontekście braku zainteresowania wykonawców zawarciem umowy na warunkach określonych w dokumentach zamówienia. Postępowanie staje się wówczas

beprzedmiotowe z uwagi na upadek celu w postaci wyboru oferty i zawarcia umowy⁷⁰⁸. Zazwyczaj brak ofert wiąże się z brakiem zainteresowania oferentów, jednak brak ofert można rozważać również w znaczeniu szerokim tj. brak takich ofert, które mogą zostać wybrane w postępowaniu.

Stąd też kolejna podstawa unieważnienia postępowania, którą można zaliczyć do tej samej grupy, to unieważnienie postępowania z powodu odrzucenia wszystkich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert⁷⁰⁹. Jest to przesłanka niezmiernie obszerna z punktu widzenia samych podstaw odrzucenia. Podstawy odrzucenia oferty mają bardzo różny charakter i odnoszą się zarówno do sfery podmiotowej wykonawcy (brak spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zaistnienie podstaw wykluczenia określonych art. 108 lub 109 ustawy PZP, złożenie ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji), jak i niezgodność oferowanego świadczenia z wymogami zamawiającego, ustawą lub nieważność oferty na podstawie przepisów odrębnych. Można uznać, że sytuacje te oznaczają brak konsensu, który w języku prawniczym określa się mianem dyssensu. Polega on na tym, że strony składają wprawdzie w toku zawierania umowy oświadczenia woli, lecz o niezgodnej treści⁷¹⁰. Kolejna grupa podstaw odrzucenia związana jest ze sferą przedmiotową, czyli samą ofertą (np. złożenie ofert z rażąco niską ceną lub ceną błędnie wyliczoną). Odrzucenie może również dotyczyć kwestii formalno - organizacyjnych jak złożenie oferty lub innych dokumentów po terminie, sporządzenie lub przekazanie w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi, złożenie ofert bez odbycia wymaganej wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów. Inna grupa podstaw odrzucenia oferty dotyczy oferty jako wiążącego oświadczenia woli zmierzającego do wywołania określonych skutków, tj. z upływem terminu związania ofertą, wniesieniem wadium. Ostatnia grupa przyczyn odrzucenia oferty związana jest z bezpieczeństwem publicznym oraz cyberbezpieczeństwem; ma ona charakter swego rodzaju bezpieczników.

Kolejna podstawa unieważnienia postępowania związana jest z zasadami gospodarki budżetowej i zakazem zaciągania zobowiązań, które nie mają pokrycia

⁷⁰⁸ A. Gawrońska – Baran, *Unieważnienie przetargu...*, s. 87.

⁷⁰⁹ Podobne regulacje napotkamy w prawie niemieckim, austriackim, czy węgierskim, szerzej na ten temat A. Gawrońska – Baran, *Unieważnienie przetargu...*, s. 88-89.

⁷¹⁰ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne, zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 285. Zob. też S. Wyszogrodzka, *Dyssens w polskim prawie cywilnym*, KPP 2004, Nr 4, s. 959 i n. Powszechnie rozróżnia się przy tym dyssens jawny od ukrytego – w zależności od tego, czy strony są świadome braku zgodności swoich oświadczeń woli, co jest widoczne również w prawie zamówień publicznych, gdzie wykonawca składa ofertę nieświadom, że to co oferuje nie spełnia wymagań zamawiającego.

finansowego. Dlatego, w przypadku, gdy cena oferty bezwzględnie przekroczy możliwości płatnicze zamawiającego (kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia opublikowaną przed otwarciem ofert – art. 222 ust. 4 ustawy PZP) musi on zakończyć postępowanie nie zawierając umowy. Kwota ta nie wiąże jednak zamawiającego, który może dążyć do zawarcia umowy jeśli po dokonaniu odpowiednich przesunięć w budżecie zapewni większe środki⁷¹¹. Sporne w doktrynie i praktyce jest natomiast, czy w razie braku odpowiednich środków na sfinansowanie zamówienia zamawiający może w ogóle rozpoczynać postępowanie⁷¹².

Ustawa PZP przewiduje również trzy podstawy unieważnienia postępowania, które można wspólnie określić jako związane z brakiem możliwości dokonania wyboru oferty lub zawarcia umowy. Pierwsza z nich dotyczy złożenia zamawiającemu ofert dodatkowych o takiej samej cenie lub koszcie, w sytuacji, gdy już wcześniej zamawiający nie mógł ustalić, która z nich jest korzystniejsza. Druga obejmuje sytuacje, gdy trwające negocjacje w trybie zamówienia z wolnej ręki nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W doktrynie porównywane jest do podstawy związanej z brakiem ofert w szeroko pojętych postępowaniach przetargowych⁷¹³, chociaż brak możliwości wynegocjowania warunków przyszłej umowy może mieć szerszy zasięg niż tylko brak zainteresowania ze strony wykonawców, zawarciem umowy na określonych warunkach. Ostatnia w tej grupie to sytuacja, w której wybrany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego jej wykonania. Ta ostatnia, pomimo tego, że została ujęta jako obligatoryjna, ma jednak charakter względny. Unieważnienie postępowania poprzedza bowiem decyzja zamawiającego o rezygnacji z wyboru kolejnej oferty. Taka konstrukcja prawna stanowi konsekwencję założeń zawartych w art. 254 ustawy PZP o konieczności zakończenia postępowania w jeden z dwóch sposobów przewidzianych w ustawie.

Ostatnia już grupa obligatoryjnych podstaw unieważnienia postępowania dotyczy okoliczności zewnętrznych w stosunku do wykonawcy i w dużej mierze również od

⁷¹¹ W. Dzierżanowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 682; M. Jaworska, w: M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień...*, s. 690.

⁷¹² Za brakiem takiej możliwości opowiada się A. Gawrońska – Baran, *Unieważnienie przetargu...*, s. 120; R. Szostak, *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 120, A. Borowicz, *Usterki w kalkulacji wynagrodzenia na roboty budowlane w zamówieniach publicznych*, *Kwartalnik PZP* 2008, nr 4, s. 6-7 oraz F. Łapecki, *Funkcje i metody szacowania wartości zamówienia*, *Kwartalnik PZP* 2010, nr 2, s. 42.

⁷¹³ W. Dzierżanowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 685.

zamawiającego. Pierwsza z okoliczności postrzegana jest w doktrynie jako swoista klauzula *rebus sic stantibus*, bliska regulacji KC wyrażonej w art. 357¹ KC⁷¹⁴. Druga obejmuje okoliczności związane z wadą postępowania, której nie można usunąć, a która prowadzi do zawarcia wadliwej umowy (podlegającej unieważnieniu)⁷¹⁵. Unieważnienie postępowania wiązać się będzie z wadami związanymi z warunkami zamówienia ustalonymi przez zamawiającego⁷¹⁶ oraz uzupełniająco wynikających z przepisów ustawy⁷¹⁷.

W tym kontekście przepisy nakazujące unieważnienie postępowania w przypadku wystąpienia wskazanych wyżej okoliczności mogą przybrać postać przepisów porządkujących postępowanie (np. brak ofert, brak środków na sfinansowanie zamówienia). Jeśli w pewnych okolicznościach nie może dojść do zawarcia umowy (z uwagi na brak kontrahenta lub brak środków, niewniesienie zabezpieczenia, uchylenie się od zawarcia umowy, czy brak konsensu w toku negocjacji) wówczas unieważnienie uznać należy za formalny sposób na zakończenie postępowania, które i tak nie mogłoby zakończyć się zawarciem umowy. Inaczej jest jednak w przypadku tych podstaw, które mogą skutkować koniecznością unieważnienia postępowania, pomimo że strony nadal zgodnie zmierzają do zawarcia umowy. Przykładem takiej sytuacji może być wada postępowania, lub niezgodność oferty z warunkami zamówienia, w przypadku gdy w postępowaniu wpłynęła tylko jednak oferta, w wykonawca gotów jest dostosować jej treść do warunków zamówienia .

Obok obligatoryjnych podstaw unieważniania postępowania stanowiących (z uwagi na swój charakter) istotne ograniczenie w swobodzie zawierania umów w sprawie zamówienia, ustawa PZP przewiduje podstawy fakultatywne (art. 256 – 258 ustawy PZP). W przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w tych przepisach zamawiający nie musi unieważnić postępowania. Z uwagi na nieobowiązkowy charakter tych podstaw

⁷¹⁴ M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim...*, s. 228; R Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 212; A. Gawrońska – Baran, *Unieważnienie przetargu...*, s. 147, zwraca uwagę, że podobieństwo to ma wyłącznie znaczenie funkcjonalne, różnice widoczne są w zakresie charakteru samych okoliczności zmiany (zmiana okoliczności nie stosunków, istotna ale nie nadzwyczajna) oraz trybu rozwiązania stosunku przetargowego.

⁷¹⁵ Słusznie jednak zwraca uwagę A. Gawrońska – Baran, że chodzi o wadę samego postępowania, a nie o jakąkolwiek wadę, która prowadzi do zawarcia podlegającej unieważnieniu umowy, patrz A. Gawrońska – Baran, *Unieważnienie przetargu...*, s. 167.

⁷¹⁶ Przy czym w orzecznictwie przeważa stanowisko, że nie może stanowić podstawy unieważnienia wada, która tkwiła w dokumentach zamówienia już w momencie rozpoczęcia postępowania przetargowego, a która w związku z upływem terminu składania ofert nie jest możliwa do wyeliminowania. Kwestia ta może być jednak dyskusyjna, z tego względu, że sama ustawy PZP nie odnosi się do przyczyn powstania wady, a jedynie do ich wagi.

⁷¹⁷ Szerzej na ten temat A. Gawrońska – Baran, *Unieważnienie przetargu...*, s. 168 i powołana tam literatura.

unieważnienia, ich znaczenie dla ograniczenia swobody umów jest mniejsze. Warto jednak odnotować, że nowością w polskim prawie zamówień publicznych jest możliwość unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert (lub odpowiednio wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), jeśli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione (art. 256 ustawy PZP). Można ją porównać do odwołania przetargu przed zgłoszeniem się oferentów, jeśli prowadzenie go w takim kształcie nie jest zasadne. W doktrynie wskazuje się, że powodem takiego działania może być konieczność zmiany założeń postępowania (organizacyjnych, technicznych, finansowych)⁷¹⁸.

Odnosząc powyższe regulacje na grunt cywilnoprawny w kontekście zasady swobody umów przyjąć należy, że unieważnienie postępowania stanowi wyłom od ogólnej zasady swobody umów. Z jednej strony nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania również w sytuacji, gdy strony nadal zgodnie dążą do zawarcia umowy. Z drugiej, uniemożliwia podjęcie decyzji o zamknięciu postępowania bez zawarcia umowy, w sytuacji gdy strony zgodnie na to przystaną⁷¹⁹.

Porównując tę regulację do kodeksowych reguł rozstrzygania przetargu (art. 70³ § 1 KC) należy wskazać na doniosłe odmienności w zakresie możliwości zakończenia postępowania bez zawarcia umowy. Na gruncie art. 70³ § 1 KC organizator przetargu może zdecydować o wyborze jednej z ofert albo zamknąć przetarg bez wyboru którejkolwiek z ofert, bez konieczności wprowadzenia takiego zastrzeżenia do treści ogłoszenia lub warunków przetargu⁷²⁰. Takie rozstrzygnięcie nie wymaga uzasadnienia. W doktrynie powoływane są dwa orzeczenia SN, odnoszące się do możliwości unieważnienia przetargu bez podania powodów, z czego jedno szczególnie interesujące⁷²¹. W wyroku SN z dnia 21.10.2005 r.⁷²² stwierdzono, że wprowadzona do warunków przetargu klauzula o unieważnieniu przetargu bez podania przyczyn nie jest sprzeczna z ustawą, a jedynie jej

⁷¹⁸ W. Dzierżanowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 686; M. Jaworska w: M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień...*, s. 695.

⁷¹⁹ W tym jednak przypadku, jeśli strony zgodnie uznają, że nie jest możliwe zawarcie umowy pomimo braku okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania, może dojść do sytuacji, gdy zamawiający nie dokonuje wyboru oferty wykonawcy w terminie jej związania, a wykonawca nie wyraża zgody na wybór po jego upływie. W ten sposób definitywnie rozwiązuje się więc przetargowa, która mogłaby prowadzić do zawarcia umowy.

⁷²⁰ M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–352*, Warszawa 2021, art. 70³ KC, nb.4.

⁷²¹ Wyrok SN z 21.10.2005 r., III CK 73/05, OSNC 1999/7-8 poz. 124, oraz uchwała SN z 13.02.2003 r., III CZP 95/02, OSNC 2003, Nr 11, poz. 146.

⁷²² III CK 73/05, OSNC 1999/7-8 poz. 124.

realizacja może być uznana za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego, gdyby odmowa zaakceptowania wyników przetargu przez ogłaszającego przetarg była dowolna⁷²³.

Nie formułując postulatów *de lege ferenda* w kierunku KC, z pełnym uznaniem należy jednak przyjąć wprowadzoną w prawie zamówień publicznych konstrukcję unieważniania postępowania na etapie przed zawarciem umowy, jako alternatywny w stosunku do zawarcia umowy sposób zakończenia postępowania. Pozwala na wyeliminowanie wielu rozważań na temat momentu unieważnienia postępowania (w tym znaczenia milczenia organizatora przetargu co do jego unieważnienia) i związanych z tym skutków i wielu innych podobnych zagadnień⁷²⁴.

7. Forma umowy w sprawie zamówienia jako granica swobody umów

Forma umowy uznawana jest za element szerszego ujęcia swobody umów, chociaż pogląd ten nie jest homogeniczny⁷²⁵. Niekiedy stwierdza się, że wprowadzenie określonej formy nie oznacza ograniczenia swobody umów (w znaczeniu prawnym)⁷²⁶. Krytycy tej tezy wskazują, że forma czynności prawnej jest nośnikiem określonego typu informacji będącym w tym wypadku oświadczeniem woli strony. Samo zaś ograniczenie swobody umów swoje źródło bierze w przepisach wiążących sankcją prawa cywilnego z

⁷²³ Podobne stanowisko zajął SN w wyroku z 04.11.1982 r., II CR 407/82, OSNCP 1983, nr 7 poz. 97. Zostało ono zacytowane w: M. Nesterowicz, *Nabycie własności samochodu w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Palestra 1986, nr 1, s. 12. Autor na podstawie orzeczenia SN uznaje, że przetargu nie można unieważnić bez podania przyczyny.

⁷²⁴ Szarzej na ten temat M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim...*, s. 229-235.

⁷²⁵ M. Niedośpiał, *Swoboda czynności...*, s. 30-31 wskazując, że często nie ma różnicy między niezachowaniem określonych wymogów co do formy oraz co do treści czynności, zwłaszcza jeśli jest to forma *ad solemnitatem*. Podkreśla, że wolność stron zostaje w ewidentny sposób ograniczona, nie mogą one złożyć oświadczenia w dowolnej formie, lecz tylko ściśle określonej, co więcej, z jej niezachowaniem połączone są pewne ujemne skutki prawne, nieraz nieważność dokonanej czynności prawnej. Z. Radwański, *Teoria...*, s. 103. a także: W. Czachórski, *Zobowiązania —zarys wykładu*, Warszawa 1976, s. 114 nie wymieniają jednak formy jako elementu definicyjnego swobody umów. A. Stelmachowski, *Ewolucja autonomii...*, s. 180 i n.; tenże, *Zarys teorii...*, s. 91; M. Sośniak, *Zasada swobody umów w prawie obligacyjnym z perspektywy schyłku XX wieku*, SIS 1985, Nr 10, s. 13 i n.

⁷²⁶ Z. Radwański, *Teoria...*, s. 101-103; M. Grochowski, *Skutki braku zachowania formy szczególnej oświadczenia woli*, Warszawa 2017, s. 14-17; tenże, *Wymogi formalne w umowach konsumenckich*, Warszawa 2018, s. 64-67. M. Grochowski odwołuje się także do nauki, niemieckiej i francuskiej, gdzie swoboda formy jest uznawana za element zasady swobody umów. W prawie francuskim elementy zasady swobody umów wyraża *explicite* art. 1102 KC fr., zgodnie z którym każdemu przysługuje wolność zawarcia lub odmowy zawarcia umowy, wyboru kontrahenta i określenia treści, i formy umowy w granicach określonych przez prawo.

niezachowaniem formy szczególnej, a nie przepisami określającymi sam wymóg formy⁷²⁷. Ograniczeniem swobody umów będą zatem takie przepisy, na gruncie których formę czynności prawnej należy rozpatrywać pod względem skuteczności prawnej⁷²⁸.

Rozważania te oparte są na założeniu, że pod względem skuteczności prawnej wyróżnia się formę zastrzeżoną dla celów dowodowych (*ad probationem*), zastrzeżoną pod rygorem nieważności (*ad solemnitatem*), dla wywołania określonych skutków czynności prawnej (*ad eventum*) oraz na potrzeby wpisu do księgi wieczystej (*ad intabulationem*⁷²⁹). Natomiast pod względem technicznoprawnym wyróżnia się formę ustną, stanowiącą formę naturalną lub zwyczajną, oraz formy szczególne: dokumentową, pisemną, pisemną z podpisami notarialnie poświadczonymi, aktu notarialnego, elektroniczną⁷³⁰. W tym kontekście forma czynności prawnej nie dotyczy treści oświadczeń woli stron umowy, które zawsze są nakierowane na wywołanie określonych skutków prawnych.

Jak słusznie zauważa P. Machnikowski, badanie formy jako granicy swobody umów zależy od tego, jak zostanie zdefiniowana sama swoboda umów. Szerokie „funkcjonalne” rozumienie tego pojęcia⁷³¹, czyli możliwość zawierania umów, obejmuje zagadnienia związane ze sposobem wyrażania woli stron. Jego zdaniem jednak szerokie ujmowanie swobody umów może prowadzić do włączenia do katalogu jej ograniczeń również innych czynników wpływających na faktyczną możliwość kształtowania umów (np. zdolność do czynności prawnych, koszty związane z zachowaniem wymaganej formy i obowiązki podatkowe ciążące na stronach umowy, czy nawet poziom wiedzy prawniczej czy choćby umiejętności jasnego formułowania myśli itp.)⁷³². Ten sam autor wymienia jednak właśnie przepisy prawa zamówień publicznych jako te, które można powołać jako przykład rzadkich sytuacji, w których forma stanowi ograniczenie swobody umów.

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. Warto nadmienić, że zgodnie z

⁷²⁷ Z. Radwański, *Teoria...*, s. 101–103. Za elementem formy jako jednym z czterech filarów zasady swobody umów opowiada się np. A. Stelmachowski, *Ewolucja autonomii woli...*, s. 180; tenże, *Zarys teorii...*, s. 91; M. Safjan, *Zasada swobody umów...*, s. 12 i n.

⁷²⁸ M. Grochowski, *Skutki braku zachowania formy...*, s. 51–52, 73 i n. Forma czynności prawnej może być rozpatrywana pod względem skuteczności prawnej oraz pod względem technicznoprawnym.

⁷²⁹ M. Grochowski, *Przedmiot formy ad intabulationem*, PS 2016, Nr 11, s. 92–106.

⁷³⁰ A. Jedliński, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna Tom I.*, Warszawa 2008, s. 473.

⁷³¹ Traktowanie pojęcie swobody umów na płaszczyźnie funkcjonalnej opisuje A. Stelmachowski, *Zarys teorii...*, op. cit., s. 92.

⁷³² P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 142-143.

art. 432 ustawy PZP umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Analogiczne rozwiązanie było przewidziane w poprzednio obowiązujących ustawach⁷³³. Zastrzeżenie w ustawie formy pisemnej pod rygorem nieważności oznacza, że została wyłączona dopuszczalność zawarcia umowy w sposób dorozumiany (art. 60 KC)⁷³⁴. W praktyce kwestia ta jest zatem istotna z punktu widzenia interesów stron oraz wpływu na pewność i bezpieczeństwo obrotu⁷³⁵.

Zasadniczo przepisy prawa unijnego rzadko ingerują w formę czynności prawnych pozostawiając decyzję co do formy państwom członkowskim. Jednak już sama unijna definicja zamówienia publicznego wskazuje, że konstytutywnym elementem takiej umowy jest jej zawarcie na piśmie⁷³⁶. W piśmiennictwie dyskusyjna pozostaje zasadność ograniczenia umów w sprawie zamówienia wyłącznie do „umów zawartych na piśmie”⁷³⁷, jednak na gruncie prawa polskiego nie ma ona tak dużego znaczenia, skoro ustawodawca polski poszedł o krok dalej zastrzegając formę pisemną pod rygorem nieważności.

Ustawa PZP zawiera regulacje określające wymóg określonej formy oraz skutki braku dochowania tego wymogu nawiązując do założeń kodeksowych. Przepis ten jest konsekwencją ogólnych zasad wyrażonych w art. 73 § 1 i art. 74 § 1 zd. 1 KC, zgodnie z którymi jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej m.in. formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności.

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. Ograniczenie swobody wyboru formy w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych ma wymiar powszechny i jest niezależne od regulacji

⁷³³ Art. 139 ustawy PZP2004; art. 74 ustawy z dnia 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych.

⁷³⁴ Wyrok SN z 13.05.2021 r., I CSKP 62/21, Legalis nr 2573206.

⁷³⁵ Zgodnie z wyrokiem SN z 07.02.2013 r., II CSK 248/12, Legalis nr 701210: W przypadku spełnienia świadczenia przez którąkolwiek ze stron na podstawie nieważnej umowy przysługuje jej roszczenie o zwrot kosztów, oparte na przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu. Podstawę prawną tego roszczenia stanowi art. 410 w zw. z art. 405 KC, bowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne, skutkujące bezpodstawnym wzbogaceniem strony, która skorzystała z efektów prac, wykonanych na podstawie nieważnej umowy.

⁷³⁶ Art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE.

⁷³⁷ Wątpliwość w tym zakresie wyraziła S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK. Volume II*, Londyn 2018, s. 394. Zasadność zachowania pisemności umowy podkreśla P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, s. 77-79, powołując się na konieczność zapewnienia pewności prawa, odpowiedniego poziomu przejrzystości, umożliwiającego weryfikację przestrzegania zasady równego traktowania.

dotyczącej formy poszczególnych umów nazwanych⁷³⁸. Jednocześnie w większości przypadków powodują podniesienie wymogów w stosunku do obrotu prywatnego, czyniąc formę umowy konstytutywnym elementem samej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazuje *M. Boratyńska*, na gruncie KC niedochowanie formy wpływa na możliwość postrzegania czynności dokonanych przez strony jako zawarcia umowy, a jej znaczenie może być odczytywane np. jako element w rokowaniach⁷³⁹, a w przypadku postępowań przetargowych, co najwyżej jako potwierdzenie woli zawarcia umowy na określonych warunkach.

Szerzej zagadnienie to należałoby rozciągnąć również na formę dokonywania innych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przede wszystkim sama czynność składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu została zastrzeżona pod rygorem nieważności (art. 63 ust. 1 i 2 ustawy PZP)⁷⁴⁰. W postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego lub sektorowego lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. W związku z tym brak złożenia oferty w określonej formie skutkuje jej odrzuceniem. Powoduje to brak możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została z tego powodu odrzucona, pomimo zgodnej woli jej zawarcia oraz konsensu co do treści przyszłej umowy. W tym wypadku kwestia formy wysuwa się na pierwszy plan i bierze górę nad materialnoprawną sferą woli stron.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Zasada ta doznaje wyłomów

⁷³⁸ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, s. 1096.

⁷³⁹ Por. *M. Boratyńska, Przetarg w prawie polskim ...*, s. 20.

⁷⁴⁰ Zgodnie z art. 63 ustawy PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie (a także wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3 ustawy PZP, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1) składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej, a w postępowaniu lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Zasada ta doznaje wyłomów (patrz np. art. 65 ust. 3 ustawy PZP). Jednak wówczas ustawodawca wskazuje, że powyższe czynności muszą być dokonywane w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zgodnie z art. 354 ust. 2 ustawy PZP postąpienia w formie elektronicznej, składane są pod rygorem nieważności.

(patrz np. art. 65 ust. 3 ustawy PZP). W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej lub, za zgodą zamawiającego, w formie elektronicznej (art. 401 ust. 5 ustawy PZP).

Również elementy składające się na ofertę (*sensu largo*) czyli oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP⁷⁴¹ muszą pod rygorem nieważności zostać złożone w formie jaka odnosi się do oferty lub wniosku (art. 63 ust. 1 i 2 oraz art. 401 ust. 5 ustawy PZP). W przypadku zamówień sektorowych forma elektroniczna pod rygorem nieważności została zastrzeżona także dla wniosków o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców i ich aktualizacji przez cały okres obowiązywania systemu (art. 63 ust. 1 w zw. z art. 371 ust. 3 ustawy PZP). Zastrzeżenie formy odnosi się również do innych czynności w toku postępowania np. postąpienia w toku aukcji elektronicznej, składane w postępowaniu o wartości równej lub wyższej niż progu unijne w formie elektronicznej pod rygorem nieważności (art. 354 ust. 2 ustawy PZP).

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 transakcji⁷⁴². Nie bez znaczenia jest również wymóg pisemności i jawności samego postępowania, którego zwieńczeniem jest umowa w sprawie zamówienia. Forma pisemna umowy może być powiązana z koniecznością dochowania restrykcyjnych niekiedy wymogów formalnych na etapie postępowania.

Skutkiem przyjęcia takiego rozwiązania jest sankcja bezwzględnej nieważności umowy, która występuje z mocy samego prawa od chwili dokonania czynności⁷⁴³. Nieważność bezwzględna pociąga za sobą wszystkie konsekwencje nieważnej umowy – w szczególności nie można żądać wynagrodzenia za spełnienie świadczenia. W razie wykonania nieważnej umowy w całości lub części pojawi się za to roszczenie z tytułu

⁷⁴¹ Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia.

⁷⁴² R. Szostak, *Umowy...*, s. 80.

⁷⁴³ Ustawa PZP przewiduje również sytuacje, w których możliwe jest unieważnienie umowy. Dla przykładu można powołać przepis art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy PZP, a uprawnienie takie wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy (art. 457 ust. 2 ustawy PZP).

bezpodstawnego wzbogacenia⁷⁴⁴. W takiej sytuacji można żądać stwierdzenia (deklaratywnego), że umowa jest nieważna – na podstawie art. 189 KPC.

Niedochowanie wymogów ustawowych w zakresie formy umowy może być autonomicznie stwierdzone przez organ orzekający jako podstawa odpowiedzialności za delikt finansowy (nie wymaga wcześniejszego orzeczenia sądu stwierdzającego nieważność). Dlatego przyjąć należy, że nieważność umowy jest cywilnoprawnym skutkiem niezachowania wymaganej formy, najdalej idącym z punktu widzenia następstw, jednak w sferze prawa finansowego czy administracyjnego, niedochowanie formy może wiązać się ze skutkami dyscyplinarnymi.

Mając na uwadze powyższe i wracając do rozważań natury teoretycznej co do charakteru formy w kontekście swobody umów na gruncie prawa zamówień publicznych, należy opowiedzieć się za autonomiczną rolą formy jako granicy swobody umów. Przyjęcie, że kompetencja do wyboru formy czynności prawnej nie jest elementem zasady swobody umów⁷⁴⁵, oznacza, że również ustawowe jej narzucenie nie stanowi granicy swobody zawierania umów. Z drugiej jednak strony to właśnie brak odpowiedniej formy umowy w sprawie zamówienia może być jedynym czynnikiem niweczącym skutek w postaci zawarcia umowy, zgodnych w swej treści oświadczeń woli określonej treści. Nadanie formie zupełnie odrębnego charakteru powodować może brak spójności w ocenie aksjologicznej ograniczeń, które faktycznie mają podobny skutek.

⁷⁴⁴ Zgodzić się należy z poglądem, A. Mościckiej wyrażonym w: *Konsekwencje niezachowania pisemnej umowy*, Monitor Zamówień Publicznych Nr 1/2014, s. 37, że: *dopuszczalne jest stosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 KC w zw. z art. 405 KC, ponieważ świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne. Strona, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy, jest bowiem bezpodstawnie wzbogacona*. Pogląd ten jest zbieżny ze stanowiskiem orzecznictwa (wyrok SN z 07.02.2013 r., II CSK 248/12, Legalis nr 701210; wyrok SA w Katowicach z 08.10.2019 r., I ACa 445/18, LEX nr 2972946; wyrok SA w Łodzi z 27.03.2018 r., I ACa 1380/17, LEX nr 2519251).

⁷⁴⁵ Tak np. D. Bierecki, *Zasada swobody...*, Rozdział II par 5. Autor wskazuje, że można w tym wypadku mówić jedynie o odrębnej w swojej treści zasadzie, za jaką należałoby uznać swobodę wyboru formy umowy. Można jednak w tym miejscu argumentować, że strony, wybierając formę czynności prawnej, wybierają również konsekwencje jej zastrzeżenia (art. 76–77¹ KC). Możliwość zastrzeżenia przez strony, że czynność prawna między nimi powinna być dokonana w szczególnej formie (*pactum de forma*), należy jednak rozpatrywać w ramach jednego z elementów swobody umów, czyli swobody treści umowy. Wystąpienie konsekwencji zastrzeżenia szczególnej formy czynności prawnej nie jest natomiast zależne od ich objęcia oświadczeniami woli stron umowy. Z tego powodu konsekwencje te nie powinny być rozpatrywane w ramach żadnego z elementów swobody umów.

8. Podsumowanie

Reasumując ten fragment prowadzonej analizy, należy stwierdzić, że najsilniej zarysowanymi granicami swobody umów w prawie zamówień publicznych są granice ustawowe. Ich oddziaływanie jest widoczne na każdym etapie procesu zakupowego, począwszy od jego przygotowania, na wykonywaniu umowy skończywszy.

Wiele przepisów oddziałujących na swobodę zamawiającego na etapie przygotowania postępowania ma na celu pełną realizację zasady uczciwej konkurencji, rozumianej jako zapewnienie wykonawcom pola do konkutowania na równych zasadach. Jednocześnie ustawa PZP poprzez szereg regulacji, zachęca zamawiających do stworzenia takich warunków granicznych dla wykonawców, aby w pełni zrealizować zasadę efektywności ekonomicznej. Ustawowe granice swobody umów kształtują zatem nakazy (np. jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, wykluczenia wykonawcy w okolicznościach opisanych w art. 108 ustawy PZP) i zakazy (np. zakaz opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, zakaz określania innych niż wymienione w ustawie warunków udziału w postępowaniu) skierowane przede wszystkim do zamawiającego jak gospodarza postępowania.

Na etapie prowadzenia postępowania ustawa PZP tworzy sztywne ramy proceduralne, których celem jest zrealizowanie założeń poczynionych na etapie przygotowania postępowania, czyli wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, złożonej przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ten etap postępowania ma na celu szczegółowe zweryfikowanie wykonawcy oraz zgodności jego oferty z warunkami zamówienia. Warto zauważyć, że w kontekście powodzenia samego postępowania, czyli osiągnięcia celów zakupowych i pozazakupowych, drugorzędne znaczenie ma określenie i nazwanie stosunku przedkontraktowego łączącego strony przed przyjęciem oferty i zawarciem umowy. Kluczowe dla ustawodawcy, wydaje się być takie ukształtowanie postępowania, aby zagwarantować niezakłócony, uczciwy jego przebieg z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców.

Szereg wymogów proceduralnych kształtujących proces zawarcia umowy przybiera postać wielu trybów. Część z nich dostępna jest każdemu podmiotowi i możliwa do zastosowania do każdego zakupu, inne wymagają zaistnienia przesłanek uzasadniających ich wybór. Ponieważ zamawiający nie może samodzielnie zdecydować o sposobie postępowania, ustawodawca przewidział szeroki wachlarz procedur, spośród których może

wybrać najbardziej odpowiednią. Wybór nie jest jednak w pełni swobodny. Im mniej konkurencyjny tryb, tym bardziej rygorystyczne przesłanki dla jego zastosowania. W ten sposób ustawodawca stara się wyważyć dwa zasadnicze cele ustawy: ochronę wydatkowania środków publicznych i ochronę uczciwej konkurencji.

Zasadniczo w prawie zamówień publicznych procedury oparte są o cywilistyczną koncepcję przetargu, co uzasadniałoby bardziej szczegółową analizę podobieństw i różnic obu regulacji. Analiza ta prowadzi do wniosków, że regulacje zawarte w ustawie PZP nie stanowią regulacji zupełnej w zakresie kształtu postępowania. Są jednak na tyle rozbudowane, że rolę prawa cywilnego należy odczytywać jako uzupełniającą. W praktyce jednak zamawiający rzadko sięgają po przepisy KC w celu uzupełnienia treści regulacji zawartych w ustawie PZP, dlatego znaczenie instytucji prawa cywilnego ma wymiar przede wszystkim konstrukcyjny - mniej praktyczny. Nawet w najmniej sformalizowanym trybie zamówienia z wolnej ręki charakter postępowania powoduje, że brak w nim pola do płynnego „ucierania się” stanowisk stron, aż do czasu wynegocjowania satysfakcjonujących je warunków. Sztywne ramy wyznacza nie tylko sama procedura, ale również kształt projektowanych postanowień umowy, których autorem jest zamawiający.

Przyznanie zamawiającemu prawa, a zarazem obowiązku do sporządzenia PPU, 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 zawrzeć. Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą wynika z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym, a sam sposób wyboru wykonawcy został znacząco ograniczony. Z uwagi na konieczność zachowania zgodności oferty z treścią warunków zamówienia, obejmujących wymagania wynikające z PPU, w doktrynie przyjmuje się, że w tych trybach projekt umowy jest wiążący i determinuje treść składanych ofert. Stąd też kolejne zmiany ustawy PZP, przynosiły kolejne ograniczenia swobody zamawiającego w kształtowaniu PPU. Celem tych ograniczeń była ochrona wykonawcy, który w kontekście wpływu na treść przyszłej umowy jest bez wątpienia stroną słabszą. Przeprowadzona analiza, poparta badaniami, prowadzi jednak do wniosków, że wprowadzone regulacje nie są wystarczające. Można zadać sobie pytanie, czy wprowadzanie dalszych ustawowych ograniczeń jest w tym zakresie właściwą drogą, skoro dotychczasowe regulacje nie zawsze są stosowane w sposób pozwalający na realizację celów jakie przyświecały ich wprowadzeniu (np. klauzule waloryzacyjne).

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 UZP. Brak swobody w zakończeniu postępowania uznać należy za ważne ograniczenie zasady swobody umów nieznaną w prawie cywilnym w zakresie w jakim reguluje zasady prowadzenia przetargu.

Ostatnią 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. Zagadnienie to 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.

VI. Zasady współżycia społecznego

1. Wstęp

Kolejną, obok ustawy, granicę swobody umów kształtują zasady współżycia społecznego. W piśmiennictwie przytacza się wypowiedź *J.W. Hedemanna*, że ustawodawca posługuje się klauzulą generalną wówczas, gdy „staje na granicy swoich możliwości”⁷⁴⁶. Zasadniczym czynnikiem składowym koncepcji klauzul generalnych, takich jak zasady współżycia społecznego, jest proces wartościowania na podstawie odesłania⁷⁴⁷ do kryteriów i ocen leżących poza prawem pozytywnym – na użytek konkretnego i słusznego rozstrzygnięcia⁷⁴⁸.

Przy ustalaniu granic swobody umów poprzez odesłanie do zasad współżycia społecznego szczególne znaczenie mają: ochrona wolności oraz równomierne rozłożenie uprawnień i obowiązków stron, tj. słusność kontraktowa. Zasady współżycia społecznego służą zatem ogólnie eliminowaniu przypadków niesprawiedliwych stosunków umownych. Powstaje jednak pytanie, czy zasady współżycia społecznego pozostają takie same dla wszystkich umów, czy też ich znaczenie zmienia się w zależności od tego, czy jest to umowa między profesjonalistami, umowa z konsumentem, czy wreszcie umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Dlatego kolejny Rozdział poświęcony został zasadom współżycia społecznego jako jednej z granic swobody umów w sprawie zamówień publicznych. Jego celem jest ustalenie zakresu znaczenia pojęcia „zasady współżycia społecznego” oraz próba rekonstrukcji granic swobody umów w prawie zamówień publicznych w oparciu o zasady współżycia społecznego.

⁷⁴⁶ J.W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933 – zdanie to przywołują m.in.: F. Studnicki, *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*, Kraków 1949, s. 65 i M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014, s. 68.

⁷⁴⁷ M. Pawełczyk, *Uwagi o „odsylającym” charakterze klauzul generalnych*, SIS 1984, Nr 9, s. 97.

⁷⁴⁸ M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, PiP 1990, Nr 11, s. 48; K. Wójcik, *Z problematyki klauzul generalnych w prawie cywilnym*, SPE 1981, t. XXVII, s. 87.

2. Znaczenie pojęcia „zasady współżycia społecznego” – uwagi ogólne

W żadnym z przepisów ustawy PZP ustawodawca nie odnosi się wprost do zasad współżycia społecznego. W związku z tym ustalenie zakresu znaczenia tego pojęcia dla prawa zamówień publicznych, w odniesieniu do zawierania i kształtowania treści umowy w sprawie zamówienia, należy odnosić do jego rozumienia na gruncie art. 353¹ KC.

Sformułowanie „zasady współżycia społecznego” pochodzi z ustawodawstwa radzieckiego i zostało wprowadzone do wielu prawodawstw krajowych państw realnego socjalizmu, odróżniając je od systemów krajów zachodnioeuropejskich⁷⁴⁹. W dobie przekształceń ustrojowych, których elementem była również gruntowna reforma prawa cywilnego zdecydowano się na zachowanie pojęcia „zasady współżycia społecznego” pozbawiając je odniesień politycznych i ideologicznych. Obecnie przyjmuje się, że klauzula generalna zasad współżycia społecznego odwołuje się do powszechnie uznanych w kulturze naszego społeczeństwa wartości, które są zarazem dziedzictwem i składnikiem kultury europejskiej⁷⁵⁰.

Pojęcie „zasady współżycia społecznego” uznawane za klauzulę generalną, jest interpretowane z uwzględnieniem sposobu ustalania znaczenia wyrażen niedookreślonych stosowanych w prawodawstwie polskim⁷⁵¹. W doktrynie zwraca się uwagę, że ustalenie znaczenia klauzul generalnych może nastęrczać problemów co do zaliczenia bądź niezaliczenia czegoś jako desygnatu danej klauzuli, co jest widoczne również w przypadku

⁷⁴⁹ Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 396; Za pierwszy tekst zawierający ten zwrot uznaje się art. 3 ustawy z dnia 18.07.1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. Nr 34, poz. 311 ze zm.); Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by naruszał zasady współżycia społecznego w Państwie Ludowym”. Formuła ta z nieistotną zmianą znalazła się następnie w wielu przepisach KC z 1964 r., które odwoływały się do „zasad współżycia społecznego” w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej.

⁷⁵⁰ Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 396 -397, którzy wskazują, że w Rzeczypospolitej Polskiej, której ustrój gospodarczy opierał się na gospodarce wolnorynkowej, szczególną doniosłość miały postawy wzajemnego zaufania, życzliwości, uczciwości i służebności w działalności gospodarczej. Na tych wartościach moralnych powinien bowiem wspierać się wolny system rynkowy, na co zwrócił już uwagę A. Smith.

⁷⁵¹ Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 391, gdzie autorzy wyjaśniają, że chodzi o niedookreśloność różnego rodzaju tj. pojęciową lub zakresową. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z niewyraźną treścią nazw, w drugim – z ich nieostrym zakresem. Niedookreśloność pojęciowa może wystąpić jako: 1) niedookreśloność rodzajowa, gdy odnosi się do samego *genus* pojęcia; z taką niedookreślonością mielibyśmy do czynienia w początku występowania zasad współżycia społecznego, gdy nie w pełni uświadamiano sobie, czy chodzi tu o oceny czy o normy moralne, a także 2) niedookreśloność gatunkowa, gdy dotyczy cech wyróżniających gatunek spośród rodzaju, a więc np. w przypadku zasad współżycia społecznego, gdy nie wiadomo było, czy chodzi o normy moralne niebędące zarazem normami prawnymi itp.

pojęcia „zasady współżycia społecznego”⁷⁵² jako klauzuli generalnej o charakterze ogólnym⁷⁵³.

Klauzule generalne mają na celu uelastycznienie stosowania prawa w konkretnych sytuacjach objętych hipotezą norm prawnych⁷⁵⁴ jednak ich stosowanie wymaga dokonania pewnych zabiegów interpretacyjnych. W piśmiennictwie wyróżnia się dwa zasadnicze rozumienia znaczenia pojęcia klauzuli generalnej. Po pierwsze, klauzula rozumiana jako ustawowy nakaz (norma prawna) odsyłająca do układu norm pozaprawnych dla oceny ich wpływu na stosunek prawny (klauzula *sensu largo*)⁷⁵⁵. Drugi sposób rozumienia polega na uznaniu jej za wyrażenie nieostre (podobnie jak dobre obyczaje, ważne powody), odwołujący się do układu norm pozaprawnych, do którego odsyła norma prawna nakazująca (klauzula *sensu stricto*)⁷⁵⁶. W kontekście dalszej części rozważań przyjęto szerokie znaczenie tego pojęcia opowiadając się za poglądem, według którego klauzul generalnych nie stanowią jedynie zawarte w przepisach prawnych wyrażenia niedookreślone (klauzula *sensu stricto*). Odesłanie do nich nie następuje za pomocą klauzuli generalnej, lecz na podstawie tetycznej normy prawnej, odsyłającej poza zakres systemu prawnego (odesłanie *sensu largo*)⁷⁵⁷.

Na zasady współżycia społecznego składają się reguły dotyczące zewnętrznej strony zachowań międzyludzkich. Zasady te rodzą się samorzutnie w społeczeństwie i nie są statuowane przez organy państwowe⁷⁵⁸. W piśmiennictwie wyjaśniono, że zasady

⁷⁵² Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 391.

⁷⁵³ Odwołuje się on do ocen wyrażonych w postaci reguł postępowania jednych osób wobec drugich i to reguł funkcjonujących z uzasadnieniem moralnym – a nie tetycznym (z mocy stanowienia prawa przez jakieś zespoły ludzkie) por. szerzej Z. Ziemiński, *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wrocław 1972, s. 164; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 92 i n.

⁷⁵⁴ Zob. J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 77; J. Wróblewski, *Przepisy odsyłające*, ZNUŁ, Prawo, Seria I, Nauki Humanistyczno-Społeczne, 1964, Nr 35, s. 15; A. Szot, *Klauzula generalna jako ponadgałęziowa konstrukcja systemu prawa*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Lublin–Polonia* 2009, vol. LXIII, s. 294–296; J. Mojak, *Ewolucja zasad współczesnego polskiego prawa cywilnego – zasada bezpieczeństwa obrotu*, *SIL* 2016, Vol. XXV, Nr 1, s. 150; K. Doliwa, A. Doliwa, *Zasada słuszności i dobra wiara a prawo pozytywne: na przykładzie polskiego prawa cywilnego*, *Studia Prawoustrojowe* 2015, Nr 30, s. 86, 89, 90.

⁷⁵⁵ J. Czarzasty, *Przyczynek do problematyki klauzul generalnych*, *PiP* 1978, Nr 5, s. 84.

⁷⁵⁶ J. Czarzasty, *Przyczynek do problematyki...*, s. 84, a także Z. Ziemiński, *Etyczne problemy...*, s. 160 i n., 184 i n., który przeprowadził interesujący podział na jawne lub utajnione odesłania do układu norm pozaprawnych.

⁷⁵⁷ Zob. Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 390–391; E. Rott-Pietrzyk, *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*, Warszawa 2007, s. 280.

⁷⁵⁸ M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wyd. 3, Legalis 2023, art. 5, nb. 2.

współżycia społecznego nawiązują do reguł moralnych, ale wyłącznie w zakresie, w jakim te reguły można odnieść do zewnętrznej sfery zachowań jednych osób wobec innych⁷⁵⁹.

W judykaturze podkreśla się, że zasady współżycia społecznego stanowią zasady etycznego i uczciwego postępowania, które dotyczą stosunków interpersonalnych⁷⁶⁰. Zasady współżycia społecznego nie stanowią norm prawnych *sensu stricte*⁷⁶¹, zyskują jednak relewantność prawną w wypadkach odesłania do nich przez ustawę⁷⁶².

W nauce i judykaturze reprezentowany jest także pogląd, że pojęcie zasad współżycia społecznego obejmuje nie tylko oceny uzasadniające reguły moralne, ale także obyczajowe⁷⁶³. Przy czym, należy przyjąć, że chodzi o tylko takie obyczaje, które odbierane są pozytywnie (w kontekście ich oceny moralnej), czyli dobre obyczaje⁷⁶⁴. R. Trzaskowski uznaje ją za funkcjonalny odpowiednik klauzuli dobrych obyczajów⁷⁶⁵. Doktryna podnosi również, że zasady współżycia społecznego powinny odnosić się do reguł organizacyjnych lub obyczajowych, czyli reguł niepodlegających ocenie z punktu widzenia dobra lub zła⁷⁶⁶. Warto jednak zwrócić uwagę na stanowisko Z. Radwańskiego i M. Zielińskiego, że do oceny zasad współżycia społecznego w kontekście obyczajowym istnieje potrzeba odwołania się do ogólnie przyjętej w naszej kulturze prawnej zasady, że system prawny nie może tolerować stosunków prawnych, które powstawałyby w kolizji z

⁷⁵⁹ A. Stelmachowski, *Zarys teorii...*, s. 119–120; tenże, *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, PiP 1965, Nr 1, s. 11–12; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, s. 78; Z. Ziemiński, *Glosa do wyroku SN z 28.11.1967 r., I PR 415/67*, OSPiKA 1968, Nr 10, poz. 210, s. 453–454; T. Dybowski, *Zasady współżycia społecznego i społeczne gospodarcze przeznaczenie prawa a prawo własności*, NP 1967, Nr 6, s. 721–723; Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 397.

⁷⁶⁰ Zob. wyr. SN z 04.10.2001 r., I CKN 458/00, Legalis nr 76555; wyr. SN z 28.11.2001 r., IV CKN 1756/00, Legalis nr 61221; wyr. SN z 23.05.2013 r., IV CSK 660/12, Legalis nr 728657 oraz wyr. SA w Szczecinie z 26.04.2019 r., I ACa 12/19, Legalis nr 2178598; wyr. SA w Krakowie z 02.07.2019 r., I ACa 1079/18, Legalis nr 2276813.

⁷⁶¹ Zob. L. Leszczyński, G. Maroń, *Zasady prawa i generalne klauzule odsyłające w operatywnej wykładni prawa*, AUMCS sectio G (Ius) 2013, Vol. 60, Nr 2, s. 146, którzy wskazują, że poprzez uwzględnienie klauzul generalnych w procesie stosowania prawa, te zwroty stają się elementem porządku prawnego w rozumieniu funkcjonalnym. Sposób ustalania znaczenia pojęcia „zasad współżycia społecznego” ewoluuje. Tytułem przykładu można przywołać wyrok SN z 17.06.2020 r., I NSNc 47/19, Legalis nr 2369682, wskazujący, że następstwa zastrzeżenia w umowie pożyczki nadmiernej wysokości odsetek godzą w porządek prawny i z tego powodu są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

⁷⁶² Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 1...*, s. 390.

⁷⁶³ Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 1...*, s. 395, oraz powołany tam A. Stelmachowski, *Wstęp...*, s. 152; tenże, *Zarys...*, s. 119; polemicznie Z. Ziemiński, *Etyczne problemy...*, s. 164 i n.

⁷⁶⁴ Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 1...*, s. 395.

⁷⁶⁵ R. Trzaskowski, *Granice swobody...*, s. 392–393.

⁷⁶⁶ A. Stelmachowski, *Zarys teorii...*, s. 119–120; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, s. 78; A. Szot, *Klauzula generalna...*, s. 293–294. Inaczej Z. Ziemiński, *Glosa do wyroku...*, s. 453, zdaniem którego, naruszenie obyczaju może stanowić jednocześnie naruszenie norm moralnych, np. gdy są naruszane normy obyczajowe przez zagranie na pogrzebie utworu niestosownego do sytuacji.

powszechnie akceptowanymi wartościami⁷⁶⁷. W ten sposób zasady współzycia społecznego będą sięgały znacznie dalej stanowiąc swego rodzaju strażnicę tych wartości.

Również sam sposób wyznaczania zasad współzycia społecznego jest przedmiotem doktrynalnej dyskusji, w której można wyróżnić dwa nurty⁷⁶⁸. Pierwszy, tzw. nurt normatywistycznego ujęcia zasad współzycia społecznego, zakłada, że są to wykształcone w społeczeństwie generalne i abstrakcyjne normy moralne lub ogólnie zarysowane normy o uzasadnieniu aksjologicznym, do których ustawa odsyła w celu podporządkowania określonych sytuacji pod dyrektywę tych norm⁷⁶⁹. Drugi to nurt odnoszący się do ujęcia sytuacjonistycznego, który przyjmuje, że zasady współzycia społecznego są formułowane przez sąd jako organ stosujący prawo na podstawie norm moralnych. W związku z tym klauzula ta nie jest odesłaniem do norm moralnych, lecz nakazem dokonywania ocen; odwołuje się do jednostkowej i indywidualnej oceny sędziego w okolicznościach konkretnej sprawy⁷⁷⁰.

Na gruncie tych rozważań pojawił się również pogląd o charakterze kompromisowym, zgodnie z którym normy moralne i obyczajowe nie tworzą uporządkowanego układu, do którego elementów można by się odwoływać, cechuje je duża skala ogólności, która uniemożliwia bezpośrednie powoływanie się na nie jako na podstawy rozstrzygnięcia w danej sprawie⁷⁷¹. Sformułowanie konkretnej zasady współzycia społecznego, która będzie odniesieniem dla zbadania, czy stosunek zobowiązaniowy mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 353¹ KC, zależy również od wielu czynników występujących po stronie sędziego: jego znajomości reguł moralnych

⁷⁶⁷ Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 1...*, s. 395.

⁷⁶⁸ Zob. szerzej R. Trzaskowski, *Granice swobody...*, s. 397–405; B. Więzowska, *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009, s. 76 i n.; J. Nowacki, *O normatywnych (abstrakcyjno-generalnych) i sytuacjonistycznych rozumieniach zasad współzycia społecznego*, Prace naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach 1980, Nr 355, s. 14 i n.; M. Safjan, *Klauzule generalne...*, s. 48–59.

⁷⁶⁹ S. Sołtysiński, Z. Ziemiński, *Glosa do uchwały SN z 17.01.1974 r., III PZP 34/73*, PiP 1978, Nr 7, s. 165. Wydaje się, że do takiego ujęcia zasad współzycia społecznego nawiązuje P. Machnikowski, który wprost określa je normami postępowania, określającymi wzajemne stosunki podmiotów w społeczeństwie (P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 251 i n., 258 i n., 307 i n.)

⁷⁷⁰ M. Pawełczyk, *Uwagi o „odsylającym” charakterze...*, s. 88–89; J. Nowacki, *O przepisach zawierających klauzule generalne*, Warszawa 1988, s. 90.

⁷⁷¹ J. Nowacki, *O przepisach zawierających...*, s. 99; a także M. Zirk-Sadowski, *Postulat etyki bezkodeksowej a stosunek prawa od moralności*, AUL FI 1979, Nr 25, s. 20–22, który wskazuje, że rozumienie zasad współzycia społecznego, a w konsekwencji ocena danej sytuacji faktycznej czy też określonych zachowań, może różnić się w zależności od grupy społecznej. W związku z tym sformułowanie pewnej zasady współzycia społecznego, odwołująca się do norm moralnych lub obyczajowych oraz wyznaczająca powinne zachowania stron stosunku cywilnoprawnego, możliwe jest ad casum, w konkretnej sprawie, w danych okolicznościach i czasie. Zob. uchw. SN z 17.01.1974 r., III PZP 34/73, OSNC 1975, Nr 1, poz. 4; R. Trzaskowski, *Granice swobody...*, s. 406–412; E. Rott-Pietrzyk, *Klauzula...*, s. 282–283.

lub obyczajowych, stosunku do ocen moralnych, wyznawanych przez sędziego wartości i przekonań lub intuicyjnego poczucia słuszności prawa, wyobrażenia o preferencjach środowiskowych czy też intuicyjnego odczytywania preferencji politycznych lub społecznych⁷⁷².

W najnowszym piśmiennictwie wyróżnia się zatem funkcję normowania stosunków cywilnoprawnych przez zasady współżycia społecznego i ich funkcję kontrolną, a także funkcję ogólną polegającą na urzeczywistnianiu idei słuszności w prawie cywilnym⁷⁷³.

3. Zasady współżycia społecznego w kontekście granic swobody umów

Jak wynika z art. 353¹ KC to treść lub cel umowy nie mogą sprzeciwiać się zasadom współżycia społecznego. W doktrynie zauważa się, że sprzeczność taka może dotyczyć (obok treści lub celu umowy), także samej czynności zawarcia umowy czy też zachowania stron towarzyszącego zawarciu umowy⁷⁷⁴.

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 miał znaczenie również przy ocenie treści umów w sprawie zamówień publicznych⁷⁷⁵.

W tym kontekście warto przytoczyć ważne spostrzeżenie *P. Machnikowskiego*, który stwierdza, że badając umowę pod względem słuszności kontraktowej trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli

⁷⁷² Z. Ziemiński, *Etyczne problemy...*, s. 135–137; tenże, *Stan dyskusji nad problematyką klauzul generalnych*, PiP 1989, Nr 3, s. 21–22; M. Safjan, *Klauzule generalne...*, s. 55; L. Leszczyński, *Funkcje klauzul odsyłających a model ich tworzenia w systemie prawa*, PiP 2000, Nr 7, s. 7.

⁷⁷³ Zob. A. Doliwa, *Funkcje zasad współżycia społecznego w prawie cywilnym*, Warszawa 2021, s. 63 i n., 91 i n.

⁷⁷⁴ P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 306.

⁷⁷⁵ P. Machnikowski wskazuje zawężająco, że o naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu wykorzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Kolejny element oceny odnosi się do konieczności uwzględniania postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, s. 604.

stron je zawierających⁷⁷⁶. W związku z tym zasady współzycia społecznego nie powinny stanowić uniwersalnego testu słuszności, ale ocenę w obrębie określonego stosunku zobowiązaniowego. Z punktu widzenia zawierania umów oraz kształtowania ich treści, w prawie zamówień publicznych przyjęto szereg mechanizmów chroniących wykonawców, w szczególności możliwość sądowej kontroli treści umowy jeszcze przed jej zawarciem. Są one ściśle związane z charakterem umowy w sprawie zamówienia publicznego jako odpowiadającej kodeksowemu modelowi umowy wzajemnej uregulowanej w art. 487 § 2 KC⁷⁷⁷. Ochronę taką realizuje KIO podkreślając, że zamawiający nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współzycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współzycia społecznego, które nie mogą zostać naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy⁷⁷⁸.

Umowy obligacyjne, które kształtują prawa i obowiązki stron stosunku w sposób nieodpowiadający słuszności kontraktowej naruszają zasady współzycia społecznego. W szczególności będą to umowy sprzeciwiające się regułom uczciwości i rzetelności profesjonalnej. Dlatego zmiana wynagrodzenia wykonawcy (dokonywana w ramach waloryzacji wynagrodzenia lub zmiany umowy w trybie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP) nie będzie stała w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego⁷⁷⁹, jako przejaw realizacji zasady słuszności kontraktowej.

⁷⁷⁶ P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, s. 604 oraz powołane tam: R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 440; wyr. SN z 18.03.2008 r., IV CSK 478/07, MoP 2011, Nr 5, s. 279 oraz wyr. SN z 25.05.2011 r., II CSK 528/10, Legalis nr 440104; odmiennie E. Traple, *Ochrona słabszej strony...*, s. 247 i n.

⁷⁷⁷ J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1036 – 1037 wskazuje, że świadczenia stron w umowie w sprawie zamówienia publicznego są (w ich przekonaniu) równowartościowe i wymienne w myśl zasady *do ust des*.

⁷⁷⁸ Tak np. KIO w wyroku z 27.10.2021 r., KIO 2940/21, Legalis nr 2701133 oraz w wyroku z 02.02.2021 r., KIO 3512/20, Legalis nr 2539064.

⁷⁷⁹ W. Dzierżanowski, *Zmiana wynagrodzenia wykonawcy w związku z inflacją spowodowaną nadzwyczajnymi okolicznościami Waloryzacja umów*, ZP Doradca 2022, Nr 11, str. 30.

Podjęcie prób wyznaczenia granic swobody umów o zamówienie publiczne w świetle zasad współzycia społecznego poprzedzone być musi poszukiwaniem odpowiedzi na pytanie o cel i funkcję takiego odwołania i rolę zasad współzycia społecznego jako granicy swobody umów. Na pierwszy plan wysuwa się funkcja uzupełniająca i spajająca. R. Trzaskowski zwraca uwagę na konieczność dopełniania regulacji chroniących interes publiczny, interes strony umowy jako jednostki, a nawet interes osób trzecich, z tego względu, że ustawodawca nie jest w stanie przewidzieć i zapobiec wszystkim możliwym zagrożeniom⁷⁸⁰. Wydaje się, że pisząc te słowa w 2005 r. autor nie rozważał tak dynamicznego rozwoju nowych technologii, które z impetem wkraczają w stosunki zobowiązaniowe. W prawie zamówień publicznych jest to szczególnie widoczne w kontekście elektronicznej zamówień publicznych, która stopniowo wkraczając w postępowanie o udzielenie zamówienia przyniosła problemy, za którymi powoli starał się nadać ustawodawca⁷⁸¹ i judykatura. W świetle tych zmian tezy R. Trzaskowskiego stają się nader aktualne.

Na pierwszy plan przy ocenie z punktu widzenia słuszności kontraktowej wysuwa się stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy też, szerzej, dwustronnie zobowiązujących⁷⁸². W doktrynie poszukuje się zakresu ram dla określenia porównywalności świadczeń poprzez odniesienia do wartości rynkowej⁷⁸³, pokrzywdzenia o połowę wartości⁷⁸⁴, wyzysku⁷⁸⁵ itp. Dla oceny umowy w sprawie zamówienia publicznego ocena słuszności kontraktowej z punktu widzenia wartości świadczeń dokonywana jest jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty (w kontekście badania rażąco niskiej ceny oraz możliwości płatniczych zamawiającego), a następnie na etapie wykonywania umowy (poprzez waloryzację, czy zmiany umowy).

⁷⁸⁰ R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 425.

⁷⁸¹ Wystarczy wskazać na art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP dotyczący odrzucenia oferty złożonej niezgodnie z wymogami formalnymi jako reakcja na brak podstawy do odrzucenia oferty w ustawie z PZP2004.

⁷⁸² Z. Radwański, R. Trzaskowski, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 324 i n.; R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 437 i n.; P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 299 i n.

⁷⁸³ Z. Radwański, R. Trzaskowski, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 326 i n.; R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 442 i n.

⁷⁸⁴ R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 444 oraz uzasadnienie wyr. SN z 19.09.2002 r., II CKN 1089/00 i II CKN 1090/00, OSN 2003, Nr 12, poz. 166; w tym ostatnim SN odnosił się pośrednio i z ostrożnością do kategorii „pokrzywdzenia o połowę wartości” (*laesio enormis*), jako wyrażającej powszechny w społeczeństwie pogląd moralny.

⁷⁸⁵ P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 604.

Więcej trudności nastęrcza szersze spojrzenie na rozkład wszystkich obowiązków i uprawnień stron. W literaturze wskazuje się na konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości (ekwiwalentności) uprawnień oraz ich proporcjonalności⁷⁸⁶. P. Machnikowski słusznie zwraca uwagę na istotną rolę przepisów o charakterze dyspozytywnym, które nie stanowią ustawowych ograniczeń swobody umów, jednak „niektóre z nich (czy niektóre z wyrażonych przez nie norm) pozwalają ustalić katalog akceptowanych przez ustawodawcę wartości (jego system ocen), a więc ustalić treść zasad współżycia społecznego.”⁷⁸⁷ Kwestia odpowiedniości i proporcjonalności ryzyk związanych z umową była przedmiotem rozważań SN⁷⁸⁸, który z dużą dozą ostrożności odwoływał się do zasad współżycia społecznego, jako punktu odniesienia dla ustalania granic swobody umów.

Granice swobody umów w postaci zasad współżycia społecznego rozumianych, w sposób opisany wyżej, są widoczne również w prawie zamówień publicznych. Na zasadę słuszności kontraktowej powoływała się KIO w swoim orzecznictwie dostrzegając konieczność jej realizacji w umowach w sprawie zamówienia publicznego. Zasada ta rozumiana jest przez Izbę, 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. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca⁷⁸⁹. W tym kontekście Izba podkreśliła, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych, został osiągnięty. W swoim działaniu zamawiający nie może jednak korzystać z prawa

⁷⁸⁶ P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, s. 605, R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 454 i n., J. Pisuliński, *Glosa do wyr. SN z 08.03.2002 r., III CKN 748/00*, OSP 2003, Nr 3, s. 169.

⁷⁸⁷ P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 302, a także Z. Radwański, R. Trzaskowski, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 326 i n.

⁷⁸⁸ Wyrok SN z 07.01.1980 r., II CR 464/79, OSN 1980, Nr 7–8, poz. 145; podobnie wyr. SN z 06.01.1976 r., I CR 713/75, Legalis nr 19196; wyr. SN z 09.07.1974 r., I CR 353/74, Legalis nr 18150, a także SN w wyroku z 04.10.2001 r., I CKN 328/99, Legalis nr 79822, gdzie SN uznał, że przyjęcie przez jedną ze stron zwiększonego ryzyka prawnego nie przesądza o sprzeczności umowy z zasadami współżycia społecznego, jeżeli zawarta została na podstawie przesłanek (w tym spodziewanych korzyści) swobodnie kalkulowanych przez strony.

⁷⁸⁹ Wyrok KIO z 18.05.2015 r., KIO 897/15, LEX nr 1746880.

absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą⁷⁹⁰.

4. Zasady prawa zamówień publicznych jako zasady współzycia społecznego

Przepisy ustawy PZP formułują zasady udzielania zamówień publicznych. Można wśród nich wymienić zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania (w tym PPU) w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny (art. 16 ustawy PZP), legalizmu, bezstronności i obiektywizmu osób podejmujących czynności w postępowaniu (art. 17 ustawy PZP). Zamawiający przeprowadza postępowanie w sposób jawny (art. 18 ust. 1 ustawy PZP) oraz pisemnie, z zastrzeżeniem prymatu języka polskiego (art. 20 ust. 1 i 2 ustawy PZP)⁷⁹¹. Każda z tych zasad doznaje wyjątków, jednak ich wymiar nie pozbawia ich roli norm prawnych lub zasad nadrzędnych.

Wymienione wyżej zasady zalicza się do zasad prawa, czyli takich norm, które są uznawane przez ustawodawcę za szczególnie ważne dla systemu prawa lub jego części. Jest to reguła kierunkowa – ważniejsza od innych norm⁷⁹². Ich celem jest ustalenie podstaw wykładni przepisów szczegółowych. Stanowią one zatem fundamentalne wartości leżące u podstaw systemu prawnego⁷⁹³. Wskazują one wartości, jakie powinny realizować normy prawa cywilnego, a także wyznaczają kierunek działań ustawodawcy, sposób stosowania

⁷⁹⁰ E. Wiktorowska, w: A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 433, nb. 2.

⁷⁹¹ Katalog zasad uzupełniony jest o zasadę elektryczności ekonomicznej (art. 17 ustawy PZP), której znaczenie w kontekście granic swobody umów zostanie omówione w kontekście natury stosunku prawnego.

⁷⁹² P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień...*, s. 191, J. Jabłońska-Bonca, *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1996, s. 125. Podobnie, w odniesieniu do zasad prawa handlowego, K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego*, SIL 2016, Vol. XXV, Nr 1, s. 163; T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988, Nr 3, s. 16–26; M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012, s. 22 i n., 30–31, 226, 230, 233, 240–241; L. Leszczyński, G. Maroń, *Pojęcie i treść zasad...*, s. 81 i n. Rozumienie zasad prawa jako norm prawnych występuje również w zagranicznej nauce. Wydaje się, że najbardziej znane są w tej kwestii poglądy R. Dworkina, który wyróżnił zasady i reguły prawa, przypisując im różny sposób wyznaczania norm postępowania. Zob. R. Dworkin, *Biorąc prawo poważnie*, Warszawa 1998, s. 56–57, 60 i n.; M. Dybowski, *Rolanda Dworkina koncepcja zasad prawa*, RPEiS 2001, Nr 3, s. 99–114.

⁷⁹³ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, s. 29.

prawa i interpretacji przepisów prawnych, służą rozstrzyganiu kolizji norm prawnych oraz określają granice wykonywania praw podmiotowych⁷⁹⁴.

Natomiast wg innych autorów, zasadami prawa są wartości, cele lub funkcje prawa, znajdujące swoje podstawy w doktrynie i tradycji prawa, podlegające jednocześnie wpływowi społeczno-gospodarczym⁷⁹⁵. Istniejące dwa ujęcia zasad prawa mogą zostać uznane za komplementarne⁷⁹⁶. Wobec tego należy przyjąć stanowisko, że zasady prawa są normami, wywodzonymi z przepisów prawnych przy odwołaniu do podstawowych założeń, wartości, idei systemu prawa cywilnego oraz funkcji i celów pełnionych przez prawo cywilne. Zasady mają istotne znaczenie praktyczne, gdyż wszelkie niejasności lub wątpliwości powinny być rozstrzygane w zgodzie z zasadą prawną, która interpretowanego zagadnienia dotyczy⁷⁹⁷. Czy jednak tylko takie jest ich znaczenie?

Szczegółowe omówienie każdej z tych zasad mogłoby posłużyć na osobny temat rozprawy doktorskiej, czy monografii. Większość zasad prawa zamówień publicznych ma bowiem swoje źródło w prawie unijnym, ale ich stosowanie odbywa się z poszanowaniem ogółu norm zawartych w prawodawstwach krajowych. To właśnie połączenie uniwersalnego wydźwięku zasad na gruncie europejskim i konieczność ich odnoszenia do systemu prawa krajowego czyni zagadnienie to szczególnie złożonym. Dlatego w rozważaniach na temat granic swobody umów postaram się zasady prawa zamówień publicznych potraktować jako zbiór norm o podobnej funkcji i znaczeniu dla prawa zamówień publicznych.

Obowiązek przestrzegania określonych zasad na gruncie prawa zamówień publicznych wywodzi się z zasad wyrażonych w TFUE, do których odwołują się dyrektywy unijne (dyrektywa 2014/25/UE, 2014/24/UE i 2009/81/WE). Przepisy dyrektyw stanowią o udzielaniu zamówień z poszanowaniem zasad TFUE, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada

⁷⁹⁴ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne*, s. 16.

⁷⁹⁵ Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, s. 29–32; C. Żuławska, *Zasady prawa gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 24 i n.; A. Brzozowski, W.J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2010, s. 38 i n.; J. Mojak, *Ewolucja zasad...*, s. 148.

⁷⁹⁶ K. Stefaniuk, *Zasady prawa w systemach i podręcznikach prawa cywilnego*, SIL 2016, Vol. XXV, Nr 1, s. 141.

⁷⁹⁷ M. Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 154 i n.

niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości⁷⁹⁸.

Jedną z podstawowych i uznawanych za najważniejszą zasadą prawa zamówień publicznych jest **zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**. Wyrażona jednym tchem w art. 16 pkt 1 ustawy PZP zasady, w rzeczywistości składa się z dwóch osobnych, acz ściśle powiązanych ze sobą zasad: zasady równego traktowania i zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Zasada równego traktowania wykonawców wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione⁷⁹⁹. Mowa zatem o jednakowym traktowaniu przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań (dotyczących warunków podmiotowych oraz odnoszących się do przedmiotu zamówienia), a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny⁸⁰⁰.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza więc jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości⁸⁰¹. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert⁸⁰². Zasada ta jest adresowana do zamawiającego, co oznacza, że stosując i interpretując przepisy ustawy PZP zamawiający powinien dokonywać tego przez jej pryzmat.

⁷⁹⁸ M. Jaworska w: M. Jaworska, D. Grześkowiak- Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2021, art. 16, nb. 3.

⁷⁹⁹ Por. wyr. TSUE (i przytoczone w jego uzasadnieniu orzecznictwo) z 10.10.2013 r. w sprawie C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v. Manova A/S*, EU:C:2013:647.

⁸⁰⁰ Por. wyr. TSUE: z 07.04.2016 r. w sprawie C-324/14, *PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta*, EU:C:2016:214; z 24.05.2016 r. w sprawie C-396/14, *MT Højgaard A/S i Züblin A/S v. Banedanmark*, EU:C:2016:347; z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, *Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias*, EU:C:2008:731.

⁸⁰¹ M. Jaworska w: M. Jaworska, D. Grześkowiak- Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2021, art. 16, nb. 4.

⁸⁰² Tak SO w Bydgoszczy w post. z 17.03.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl., cyt. za: wyr. KIO z 15.07.2013 r., KIO 1567/13, Legalis nr 741478.

Zasada uczciwej konkurencji stanowi natomiast nakaz takiego ukształtowania przyszłego postępowania, aby stworzyć warunki do realizacji zasady równego traktowania. Zamawiający powinien zatem opisać przedmiot zamówienia w sposób gwarantujący wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia, czyli otwierający zamówienie na konkurencję. Nie należy mylić jej jednak z koniecznością takiego kształtowania wymogów, aby o zamówienie mogli ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują świadczenia zbliżone, podobne do tych wymaganych przez zamawiającego⁸⁰³. Zamawiający powinien dążyć do zaspokojenia swoich uzasadnionych potrzeb, bez ograniczania dostępu wykonawców do udziału w postępowaniu, w sposób nieuzasadniony.

Jednym z elementów pełnej realizacji zasady uczciwej konkurencji są precyzyjne dyrektywy opisu przedmiotu zamówienia. Celem określonego w art. 99 ust. 1 ustawy PZP wymogu jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest zapewnienie wszystkim wykonawcom, zainteresowanym pozyskaniem zamówienia, możliwości dokonania jednoznacznej interpretacji wymogów zamawiającego⁸⁰⁴. Zamawiający nie może wprowadzać do opisu przedmiotu zamówienia treści zwalniającej go ze sporządzenia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zamawiający nie może opierać się na mało przejrzystych i nieproporcjonalnych wymaganiach, których egzekwowanie może prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia danego wykonawcy, który inaczej zrozumiał treść SWZ z powodu wadliwego postępowania zamawiającego⁸⁰⁵.

Nakaz zachowania zasady uczciwej konkurencji oznacza także obowiązek określania warunków udziału w postępowaniu w sposób nienadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, rozumianej jako minimalne poziomy tej zdolności (art. 112 ust. 1 PZP). Dlatego wyznaczenie cech pozwalających na przyjęcie, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia (co z założenia eliminuje niektórych wykonawców z ubiegania się o udzielenie zamówienia), powinno korespondować z jego przedmiotem⁸⁰⁶. Ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności,

⁸⁰³ Uzasadnienie wyr. z 18.03.2019 r., KIO 358/19, Legalis nr 2658357.

⁸⁰⁴ M. Jaworska w: M. Jaworska, D. Grześkowiak- Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2021, art. 16, nb. 6.

⁸⁰⁵ Wyr. KIO z 01.02.2022 r., KIO 66/22, Legalis nr 2682151.

⁸⁰⁶ Wyr. KIO z 05.03.2021 r., KIO 418/21, Legalis nr 2648627, utrzymany w mocy wyr. SO w Warszawie z 02.07.2021 r., XXIII Zs 44/21, Legalis nr 2607714.

którego przeprowadzenie powinno wykazać, że są one niezbędne i adekwatne do określonego celu zamówienia i potrzeb zamawiającego. Nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia⁸⁰⁷.

Ostatni, ale nie mniej ważny element zasady uczciwej konkurencji to nakaz aby wszyscy wykonawcy mieli zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie. Samo zaś dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego⁸⁰⁸.

Krótkie rozważania na ten temat można zakończyć, posługując się fragmentem uzasadnienia wyroku KIO: *Podstawową zasadą współzycia społecznego, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest nakaz prowadzenia tego postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Bez wątpienia więc klauzula generalna wyrażona w art. 7 ustawy PZP, stanowi konkretyzację zasad współzycia społecznego*⁸⁰⁹.

Konsekwencją stosowania zasady równego traktowania jest zasada **przejrzystości** postępowania (art. 16 pkt 2 ustawy PZP) oraz jego **jawności** (art. 18 ust. 1 ustawy PZP). Wynika z niech, że wszystkie warunki zamówienia, w tym zasady postępowania o udzielenie zamówienia, powinny być określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny. Celem realizacji tej zasady jest poinformowanie potencjalnych wykonawców o chęci zawarcia umowy na określonych zasadach w konkretnej procedurze. Konieczność starannego i przejrzystego komunikowania wszystkich wymagań związana jest z zasadą **pisemności**, która zobowiązuje strony do działania na piśmie. Z zasadą przejrzystości sądy wiążą zakaz

⁸⁰⁷ Tak m.in. wyr. SO w Warszawie z 02.07.2021 r., XXIII Zs 44/21, Legalis nr 2607714; wyr. KIO z 28.01.2022 r., KIO 64/22, Legalis nr 2682150; wyr. KIO z 15.02.2022 r., KIO 206/22, Legalis nr 2672804; wyr. KIO z 05.03.2021 r., KIO 418/21, Legalis nr 2648627; wyr. KIO z 27.10.2021 r., KIO 2751/21, Legalis nr 2675942; wyr. KIO z 13.10.2021 r., KIO 2746/21, Legalis nr 2675963.

⁸⁰⁸ Wyrok z 09.09.2019 r., KIO 1636/19, Legalis nr 2245571.

⁸⁰⁹ Wyrok KIO z 13.09.2013 r., KIO 2070/13, LEX nr 1409216. Dalej Izba wskazuje, że: *Ustalenie, że dany czyn lub zaniechanie (wykonawcy, zamawiającego czy podmiotu trzeciego) narusza zasady uczciwej konkurencji jest tożsame z ustaleniem, że narusza on zasady współzycia społecznego. Czynność prawna, dokonywana na podstawie szczegółowego przepisu kompetencyjnego, jeżeli jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego, jest czynnością prawną dokonywaną poza zakresem kompetencji, a więc nieważna na podstawie art. 58 § 1 k.c.*

wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który nie wypełnił obowiązku niewynikającego wyraźnie z dokumentów zamówienia lub przepisu prawa⁸¹⁰.

Zasada **proporcjonalności** niesie za sobą nakaz dokonywania czynności w sposób nienadmierny, adekwatny do pożądanego celu. Interpretowanie zasady proporcjonalności, jako pojęcia autonomicznego, pochodzącego z prawa wspólnotowego odbywa się przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE. Najogólniej rzecz ujmując proporcjonalny to zachowujący właściwą proporcję, nienadmierny, adekwatny. W wyroku C-414/97, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*⁸¹¹, TSUE wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zasada ta przejawia się na niemal wszystkich etapach związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia i wskazuje na konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednie do zamierzonego celu, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, czyli takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców⁸¹². Zasada ta wymaga przeprowadzenia dwustopniowego testu wprowadzanego środka w celu

⁸¹⁰ Por. post. TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, *Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu*, EU:C:2017:557; wyr. TSUE z 02.06.2016 r. w sprawie C-27/15, *Pippo Pizzo v. CRGT Srl*, EU:C:2016:404; z 07.04.2016 r. w sprawie C-324/14, *PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta*, EU:C:2016:214; z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, *Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów*, EU:C:2012:284; wyr. SO w Warszawie z 31.05.2023 r., XXIII Zs 32/23, Legalis nr 2969150; wyr. KIO z 02.01.2023 r., KIO 3406/22, Legalis nr 2989375.

⁸¹¹ Wyrok TSUE z 16.09.1999 r., w sprawie C-414/97, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, ECR 1999/8–9A, s. I-5585; W wyroku z 27.10.2005 r., w sprawie C-234/03, *Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, ECR 2005/10B, s. I-09315, Trybunał Sprawiedliwości uznał za nieproporcjonalny warunek posiadania potencjału technicznego, gdyż żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem było nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia; W wyr. TSUE z 28.02.2018 r. w sprawach połączonych w sprawie C-523/16, C-536/16, *MA.T.I. SUD SpA v. Centostazioni SpA i Duemme SGR SpA przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR)*, EU:C:2018:122, biorąc pod uwagę wcześniejsze orzecznictwo Trybunału, wskazał, że zgodnie z zasadą proporcjonalności przyjęte środki nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zakładanego celu (por. wyr. TSUE: z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, *Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias*, EU:C:2008:731; z 19.05.2009 r. w sprawie C-538/07, *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, EU:C:2009:317; z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08, *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano*, EU:C:2009:808; z 22.10.2015 r. w sprawie C-425/14, *Impresa Edilux srl i Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) v. Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani i in.*, EU:C:2015:721).

⁸¹² Kontrola UZP z 29.11.2017 r., KND/10/17/DKD, https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0014/36122/inf-o-wyniku-KND-10-17-002.pdf (dostęp: 20.03.2023 r.).

stwierdzenia: czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji, jeśli odpowiedź na pytanie pierwsze jest twierdząca, to czy nie wykracza on poza to co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu⁸¹³. Co ciekawe, pod rządami ustawy PZP2004 zasada proporcjonalności nie była początkowo wyrażona wprost wśród zasad prawnych, określenie proporcjonalny odnosiło się do sposobu określania warunków udziału w postępowaniu. Dopiero pod wpływem orzecznictwa unijnego została ona wyrażona wprost wśród zasad ogólnych prawa zamówień publicznych, przez co odchodzą w zapomnienie rozważania na temat jej znaczenia dla systemu zamówień publicznych. Obecnie zasada proporcjonalności jest jedną z chętniej podkreślanych przez wykonawców w ramach formułowanych przez nich zarzutów wobec treści SWZ oraz innych czynności zamawiającego, dlatego doczekała się ona bogatego dorobku orzeczniczego KIO.

Istotą zasady proporcjonalności jako granicy swobody umów jest wyznaczenie granic formułowania wobec wykonawców wymagań w postępowaniu. Powinny być one wyrażane w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i rzeczywistych potrzeb zamawiającego przy jednoczesnym niestawianiu nadmiernych wymagań, ograniczających bez odpowiedniego uzasadnienia prawa wykonawców czy też stanowiących dla nich zbędne utrudnienia w udziale w postępowaniu i pozyskaniu zamówienia⁸¹⁴.

Gwarantem realizacji wszystkich ww. zasad jest konieczność prowadzenia postępowania z zachowaniem **bezstronności i obiektywizmu** (art. 17 ust. 3 ustawy PZP). Oznacza ona w praktyce obowiązek skierowania do przygotowania i przeprowadzenia postępowania osób, które gwarantują wykonywanie czynności w sposób bezstronny (rozumiany jako rozpatrywanie oferty w oparciu o neutralność, rzetelność, uczciwość w tym brak powiązań z wykonawcą) i obiektywny (w oparciu o fakty, bez względu na własne odczucia, opinię czy nastawienie)⁸¹⁵. Wymogi wobec osób skierowanych do przygotowania i prowadzenia postępowania określa art. 56 ustawy PZP, wskazując katalog okoliczności prowadzących do wyłączenia osób występujących po stronie zamawiającego.

⁸¹³ Wyrok KIO z 01.02.2021 r., KIO 33/21, LEX nr 3146782.

⁸¹⁴ M. Jaworska w: M. Jaworska, D. Grześkowiak- Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2021, art. 16 Teza C. I nb. 2.

⁸¹⁵ M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, 2022, art. 17, nb.4.

5. Uzasadnione potrzeby zamawiającego

Niektóre z nich często są identyfikowane w doktrynie lub orzecznictwie, rzadko jednak wprost określane mianem zasad współżycia społecznego oraz granic swobody umów. Jednak ich wpływ na ocenę umowy w sprawie zamówienia publicznego jest znaczący, a ukształtowane pod ich wpływem praktyki powszechnie akceptowane.

Pierwszą z nich jest test tzw. uzasadnionych potrzeb zamawiającego, który oznacza zakaz stawiania wykonawcom nadmiernych wymagań, którym nie byłoby w stanie sprostać wykonawcy zdolni do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego⁸¹⁶. Jest to element zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 16 ust. 1 ustawy PZP⁸¹⁷, który koreluje również z zasadą proporcjonalności, odnosi się jednak do sfery wewnętrznej zamawiającego i motywów podejmowania przez niego określonych decyzji mających wpływ na sytuację wykonawcy. Zapewnienie najszerszej konkurencji nie jest celem w sposób bezwzględny najwyższym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Granicę dla rozszerzania konkurencyjności danego postępowania wyznaczają realne i obiektywne czynniki, mierzące zdolności wykonawcy w kontekście specyfiki i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia⁸¹⁸.

Ocena w kontekście uzasadnionych potrzeb zamawiającego jest najczęściej dokonywana przez KIO i sądy na etapie odwołań lub skarg na postanowienia dokumentów zamówienia, w tym projektowane postanowienia umowy⁸¹⁹ i dotyczy szerszego kontekstu zawierania umów w różnych aspektach, które łącznie wpływają na swobodę kontraktową. Najczęściej uzasadnione potrzeby zamawiającego analizowane są w kontekście oceny treści (elementów) opisu przedmiotu zamówienia⁸²⁰, niedokonania podziału zamówienia na części⁸²¹, kryteriów oceny ofert i przyznanych im wag⁸²², czy warunków udziału w

⁸¹⁶ Tak np. SO z Nowym Sączu w wyroku z dnia 27.05.2020 r., III Ca 252/20, Legalis nr 2395881.

⁸¹⁷ W wyroku z dnia 16.02.2021 r., KIO 121/21, Legalis nr 2560406, Izba wskazała, że: *celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie przedmiotu zamówienia, który ma zaspokoić uzasadnione potrzeby zamawiającego określone i skonkretyzowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oczywiście jest przy tym wymóg zachowania zasad zamówień publicznych, w tym równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.*

⁸¹⁸ Tak np. KIO w wyroku z 04.03.2021 r., KIO 356/21, Legalis nr 2562743, w wyroku z 08.05.2019 r., KIO 744/19, Legalis nr 1974000.

⁸¹⁹ Art. 513 pkt 1 ustawy PZP.

⁸²⁰ Np. wyrok KIO z 20.05.2021 r., KIO 989/21, Legalis nr 2607327, wyrok KIO z 16.02.2021 r., KIO 121/21, Legalis nr 2560406, wyrok KIO z 22.03.2021 r., KIO 469/21, Legalis nr 2570200.

⁸²¹ Tak np. wyrok KIO z 24.05.2021 r., KIO 959/21, KIO 1205/21, Legalis nr 2605051.

⁸²² Tak np. wyrok KIO z 05.03.2021 r., KIO 89/21, KIO 90/21, Legalis nr 2559679 oraz wyrok KIO z 01.10.2020 r., KIO 2223/20, Legalis nr 2505899.

postępowaniu⁸²³. Uzasadnione potrzeby zamawiającego powoływane są także w kontekście ustanowionych przez zamawiającego wymogów dotyczących realizacji umowy (projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego)⁸²⁴.

W orzecznictwie dominuje pogląd, że jeżeli wymogi stawiane przez zamawiającego są uzasadnione jego rzeczywistymi potrzebami, to nie ma znaczenia, że ograniczają krąg potencjalnych wykonawców, w skrajnych przypadkach nawet do jednego tylko podmiotu⁸²⁵. Izba uznała, że jeżeli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że wymagania jest w stanie spełnić tylko jeden wykonawca. W takim bowiem wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Jednakże specyfikę i konieczność określenia tych potrzeb na pewnym poziomie należy wykazać⁸²⁶.

Po pierwsze, za jeden z wyznaczników tej granicy swobody umów w kontekście kształtowania postanowień dotyczących przedmiotu umowy uznano uzasadnione potrzeby zamawiającego. Powołując się na uchwałę SN z dnia 22.05.1991 r.⁸²⁷ Izba wskazała, że uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego⁸²⁸. O ile zasada swobody umów wymaga konsensu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SWZ

⁸²³ Tak np. wyrok KIO z 07.12.2020 r., KIO 2983/20, Legalis nr 2611414.

⁸²⁴ Tak np. wyrok KIO z 14.07.2020 r., KIO 1066/20, Legalis nr 2450002, wyrok KIO z 10.06.2020 r., KIO 969/20, Legalis nr 2457975.

⁸²⁵ Tak np. wyrok KIO z 05.08.2009 r., KIO/UZP 961/09, LEX nr 512943.

⁸²⁶ W orzeczeniu z 10.07.2009 r., KIO/UZP 807/09, Legalis nr 165835.

⁸²⁷ III CZP 15/91, OSNC 1992/1/1: *Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażające ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków.*

⁸²⁸ Wyrok KIO z 08.04.2016 r., KIO 437/16, Legalis nr 1469046, wyrok KIO z 06.11.2014 r., KIO 2177/14, Legalis nr 1180078.

projektowane postanowienia umowy. Wynika z tego również uprawnienie zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami⁸²⁹.

Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jak wynika z tego przepisu, opis przedmiotu zamówienia musi być wyczerpujący, by wykonawca mógł złożyć rzetelną ofertę⁸³⁰. To na zamawiającym ciąży więc przygotowanie i przekazanie wykonawcom takich informacji, które w sposób szczegółowy określą zakres prac do oszacowania przez wykonawcę⁸³¹.

6. Inne przejawy zasad współzycia społecznego jak granicy swobody umów

Podczas analizy orzecznictwa KIO uwagę zwrócił wyrok z dnia 21.02.2008 r., KIO/UZP 97/08, gdzie Izba odnosi ograniczenie swobody kształtowania treści umowy z

⁸²⁹ Wyrok KIO z 06.01.2018 r., KIO 47/18, Legalis nr 1755713.

⁸³⁰ W wyroku KIO z 03.06.2013 r., KIO 1166/13, Legalis nr 2848418, teza ta została rozwinięta jako stanowisko odwołującego. Izba nie odniosła się wprost do argumentów dotyczących natury stosunku prawnego jako granicy swobody umów jednak uznała za konieczne precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, uznając obowiązek taki za kluczowy w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego.

⁸³¹ W wyrokach KIO z 06.03.2013 r., KIO 411/13, Legalis nr 743532, wyrok z 14.09.2016 r., KIO 1607/16, Legalis nr 2708171, wyrok z 08.04.2016 r., KIO 437/16, Legalis nr 1469046 wskazywano, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, aby umożliwił skalkulowanie ceny ofertowej. W wyroku o sygn. KIO 1607/16, Izba uznała, że: *opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia.*

uwagi na zasady współzycia społecznego do możliwości skalkulowania ceny oferty⁸³². Wydaje się, że tak szerokie rozumienie pojęcia zasad współzycia społecznego, jako całokształtu okoliczności wpływających na możliwość skalkulowania ryzyk kontraktowanych w cenie oferty wykonawcy może doprowadzić do zaakceptowania umów, które są w swej treści sprzeczne z zasadami współzycia społecznego (np. obowiązek osiągnięcia nierealnych wskaźników oglądalności lub poziomów recyklingu) ale ryzyka związane z ich naruszeniem można wycenić. Takie pekuniarne podejście do interpretacji pojęcia zasad współzycia społecznego, w połączeniu z faktem, że to zamawiający jest autorem wzoru umowy może doprowadzić do nadmiernego uprzywilejowania pozycji zamawiającego.

W podobnym, acz mniej kategorycznym tonie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 16.02.2011 r., KIO 225/11, wskazując, że powoływanie się na zasady współzycia społecznego w obrocie gospodarczym, w którym występuje profesjonalny podmiot, ma bardzo ograniczone działanie. Istnienie w kontrakcie niekorzystnych postanowień, które mogą mieć wpływ na cenę dostawy i osiągniany przez wykonawcę zysk, nie stanowi o tym, iż postanowienia te są wymierzone przeciwko zasadom współzycia społecznego⁸³³.

Podobnie, w wyroku z dnia 18.03.2008 r., IV CSK 478/07 Izba wskazała, że: *Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron. Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzi do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych,*

⁸³² LEX nr 374435. Izba uznała, że: *Bezsporne wśród uczestników postępowania jest to, iż wykonawcy mogą skalkulować cenę oferty, a za wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia przedstawić cenę rynkową - co więcej - Odwołujący i Przystępujący podkreślali, iż ze względu na konieczność uwzględnienia ryzyka ustalą ją na poziomie wyższym niż ustaliliby nie wliczając tego ryzyka. Jak więc widać z powyższego, w tym przypadku stwierdzić, iż wykonawca będzie stroną pokrzywdzoną działaniami Zamawiającego, a tym samym trudno uznać, iż zapisy niniejszej umowy naruszają zasady współzycia społecznego.*

⁸³² Legalis nr 300261. Izba dodała też, że: *Wszystkie te okoliczności związane z ryzykami kontraktowymi wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, są z reguły brane przez nich pod uwagę przy sporządzaniu oferty, a na ich podstawie dokonują oni kalkulacji ceny, co jest powszechną praktyką stosowaną w obrocie gospodarczym.*

⁸³² Wyrok SN z 18.03.2008 r., IV CSK 478/07, LEX nr 371531, gdzie uznano, że: *trudno w tym przypadku stwierdzić, iż wykonawca będzie stroną pokrzywdzoną działaniami Zamawiającego, a tym samym trudno uznać, iż zapisy niniejszej umowy naruszają zasady współzycia społecznego.*

⁸³³ Legalis nr 300261. Izba dodała też, że: *Wszystkie te okoliczności związane z ryzykami kontraktowymi wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, są z reguły brane przez nich pod uwagę przy sporządzaniu oferty, a na ich podstawie dokonują oni kalkulacji ceny, co jest powszechną praktyką stosowaną w obrocie gospodarczym.*

*który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. Umowa zawarta przez stronę działającą pod presją faktycznej przewagi kontrahenta nie może być, bowiem uznana za wyraz w pełni swobodnej i rozważnie podjętej przez nią decyzji*⁸³⁴.

Dopełnieniem tych regulacji jest wprowadzenie reguł określających zasady płatności w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Zgodnie z art. 443 ust. 1 ustawy PZP w umowach takich zamawiający płaci wynagrodzenie w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów. Zgodnie z art. 443 ust. 2 ustawy PZP zamawiający określa w umowie procent wynagrodzenia wypłacanego za poszczególne części. Procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy. Powyższe regulacje zostały wprowadzone „w pakiecie” rozwiązań, których celem było ułatwienie utrudnień dostępu do rynku dla małych i średnich przedsiębiorców⁸³⁵.

Poza tematyką niniejszego Rozdziału pozostaje waloryzacja wynagrodzenia jako swego rodzaju strażnik realizacji reguły sprawiedliwości, która przynależy do obszaru wykonywania umowy w sprawie zamówienia. Wspomnieć jednak warto, że przepisy nakazujące dokonywanie zmiany wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o czynniki ustawowe i umowne miały na celu ułatwienie wykonawcom dochodzenia waloryzacji wynagrodzenia określonego w umowie. Stąd sygnalizowana już w Koncepcji Nowego PZP konieczność doprecyzowania przepisów o obowiązek wskazania w umowie sposobu dokonywania waloryzacji wysokości wynagrodzenia⁸³⁶.

⁸³⁴ Wyrok SN z 18.03.2008 r., IV CSK 478/07, LEX nr 371531.

⁸³⁵ Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, s. 77 (dostęp: 20.03.2022 r.), w której wyjaśniono, że przepisy mają na celu ułatwienie ubiegania się o zamówienie podmiotom, które mają trudności z zabezpieczeniem pełnej puli środków potrzebnych do realizacji całości zamówienia, chociaż dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i doświadczeniem koniecznym do jego realizacji, co może dotyczyć w szczególności małych i średnich przedsiębiorców. W ocenie autorów Koncepcji może także wpłynąć na zwiększenie liczby ofert w postępowaniach oraz zmniejszenie ich cen, a co za tym idzie wzrost konkurencji; w uzasadnieniu do projekt ustawy PZP 2019 s. 85, wskazano natomiast wprost, że: *Rozwiązania takie powinno poprawić płynność wykonawców, obniżyć ich koszty realizacji umowy w zakresie konieczności pozyskiwania finansowania, a w konsekwencji przelożyć się na kwestie konkurencyjności, atrakcyjności ubiegania się o zamówienia publiczne szerszej grupy wykonawców.*

⁸³⁶ Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, (dostęp: 20.03.2022 r.). Co ciekawe w Koncepcji tej jako rozwiązanie alternatywne wskazywano

7. Podsumowanie

W braku zdefiniowania treści pojęcia „zasady współżycia społecznego”, a w ogólnym ujęciu można przyjąć, że należy przez nie rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania⁸³⁷. Wśród nich można wskazać na zasady lojalności i uczciwości w obrocie, zasadę współdziałania stron⁸³⁸, proporcjonalności.

Dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. Przepisy ustawy PZP modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów, co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy⁸³⁹.

Zasady współżycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego powinno wiązać się z wykazaniem, o jakie zasady współżycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami⁸⁴⁰. Klauzula zasad współżycia społecznego ma za zadanie chronić m.in. takie wartości jak zaufanie, zwłaszcza między podmiotami stale wchodzącymi w stosunki obligacyjne. Na tej podstawie można konstruować generalną normę nakazującą postępowanie lojalne, zgodne z uzasadnionymi oczekiwaniami kontrahenta, jednakże zasada ta dotyczy obu stron umowy⁸⁴¹.

Wiele zasad, które aksjologicznie mieszczą się w zakresie pojęcia zasad współżycia społecznego w prawie zamówień publicznych zostało wyrażonych w samej ustawie. Podstawowe i najważniejsze z nich to zasady wyrażone w art. 16 ustawy PZP, zgodnie z którymi: zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

wprowadzenie odpowiednich przepisów w ustawie. Ostatecznie jednak ustawodawca wprowadził przepisy określające obowiązek sformułowania umownych klauzul waloryzacyjnych, wskazując kierunkowo ich zakres.

⁸³⁷ Wyrok SO w Gliwicach z 30.12.2014, II C 141/14, www.orzeczenia.ms.gov.pl.

⁸³⁸ Która obecnie została wyrażona wprost w art. 431 ustawy PZP.

⁸³⁹ Wyrok KIO z 13.11.2020 r., KIO 2729/20, [Legalis nr 2505905](http://legalis.pl).

⁸⁴⁰ Wyrok SN z 15.02.2017 r., II CSK 236/16, [Legalis nr 1577921](http://legalis.pl); wyrok SN z 13.09.2001 r., IV CKN 475/00, [Legalis nr 79818](http://legalis.pl); wyrok SN z 27.04.2001 r., V CKN 1335/00, [Legalis nr 79789](http://legalis.pl); Wyrok SO w Warszawie z 08.10.2015, IV C 450/15, www.orzeczenia.ms.gov.pl.

⁸⁴¹ Wyrok SN z dnia 22.03.2017 r., III CSK 148/16, [Legalis nr 2946199](http://legalis.pl).

zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Ponadto ustawa wprost wymienia zasadę jawności, pisemności, obiektywizmu i bezstronności. Od 2020 r. katalog ten został uzupełniony o zasadę efektywności ekonomicznej, wyrażoną w art. 17 ustawy PZP. Nie oznacza to jednak, że ich katalog został w ten sposób zamknięty. Rola zasad prawa zamówień publicznych, które ciągle jeszcze znajduje się w stadium budowy i dojrzewania, jest niezwykle doniosła, zwłaszcza z punktu widzenia ochrony konkurencji oraz efektywności i bezpieczeństwa transakcji⁸⁴².

⁸⁴² Rozważania na ten temat prowadzą R. Szostak, *Zasady prawa zamówień...*, s. 4 oraz powołane tam: A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 106 i n., T. Kwieciński, w: T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2007, s. 76 i n., P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień...*, s. 10 i n., Z. Czarnik, w: S. Babiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2011, s. 108 i n. oraz H. Nowicki, w: J. Sadowy (red.), *System zamówień...*, s. 101 i n.

VII. Natura stosunku prawnego – zagadnienia wstępne

1. Wstęp

Trzecim ograniczeniem swobody zawierania i kształtowania stosunku zobowiązaniowego, wymienionym w art. 353¹ KC, jest „właściwość (natura) stosunku”. Wprowadzona po raz pierwszy do polskiego prawodawstwa w 1990 r.⁸⁴³ nowa granica w początkowym okresie obowiązywania przepisu stanowiła podstawę poszukiwań w zakresie jej znaczenia, a nawet przyczyn wprowadzenia⁸⁴⁴. W piśmiennictwie podnoszono, że podobnie jak nie są jasne przyczyny wprowadzenia tego pojęcia do KC, tak niejasne jest jego znaczenie⁸⁴⁵. Wyjaśnienie tego pojęcia pozostaje więc zadaniem orzecznictwa i doktryny.

Dlatego pierwszorzędne znaczenie dla poszukiwania granic swobody umów w sprawie zamówienia w naturze stosunku prawnego, ma wyjaśnienie znaczenia tego pojęcia i przyjęcie jednolitej jego interpretacji. W zależności bowiem od przyjętego rozumienia „natury (właściwości) stosunku prawnego” odmienne mogą być wnioski w kontekście dalszych rozważań.

Charakterystyczny dla umowy w sprawie zamówienia publicznego pierwiastek publicznoprawny może stanowić o szczególnej jej naturze. Jednak istotą poszukiwania granic swobody umów jest ustalenie konkretnych ograniczeń dla stron stosunku prawnego, które płyną z jego właściwości.

⁸⁴³ Przepis art. 353¹ KC został wprowadzony przez art. 1 pkt 48 ustawy z 28.07.1990 r. o zmianie KC (Dz.U. z 1990 r. Nr 55, poz. 321 ze zm.), która weszła w życie 01.10.1990 r.

⁸⁴⁴ Z. Radwański, R. Trzaskowski, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 317 i n.; R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 169 i n. Ten ostatni wskazuje inne systemy prawne posługują się pojęciem „natura umowy” w związku z ogólnymi warunkami umów (§ 307 ust. 2 KC niem., art. 8 szwajcarskiej ustawy przeciwko nieuczciwej konkurencji), gdzie naturę umowy ustala się tam przez odwołanie do jej celu gospodarczego; K. Bączyk, *Zasada swobody umów...*, s. 54; E. Traple, *Ochrona słabszej strony...*, s. 232.

⁸⁴⁵ P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 313 i R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 169 i n.

2. Charakter natury stosunku prawnego jako granicy swobody umów

2.1. Poglądy doktryny na charakter właściwości (natury) stosunku prawnego

Właściwe rozważania nad naturą umów w sprawie zamówienia publicznego warto poprzedzić przedstawieniem najważniejszych wniosków przedstawicieli nauki, które wskazują na kierunek rozumienia tego pojęcia oraz trudności w jednolitym ujęciu zakresu jego znaczenia, które wpłyną także na poszukiwanie granicy swobody kontraktowania w prawie zamówień publicznych. W nauce prawa cywilnego nie wypracowano jednolitego stanowiska co do charakteru i desygnatów pojęcia „właściwości (natury) stosunku prawnego”. Jako jeden z pierwszych o jego znaczeniu jako granicy swobody umów wypowiedział się *M. Safjan*⁸⁴⁶. Jego zdaniem art. 353¹ KC, zakłada dwa ujęcia właściwości (natury) stosunku prawnego: znaczenie szersze i węższe⁸⁴⁷. W ujęciu szerszym na właściwość (naturę) stosunku prawnego składają się podstawowe jego cechy, które wynikają z charakteru ogólnych stosunków obligacyjnych jako takich lub z cech charakterystycznych określonych ich kategorii. Naruszenie tych cech przez postanowienia umowy prowadziłyby do pozbawienia sensu (istoty) stosunku cywilnoprawnego⁸⁴⁸. W węższym znaczeniu – właściwość (natura) stosunku prawnego wyraża się w elementach konkretnego typu stosunku zobowiązaniowego, których brak lub modyfikacja prowadziłyby do „znikształcenia zakładanego modelu więzi prawnej związanej z danym typem umowy”. Chodzi o ustalenie minimalnych elementów treści danego stosunku prawnego, bez których traciłby on swój sens gospodarczy lub wewnętrzną równowagę aksjologiczną⁸⁴⁹. W takim znaczeniu właściwość (natura) stosunku prawnego może być rozumiana jako kryterium lub sposób ustalania treści stosunku prawnego, wypracowane na podstawie norm prawnych i wymogów stawianych przed stosunkami zobowiązującymi⁸⁵⁰. Sam autor jednak przyznaje, że z uwagi na to, że węższe znaczenie mogłoby odnosić się tylko do typowych stosunków prawnych (w szczególności umów nazwanych), należy

⁸⁴⁶ Zob. *M. Safjan, Zasada swobody umów...*, s. 15.

⁸⁴⁷ *R. Trzaskowski, Granice...*, s. 300 i n.

⁸⁴⁸ Jako przykłady naruszeń wskazuje się: na podstawie uchw. SN(7) z 22.05.1991 r., III CZP 15/91, OSNCP 1992, Nr 1, poz. 1 - umożliwienie jednej stronie umowy dokonywania dowolnych zmian jej warunków (właściwość wynikająca z ogólnego charakteru stosunków obligacyjnych); zastrzeżenie nierozwiązywalności stosunku obligacyjnego o charakterze ciągłym lub zastrzeżenie w umowie starannego działania rezultatu jako warunku umorzenia zobowiązania.

⁸⁴⁹ Zob. *M. Safjan, Zasada swobody umów...*, s. 15.

⁸⁵⁰ *Ibidem*, s. 16.

nadać mu znaczenie uboczne⁸⁵¹. Do poglądu *M. Safjana* nawiązywano wielokrotnie w piśmiennictwie⁸⁵² i judykaturze.

Do podziału na szersze i węższe ujęcie właściwości (natury) stosunku zobowiązaniowego odnosili się również inni autorzy. *M. Szczygiel* jako szersze rozumienie tego pojęcia przyjmuje nakaz respektowania podstawowych cech stosunku zobowiązaniowego - czyli tych elementów, których brak mógłby prowadzić do podważania sensu (samej istoty) nawiązanej więzi prawnej, a także związany z nim zakaz umieszczania takich elementów i klauzul umownych, których istnienie stanowiłoby aberrację zobowiązania w samej jego istocie, przecząc podstawowym regułom konstrukcji, funkcjonowania i roli społecznej zobowiązań⁸⁵³. Określa właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego jako swego rodzaju ramę nadającą formę wszystkim umowom, która zmusza do uwzględnienia (przy ich zawieraniu) swoistych cech zobowiązań wskazanych przede wszystkim w pierwszych dziesięciu tytułach III księgi KC. Autor wskazuje także na węższe rozumienie granicy swobody umów w postaci właściwości (natury) stosunku prawnego, określając je jako nakaz respektowania swoistych właściwości określonych umów, które ze względu na swoją specyfikę nie mogą ulegać modyfikacji przez samą treść umowy, nawet przy zgodnej woli stron. Chodzi o wymóg dostosowania treści umowy do obiektywnych właściwości lub cech charakterystycznych przedmiotu danej umowy⁸⁵⁴.

W doktrynie powoływana jest także bardziej szczegółowa analiza pojęcia właściwości (natury) stosunku prawnego jaką przeprowadził *J. Guść*⁸⁵⁵. Autor wyróżnił także szersze i węższe znaczenie tej granicy kontraktowania, odnoszące się odpowiednio do zobowiązania w ogóle i do poszczególnych jego typów⁸⁵⁶. Jednak *J. Guść* uzupełnił powyższe rozważania precyzując, że właściwość (naturę) stosunku prawnego należy oceniać wg celów społeczno-gospodarczych zobowiązań wyznaczanych przez interes ekonomiczny wierzyciela. Z przekroczeniem tej granicy swobody umów mamy do czynienia, gdy strony, dążąc do osiągnięcia celu właściwego dla danego typu umowy,

⁸⁵¹ *M. Safjan, Umowy związane z obrotem gospodarczym...*, s. 7; *P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), System Prawa Prywatnego, Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 610.

⁸⁵² Do poglądów *Safjana* nawiązywali m.in. *K. Bączyk, Zasada swobody...*, s. 55; *M. Chajda, Ograniczenia zasady...*, s. 275 i n.; *D. Bierecki, Zasada swobody umów w prawie spółdzielczym*, Warszawa 2021, Rozdział III par 3; koncepcja podziału na szersze i węższe ujęcie pojęcia właściwości stosunku prawnego jest akcentowana przez wielu autorów w różnych ujęciach np. *M. Sośniak, „Contractus innominati...*, s. 146,

⁸⁵³ *M. Szczygiel, Właściwość (natura)...*, s. 18.

⁸⁵⁴ *M. Szczygiel, Właściwość (natura)...*, s. 17–18.

⁸⁵⁵ *P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), System Prawa Prywatnego...*, s. 610, *D. Bierecki, Zasada swobody...*, Warszawa 2021, Rozdział III par 3.

⁸⁵⁶ *J. Guść, O właściwości (naturze) stosunku prawnego*, PiP 1997, Nr 4, s. 18.

jednocześnie naruszyłyby cechy jej właściwe lub dążyły do osiągnięcia celu odmiennego od celu danej umowy, ale przy użyciu instrumentów właściwych dla niej. Zwraca uwagę na funkcję tego ograniczenia jako instrumentu ochrony słuszności kontraktowej, czyli ochrony słabszej stronie stosunku prawnego.

Podobnie *M. Gutowski* uznaje, że o właściwości (naturze) stosunku prawnego decyduje konstrukcja i struktura samego zobowiązania, a towarzyszące im wartości aksjologiczne mogą tylko pośrednio wpływać na charakter stosunku prawnego. Właściwość (natura) stosunku prawnego odnosi się zatem do ogólnych właściwości każdego stosunku zobowiązaniowego oraz do właściwości pewnych kategorii stosunków zobowiązaniowych, obejmujących umowy nazwane i nienazwane⁸⁵⁷.

Ponieważ wąskie ujęcie tego pojęcia nie będzie adekwatne przy analizie właściwości (natury) każdego stosunku zobowiązaniowego, niektórzy autorzy kwestionują pogląd o zasadności wyróżniania tego rozumienia natury stosunku. Wśród nich jest *Z. Radwański*, który pojęcie właściwości (natury) stosunku prawnego odnosił do ogólnych cech każdego umownego stosunku zobowiązaniowego lub pewnego rodzaju czy postaci takiego stosunku. Jego zdaniem ograniczenie odnoszące się do natury stosunku służy wykluczeniu umów wyraźnie niezakazanych przez przepisy, ale sprzecznych z założeniami systemu prawa zobowiązań, ogólnymi konstrukcjami tej dziedziny prawa⁸⁵⁸. Właściwość (natura) stosunku prawnego określa granicę swobody stosunku zobowiązaniowego, w szczególności treści umowy, która nie jest *explicite* zakazana przez normy prawne, ale która nie daje się pogodzić z konstrukcjami prawnymi (cechami) kształtującymi stosunki zobowiązaniowe zarówno w ogólności, jak i w poszczególnych ich rodzajach⁸⁵⁹. *Z. Radwański* z dużą dozą ostrożności wypowiada się w przedmiocie określania właściwości (natury) stosunku przez cechy charakterystyczne wyłącznie dla ich poszczególnych, szczegółowych typów. Dlatego można uznać, że nie akceptuje węższego rozumienia właściwości (natury) stosunku prawnego⁸⁶⁰.

Kontynuacją tych poglądów jest stanowisko zaprezentowane przez *P. Machnikowskiego*⁸⁶¹. Według niego właściwość (naturę) stosunku prawnego określają

⁸⁵⁷ *M. Gutowski, Nieważność czynności...*, s. 342.

⁸⁵⁸ *Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania...*, s. 131.

⁸⁵⁹ Chodzi tu o cechy ogólne każdego stosunku zobowiązaniowego, jak zakaz kształtowania sytuacji prawnej osób trzecich bez ich zgody czy też zakaz dowolnego kształtowania treści stosunku prawnego przez jedną jej stronę lub cechy pewnych postaci stosunku zobowiązaniowego (np. zobowiązań ciągłych).

⁸⁶⁰ *Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania...*, s. 135 i n.

⁸⁶¹ *P. Machnikowski, Swoboda...*, s. 320 i n.

cechy charakterystyczne dla każdego stosunku zobowiązaniowego lub dla pewnej jego kategorii (np. zobowiązań ciągłych lub powtarzających się). Nie należy brać jednak pod uwagę cech szczegółowych typów stosunków zobowiązaniowych. Ich uwzględnienie prowadziłyby do wniosku, że właściwość (naturę) takich stosunków stanowią cechy wynikające z przepisów bezwzględnie obowiązujących⁸⁶². Co ważne, autor podkreśla, że właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego nie jest również wyznaczana przez kategorie pozaprawne lub inne normy prawne niż normy prawa zobowiązań⁸⁶³. Jego zdaniem natura stosunku musi leżeć w treści norm prawnych lub norm moralnych (nazywanych w ustawodawstwie cywilnym zasadami współżycia społecznego czy też dobrymi obyczajami).

Na podstawie poglądów autorów takich jak *P. Machnikowski*, *M. Saffjan*, *M. Szczygieł*, *J. Guść*⁸⁶⁴ można przyjąć także, że właściwość (natura) stosunku prawnego ma znaczenie dla ustalania bezwzględnie wiążącego charakteru norm prawnych. Kwestię tę szerzej scharakteryzował *P. Machnikowski*, uznając, że oprócz norm, których bezwzględny charakter wynika z samej ich treści lub funkcji, istnieją normy prawne bezwzględnie wiążące, gdyż tworzą cechy charakterystyczne (zasadnicze) zobowiązania⁸⁶⁵.

Warto też zaznaczyć odmienne rozumienie wąskiego i szerokiego znaczenia właściwości stosunku prawnego, jakie prezentuje SN w uchwale całej Izby Cywilnej z 28.04.1995 r. Sąd Najwyższy uznał, że szersza interpretacja pojęcia właściwości (natury) stosunku prowadzi do uznawania za sprzeczne z naturą zobowiązania takiego zniekształcenia umowy typowej, znanej prawu zobowiązań, które wykracza poza ramy stosunku umownego, akceptowanego w sferze danego ustawodawstwa, gdy jednocześnie nie istnieje podstawa do rozumienia stosunku jako umowy o charakterze mieszanym, którą strony pragną zawrzeć. Interpretacja węższa oznacza sprzeczność przewidywanych warunków umowy z jakąkolwiek rozsądną wykładnią stosunku prawnego mieszczącego się w sferze dostępnych naszemu ustawodawstwu instytucji.

W doktrynie często powoływane jest również stanowisko *R. Trzaskowskiego*⁸⁶⁶, uznawane za pośrednie, a jednocześnie bardzo szczegółowe i analityczne. Ważnym

⁸⁶² P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 320 i n.

⁸⁶³ P. Machnikowski, *Swoboda ...*, s. 326: *Skoro właściwość (naturę) stosunku stanowią cechy stosunku zobowiązaniowego, to nie można jej doszukiwać się w zjawiskach, które nie nadają stosunkowi zobowiązaniowemu żadnych cech.*

⁸⁶⁴ Zob. również K. Bączyk, *Zasada swobody...*, s. 56.

⁸⁶⁵ P. Machnikowski, *Swoboda ...*, s. 335.

⁸⁶⁶ R. Trzaskowski, *Granice ...*, s. 303. Podobnie M. Niedościał, *Swoboda umów...*, s. 93 i n.

spostrzeżeniem tego autora jest oczywista z jednej strony, acz konieczna do odnotowania uwaga, że poszukując znaczenia pojęcia właściwości (natury) stosunku prawnego nie należy odnosić się do „właściwość czynności prawnej”, o której mowa w art. 89 KC ani do „właściwość zobowiązania” z art. 509 KC. Jego zdaniem właściwość (natura) stosunku prawnego to określone „cechy charakterystyczne obligacyjnego stosunku prawnego, ujmowanego jako pewien odzwierciedlony w przepisach prawnych abstrakcyjny wzorzec postępowania. Ponieważ określone cechy charakterystyczne zobowiązania ustawodawca uznaje za istotne, to poszanowanie przez strony umowy staje się konieczne”⁸⁶⁷. Autor odrzuca ograniczanie sposobu wyróżniania tych cech do cech ściśle normatywnych (ustalanych w drodze interpretacji ustawy oraz rozumowań inferencyjnych), a także traktowanie natury stosunku jako klauzuli generalnej odsyłającej do norm pozaprawnych (prawa naturalnego)⁸⁶⁸ i akceptuje rozwiązanie pośrednie. Polega ono na przyjęciu, że „kryterium natury zobowiązania nawiązuje wprawdzie do cech normatywnych zobowiązania, ale ustalenie tych cech wykraczać będzie poza ramy stosunkowo pewnych wnioskowań inferencyjnych i obejmie również dające się wyprowadzić z regulacji normatywnej wartościowania o ogólniejszym i mniej pewnym charakterze, które w pewnej mierze będą nawiązywać również do wartościowań pozaprawnych”. *P. Machnikowski* zwraca uwagę na nawiązanie przez *R. Trzaskowskiego* do pojęcia „duchowej jedności” cechującej zespół norm regulujących określoną kwestię i polegającej na tym, że normy te dopełniają i wyjaśniają się wzajemnie⁸⁶⁹ oraz do pojęcia zasady prawa rozumianej jako wspólny element wielu norm czy instytucji wyznaczający kierunek czy sposób unormowania⁸⁷⁰. W ten sposób, przez odwołanie do kryterium natury stosunku prawnego, w ocenie *R. Trzaskowskiego* ustawodawca nakazuje respektować istotne (zasadnicze) cechy zobowiązania, które są ustalane na podstawie regulacji prawa pozytywnego, ale w drodze wnioskowań opartych na założeniach konsekwencji ocen ustawodawcy. Cechy te mają charakter normatywny (wiązący), od zwykłych norm prawnych może je różnić

⁸⁶⁷ R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 303 -304: *Mają one charakter normatywny, ale ich ustalenie wykracza poza ramy stosunkowo pewnych wnioskowań inferencyjnych oraz obejmuje wynikające z regulacji normatywnej wartościowania o ogólniejszym i mniej pewnym charakterze, które w pewnej mierze nawiązują do wartościowań pozaprawnych. Te cechy są więc ustalane na podstawie regulacji normatywnej, ale ich ustalenie przebiega przy zastosowaniu wnioskowań inferencyjnych, mniej pewnych od wnioskowań logicznych i instrumentalnych, opartych na założeniu konsekwencji ustawodawcy.*

⁸⁶⁸ Jak podkreśla *P. Machnikowski* w: *K. Osajda (red.), System Prawa Prywatnego...*, s. 612: *Możliwość tę odrzucał też Z. Radwański, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), System Prawa Prywatnego, Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2002, s. 234.*

⁸⁶⁹ Pojęcie to *R. Trzaskowski* zaczerpnął od *E. Waśkowskiego, Teoria wykładni prawa cywilnego, Warszawa 1936, s. 81 i n.*

⁸⁷⁰ *P. Machnikowski* w: *K. Osajda (red.), System Prawa Prywatnego...*, s. 612

większy stopień ogólności, a to może powodować, że ocena zgodności umowy z naturą zobowiązania będzie wymagać prowadzenia wartościowań.

R. Trzaskowski wskazuje na kilka sposobów klasyfikowania tych cech wyróżniając naturę ogólną zobowiązania (czyli cechy konieczne zobowiązania w odniesieniu do każdego stosunku zobowiązaniowego)⁸⁷¹, naturę określonej kategorii zobowiązań czy też naturę rodzajową (wyznaczającą cechy konieczne określonej kategorii stosunków zobowiązaniowych)⁸⁷² oraz naturę określonego typu i podtypu umowy nazwanej czy też naturę typową (wyznaczającą cechy konieczne i zasadnicze, które ustawodawca wiąże z określonym typem stosunku)⁸⁷³. Wśród cech składających się na naturę każdego stosunku zobowiązaniowego wymienia zakaz unicestwiania i nadmiernego ograniczania wolności strony. Powinien on być tak ukształtowany, aby dawać stronom pewność co do przysługujących im praw i ciążących na nich obowiązków, a nie stwarzać sytuację, w której jeden podmiot jest uzależniony od innego; musi go cechować minimum racjonalności i użyteczności oraz musi mieć względny charakter⁸⁷⁴. Analizując naturę poszczególnych rodzajów (kategorii) umów autor odnosi się do stosunków konsumenckich i profesjonalnych (których naturą jest równość i profesjonalizm podmiotów) oraz zobowiązań ciągłych (zawartych na czas oznaczony i na czas nieoznaczony; odnosząc ich naturę do trwałości i na rozwiązywalności stosunku prawnego)⁸⁷⁵. Naturę poszczególnych typów zobowiązań (umów nazwanych) autor rozważa w odniesieniu do konkretnych umów nazwanych⁸⁷⁶.

Do poglądu tego wprost nawiązał M. Niedośpiał, podkreślając, że liczba oraz różnorodność rodzajów stosunków zobowiązaniowych powoduje, że właściwość (natura) stosunku nie może odnosić się tylko do cech charakterystycznych dla wszystkich zobowiązaniowych stosunków prawnych. Co więcej, nawet cechy charakterystyczne dla określonego rodzaju stosunków prawnych mogą nie występować w stosunkach innego rodzaju, jednak z drugiej strony określone właściwości definiujące zobowiązanie muszą być obecne w każdym stosunku zobowiązaniowym. Zamiast więc jednej natury wspólnej dla wszystkich zobowiązań, konieczne jest wyróżnienie pewnych jej rodzajów. Pierwszy

⁸⁷¹ R. Trzaskowski, *Granice ...*, s. 317 i n.

⁸⁷² *Ibidem*, s. 364 i n.

⁸⁷³ *Ibidem*, s. 372 i n.

⁸⁷⁴ R. Trzaskowski, *Granice ...*, s. 317 i n.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, s. 364 i n.

⁸⁷⁶ Rozważania te zostaną jednak pominięte z niniejszej pracy, z uwagi na to, że nie znajdują odniesienia do analizy umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie jest umową nazwaną w rozumieniu KC.

to zbiór podstawowych cech właściwych stosunkowi zobowiązaniowemu jako takiemu, czyli natura ogólna. Drugi to natura określonej kategorii umów, czyli natura rodzajowa (np. naturę stosunków konsumenckich, profesjonalnych czy nieprofesjonalnych, naturę stosunków ciągłych czy zawartych na czas określony). Trzeci, czyli tzw. natura typowa wyznacza naturę określonego typu i podtypu stosunku obejmującą cechy, które ustawodawca wiąże z określonym typem stosunku prawnego⁸⁷⁷.

Natomiast K. Osajda⁸⁷⁸ pojęcie właściwości (natury) stosunku prawnego analizuje w ujęciu normatywnym (jako ogół najważniejszych cech każdego konkretnego stosunku prawnego)⁸⁷⁹, ontologicznym (jako ogół cech każdego konkretnego stosunku prawnego, które wynikają z przepisów prawa obowiązującego i ustalonych zwyczajów)⁸⁸⁰ i opisowym (porządkującym, naukowo-dydaktycznym)⁸⁸¹. Autor doszedł do wniosku, że klauzula właściwości (natury) stosunku prawnego nie ma wartości normatywnej w kontekście swobody umów, nie stanowi samodzielnej granicy tej swobody, w związku z tym sformułował postulat *de lege ferenda* wykreślenia tej granicy z przepisu art. 353¹ KC⁸⁸².

Inny nurt w polskiej doktrynie, łączący grupę poglądów inaczej sytuujących znaczenie właściwości (natury) stosunku prawnego opiera się na założeniu, że granica swobody treści umowy w postaci właściwości (natury) stosunku prawnego dotyczy słuszności kontraktowej. E. Łętowska wskazuje, że właściwość (natura) stosunku prawnego jest klauzulą generalną, służącą kontroli sądowej przede wszystkim w zakresie ochrony konsumenta przed nadużyciami swobody umów, a w stosunkach między profesjonalistami klauzula może stanowić podstawę do odwołania do rzetelności, podwyższonej staranności lub zasad uczciwego obrotu⁸⁸³. Autorka uznaje tę granicę swobody umów za sprawiedliwy model rozłożenia praw i obowiązków w danym stosunku zobowiązaniowym, ustalany

⁸⁷⁷ M. Niedośpiiał, *Swoboda umów...*, s. 93–106.

⁸⁷⁸ K. Osajda, *Właściwość (natura) stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody umów*, w: Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 340–341.

⁸⁷⁹ Ponieważ te cechy wynikają z przepisów prawa, właściwość (natura) stosunku prawnego nie ma własnej treści normatywnej, lecz stanowi granicę swobody umów w postaci ustawy.

⁸⁸⁰ Podkreśla, że w rozumieniu ontologicznym, właściwość (natura) stosunku prawnego stanowi „byt» samodzielny, przynajmniej częściowo (w zakresie odwołania do zwyczajów) niezależny od ustawy i zasad współżycia społecznego”. W wypadku ujęcia ontologicznego właściwości (natury) stosunku prawnego, w odniesieniu do każdego konkretnego stosunku prawnego, istnieje potrzeba wskazania treści normatywnej istniejącej za tą klauzulą. Sprzeczność z tą treścią normatywną ma prowadzić do nieważności umowy, mimo że była ona zgodna z prawem i zasadami współżycia społecznego

⁸⁸¹ Oznacza ogół cech konkretnego typu stosunku prawnego. Chodzi tu o zdefiniowanie cech charakterystycznych stosunku prawnego, których źródłem są normy prawne.

⁸⁸² Pogląd ten krytykuje M. Safjan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 1127 i n. wskazując na odmienną metodę rekonstrukcji ograniczeń swobody umów wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego i natury stosunku.

⁸⁸³ E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 368, 373.

przede wszystkim na podstawie regulujących go przepisów dyspozytywnych⁸⁸⁴. Według *E. Traple* ta granica determinuje sprawiedliwe rozłożenie praw i obowiązków stron stosunku prawnego, a ocena następuje w świetle przepisów dyspozytywnych, które regulują dany typ umowy⁸⁸⁵.

Niezależnie od prób sklasyfikowania pojęcia właściwości (natury) stosunku zobowiązaniowego pod kątem treści i cech charakterystycznych, w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie toczy się również dyskusja w kwestii samodzielnego charakteru tej granicy swobody umów czy też charakteru pomocniczego w stosunku do granic wyrażonych jako ustawa i zasady współżycia społecznego.

W ujęciu leksykalnym, przepis art. 353¹ KC zawiera trzy odrębne kryteria ograniczające swobodę umów: ustawę, zasady współżycia społecznego i właściwość (naturę) stosunku prawnego. Jednak szczegółowa analiza znaczenia i zakresu zastosowania pojęcia właściwości (natury) stosunku, w zderzeniu z pozostałymi dwiema granicami, prowadzi do przyjęcia przez niektórych autorów stanowiska o braku samodzielnego charakteru natury stosunku jako granicy swobody umów. Jak już wspomniano, przeciwko przyznaniu naturze stosunku samodzielnego znaczenia w kontekście granic swobody umów opowiada się *K. Osajda*, wskazując że kryterium to częściowo zawiera się zarówno w kryterium ustawy jak i zasad współżycia społecznego. Jego zdaniem przesłanka właściwości (natury) stosunku prawnego, mimo że powszechnie akceptowana przez doktrynę, w rzeczywistości pozostaje „pusta”, tzn. nie kryje się za nią żadna samodzielna treść normatywna, gdyż zawiera się bez reszty w dwóch pozostałych przesłankach z art. 353¹ KC⁸⁸⁶.

Innych argumentów używa *P. Machnikowski*, uznając, że bez względu na istnienie kryterium właściwości stosunku prawnego, pewne zachowania byłyby i tak uznawane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Z kolei wzajemne relacje między naturą stosunku a ustawą rozważa dwojako. Pierwszy z poglądów pozwala przyjąć, że natura stanowi jedynie inne określenie dla norm imperatywnych i semiimperatywnych, co jednak

⁸⁸⁴ E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 368. Na poglądy E. Łętowskiej powołuje się także D. Bierecki, *Zasada swobody umów...*, s. Rozdział III par 3, uznając jednak, że: *W obecnym stanie prawnym, który przewiduje liczne normy semidyspozytywne, mające na celu ochronę konsumenta, to stanowisko utraciło na aktualności.*

⁸⁸⁵ E. Traple, *Ochrona słabszej strony ...*, s. 227 i n. Podobne stanowisko wpływa z rozważań prezentowanych przez innych autorów, nie jest ono jednak, aż tak wyraźnie zaakcentowane, np. M. Pecyna, *Kontrola wzorców...*, s. 166 i n., oraz M. Nawrocka, *Ochrona konsumenta przed nieuczciwymi klauzulami umownymi w Unii Europejskiej i w Polsce*, MoP 1998, Nr 6, s. 220.

⁸⁸⁶ K. Osajda, *Kodeks cywilny, Tom 2...*, s. 47.

pozbawiałoby to kryterium jakiegokolwiek znaczenia. Drugi pogląd wskazuje, że kryterium właściwości (natury) stosunku prawnego miałyby znaczenie dla wyznaczenia charakteru norm prawnych (imperatywnego albo semiimperatywnego). W jego ocenie zupełnie wystarczające jest stosowanie metod wykładni i wnioskowań prawniczych bez konieczności odwoływania się do natury stosunku prawnego⁸⁸⁷. Odmienne wypowiada się natomiast *M. Gutowski*, który wskazuje, że klauzula właściwości (natury) stosunku prawnego jest odrębna od klauzuli zasad współżycia społecznego⁸⁸⁸, a także *J. Guść*, który uznał, że przyjęcie stanowiska o nieposiadaniu przez kryterium właściwości (natury) stosunku bytu samodzielnego byłoby sprzeczne z literalnym art. 353¹ KC, który wyraźnie wprowadza to kryterium jako samodzielne⁸⁸⁹.

R. Trzaskowski przyznaje, że istnienie tego kryterium nie jest konieczne do prawidłowego uregulowania swobody umów, ale jest przynajmniej „pożyteczne”, zapobiegając zbyt sztywnej interpretacji przepisów prawa zobowiązań, odmawiającej im imperatywnego charakteru. Jednocześnie istnienie w art. 353¹ KC kategorii natury stosunku pozwala ograniczyć zakres użytego w tym przepisie pojęcia ustawy do „tych norm szczegółowych, których bezwzględnie obowiązujący charakter rzeczywiście z ustawy wynika i norm szczegółowych wyprowadzonych z nich na podstawie uznawanych za pewne wnioskowań inferencyjnych”. Dzieje się tak dlatego, że normy szczegółowe (szczegółowe ograniczenia swobody umów) wyprowadzone z cechy składającej się na naturę zobowiązania mogą być elastyczne – ich przekroczenie może być uznane za dopuszczalne, gdy treść konkretnej umowy wyłączy naruszenie danej zasadniczej cechy zobowiązania mimo naruszenia wyprowadzonej z niej normy szczegółowej⁸⁹⁰.

W orzecznictwie kategoria „natury stosunku” pojawia się stosunkowo rzadko i przeważnie w połączeniu z innym ograniczeniem swobody umów wyrażonym w art. 353¹

⁸⁸⁷ P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 329.

⁸⁸⁸ M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 361; podobnie A. Miętek, *Swoboda umów i jej ograniczenia przy kształtowaniu treści stosunku pracy*, Warszawa 2019, Rozdział VI par 4.

⁸⁸⁹ J. Guść, *O właściwości (naturze)...*, s. 22.

⁸⁹⁰ R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 364 i n.

KC, zwykle z zasadami współżycia społecznego⁸⁹¹, rzadziej z ustawą⁸⁹². W orzecznictwie KIO również rzadko nawiązuje się do właściwości stosunku prawnego jako odrębnej granicy swobody umów podlegającej badaniu. Tytułem przykładu można wskazać wyrok KIO z dnia 01.03.2011 r., KIO 298/11, gdzie Izba przychyliła się do poglądów o braku samodzielnej, własnej treści tej granicy swobody umów, uznając, że w całości pokrywa się z kryterium ustawy. Jednocześnie uznała, że powoływanie się na właściwość stosunku w procesie stosowania prawa stanowi jednak w wielu wypadkach alternatywny i niekiedy prostszy od pozostałych sposobów (odwołujących się do ustawy czy zasad współżycia społecznego), bardziej intuicyjny wariant uzasadnienia decyzji uznającej określone postanowienie umowy za bezskuteczne. W wyroku z dnia 14.09.2016 r., KIO 1607/16 właściwość (natura) stosunku została przez KIO określona jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie, uznając za jedną z nich dostatecznie dokładne określenie przedmiotu zamówienia, w sposób pozwalający na wycenę oferty. Izba nakazała Zamawiającemu precyzyjne określenie w opisie przedmiotu zamówienia, które spośród dopuszczonych w programie funkcjonalno - użytkowym wariantów będą realizowane przez wykonawcę: *Nadrzędną cechą stosunków cywilnoprawnych, wpisaną w ich naturę, jest równowaga stron, wyrażająca się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki.*

Warto też wspomnieć, że różnie oceniana jest także zastosowana w ustawie technika wskazania dwóch pojęć, z których jedno zostało ujęte w nawiasie, dla określenia tej samej granicy swobody umów. Wydaje się, że oba te pojęcia należy analizować łącznie, w celu określenia ram granicy swobody umów. Zdaniem *R. Trzaskowskiego*, użyte w przepisie sformułowania „właściwość” i „natura”⁸⁹³, i nieprzypadkowe ich umieszczenie w art. 353¹

⁸⁹¹ Np. uchw. SN(7) z 22.05.1991 r., III CZP 15/91, OSN 1992, Nr 1, poz. 1, w której Sąd odnosił się do natury umowy gospodarczej, która wyraża i pozwala realizować interesy obu stron oraz wyr. SN z 08.12.2005 r., II CK 297/05. Do kwestii natury stosunku prawnego jako elementu kształtującego granice swobody umów wielokrotnie odnosił się SN, przykładowo można wskazać w szczególności na.: uchw. SN z 15.02.1996 r., III CZP 5/96, OSNC 1996, Nr 5, poz. 69; uchw. SN z 03.03.1997 r., III CZP 3/97, OSNC 1997, Nr 6–7, poz. 71; uchw. SN z 27.10.1997 r., III CZP 49/97, OSNC 1998, Nr 3, poz. 36; wyr. SN z 22.01.1998 r., III CKN 365/97, OSNC 1998, Nr 9, poz. 144; uchw. SN z 28.04.1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, Nr 10, poz. 135; wyr. SN z 15.11.2002 r., V CKN 1374/00, OSP 2003, Nr 11, poz. 144; wyr. SN z 08.10.2004 r., V CK 670/03, OSN 2005, Nr 9, poz. 162; post. SN z 19.04.2018 r., II UK 315/17, Legalis nr 1769922.

⁸⁹² Zob. uchw. SN z 28.04.1995 r., III CZP 166/94, OSN 1995, Nr 10, poz. 135; uchw. SN z 15.02.1996 r., III CZP 5/96, OSN 1996, Nr 5, poz. 69; uchw. SN z 03.03.1997 r., III CZP 3/97, OSN 1997, Nr 6–7, poz. 71; uchw. SN z 27.10.1997 r., III CZP 49/97, OSN 1998, Nr 3, poz. 36; wyr. SN z 22.01.1998 r., III CKN 365/97, OSN 1998, Nr 9, poz. 144; uchw. SN z 28.04.1995 r., III CZP 166/96, OSN 1995, Nr 10, poz. 135.

⁸⁹³ Według S. Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, Tom 4., s. 468, termin „właściwość” oznacza „to, co jest właściwe dla danej rzeczy, osoby”. Zgodnie z tym samym słownikiem

KC (jednego z nich w nawiasie obok drugiego) prowadzi do wniosku, że ustawodawca uznaje je za równoznaczne. Oznaczają cechy charakterystyczne jakiegoś przedmiotu, wyróżniające go od innych⁸⁹⁴. P. Machnikowski uznaje, że dwa słowa (właściwość i natura) użyte przez ustawodawcę mają znaczenie bliskoznaczne i mają się wzajemnie uzupełniać, przy czym to właśnie zawarte w nawiasie określenie „natura” ma za zadanie zawęzić zakres znaczeniowy szerszego pojęcia „właściwości”⁸⁹⁵.

2.2. Próba podsumowania (stanowisko własne)

Ostatecznie doktryna i orzecznictwo wskazują, że właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego powinna być traktowana jako autonomiczny i samodzielny czynnik delimitujący zakres swobody umów⁸⁹⁶. Z przedstawionych wyżej poglądów nauki i orzecznictwa na temat znaczenia sformułowania „właściwość (natura) stosunku” wyłania się wniosek, że rozważając zakres i znaczenie tego pojęcia, należy mieć na myśli stosunek zobowiązaniowy, a konkretnie te jego cechy, które są dla niego charakterystyczne. Samo znaczenie i charakter tego pojęcia powoduje żywą dyskusję, a spostrzeżenia nauki są w tym zakresie bardzo różne (niekiedy przeciwstawne). Dlatego ocena charakteru i znaczenia tego pojęcia jako wyznaczającego granicę swobody umów uzależniona jest głównie od interpretacji oraz od przyjętych założeń teoretycznoprawnych. Jak słusznie zauważa P. Machnikowski zależnie od tego, czy pojęciu ustawy nada się węższe czy też szersze znaczenie oraz od tego, czy odrzuci się, czy też zaakceptuje niektóre metody ustalania faktu obowiązywania i treści norm prawnych, natura stosunku uzyska lub straci cechę samodzielną, mającą własną treść ograniczenia swobody umów. Nie bez znaczenia jest także przyjęta koncepcja teoretyczna swobody umów⁸⁹⁷. Dlatego, aby dokonać oceny granic swobody zawierania umów w sprawie zamówienia oraz ich treści w kontekście właściwości (natury) stosunku prawnego przyjąć należy jednolite założenia teoretyczne dla dalszej analizy.

naturę definiuje się między innymi jako „zespół cech charakterystycznych dla określonych zjawisk, przedmiotów” oraz jako „istotę; główne rysy charakterystyczne czegoś”.

⁸⁹⁴ Zob. R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 300 i n.

⁸⁹⁵ P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 322.: *Naturę stosunku prawnego będą bowiem wyznaczać nie wszystkie cechy właściwe dla danego stosunku, ale wyłącznie te najbardziej charakterystyczne, ukazujące jej istotę. Mówiąc zatem o właściwości (naturze) stosunku prawnego będziemy mieli na myśli nie wszystkie cechy stosunku prawnego, ale wyłącznie te główne i najbardziej charakterystyczne.*

⁸⁹⁶ K. Bączyk, *Zasada swobody...*, s. 55.

⁸⁹⁷ Zob. więcej P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 320 i n.

Właściwości (naturze) stosunku zobowiązaniowego, w tym wypadku umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie przypisywany przede wszystkim normatywny (a nie pozaprawny) charakter. Właściwość ta powinna być zrekonstruowana na podstawie cech charakterystycznych stosunku zobowiązaniowego, jako takiego, a tam gdzie to możliwe, również w kontekście jego rodzaju, a nawet typu. Akceptując argumenty przemawiające za brakiem spójności w obrębie analizy poszczególnych typów umów, przy przyjęciu tego podejścia⁸⁹⁸, należy jednak zaznaczyć, że w niektórych sytuacjach charakter danego typu umowy będzie wyznaczony nie tylko przepisami, ale pewnymi cechami charakterystycznymi, które można ująć jako element ich natury.

Z uwagi na charakter umów w sprawie zamówienia publicznego, które nie są umowami nazwanymi kwestia właściwości (natury) stosunku zobowiązaniowego jako granic swobody umów może być analizowana w odniesieniu do tych cech, które charakteryzują je jako grupę umów. Umowa w sprawie zamówienia może przyoblec różne szaty stając się umową nazwaną (np. zlecenia, dostawy, sprzedaży), nienazwaną lub mieszaną. Ustawodawca nie tylko nie wprowadza tu ograniczeń, ale wręcz odsyła do zastosowania przepisów KC. Jednak każda umowa w sprawie zamówienia ma pewne cechy szczególne właściwe dla zamówień publicznych związane z publicznym celem samego zakupu (wspomnianym wcześniej pierwiastkiem publicznoprawnym).

W związku z tym w dalszej części rozprawy granice swobody umów o zamówienie publiczne w kontekście właściwości (natury) stosunku prawnego będą rozważane w odniesieniu do natury każdego stosunku prawnego oraz rodzaju (kategorii) umów określanych wspólnym mianem umów w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem ich cech charakterystycznych, w tym publicznoprawnego pierwiastka oraz celu publicznego.

Na przykładzie modelu regulacji umów o zamówienie należy przyjąć, że właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego może być również wyznaczana przez regulacje ogólne inne niż prawo zobowiązań działów prawa wyrażających cechy charakterystyczne

⁸⁹⁸ Właściwość (natura) stosunku prawnego nie może być wyznaczana przez cechy szczególnych typów umów. To prowadziłyby do konkluzji, że ta właściwość wynika z przepisów bezwzględnie obowiązujących. tak np. P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 320 i n. Ponieważ mowa tu o uniwersalnej granicy swobody umów, znajdującej zastosowanie do każdego stosunku zobowiązaniowego, taka sytuacja ograniczałaby swobodę stron w kształtowaniu umów nienazwanych lub prowadziłyby do wyłączenia możliwości konwersji czynności prawnej. Tymczasem, określając pozytywny zakres kompetencji do kształtowania treści umowy, właściwość (natura) stosunku prawnego dotyczy także umów nienazwanych (mieszanych), jak wskazał D. Bierecki, *Zasada swobody...*, Rozdział III par 3.

stosunków zobowiązaniowych w modelu regulacji przyjętym na gruncie tych szczególnych działów prawa⁸⁹⁹ w tym prawa publicznego. Poza zakresem analizy pozostaje natomiast interesujące i bardzo obszerne zagadnienie relacji natury umowy w sprawie zamówienia (jako takiej) wynikającej z przepisów ustawy PZP z naturą konkretnej umowy jako typowej (nazwanej)⁹⁰⁰.

3. Właściwość (natura) stosunku prawnego w prawie zamówień publicznych

3.1. Kierunki poszukiwania natury umowy w sprawie zamówień publicznych jako granicy swobody umów – zagadnienia wstępne

Jako punkt wyjścia do poszukiwań natury umowy o zamówienie publiczne posłużą spostrzeżenia SN na ten temat wyrażone przy okazji analizy charakteru umowy jako „wyodrębnionego” typu umowy nazwanej. Jednym z argumentów za brakiem uznania umowy w sprawie zamówienia za umowę nazwaną był właśnie brak istnienia pewnej właściwości (natury) stosunku, wspólnej wszystkim umownym stosunkom zobowiązaniowym, zawieranych według przepisów o zamówieniach publicznych⁹⁰¹. Należy jednak zaznaczyć, że rozważania SN koncentrowały się na poszukiwaniu cech wspólnych pozwalających na uznanie umów w sprawie zamówienia publicznego za umowy nazwane, co wskazuje, że zajmował się wyłącznie wąskim rozumieniem natury stosunku prawnego, nie rozważając szerokiego ujęcia tej granicy swobody umów. Na marginesie warto też zaznaczyć, że wyrok ten zapadł na gruncie ustawy z dnia 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych, która w sposób szczątkowy regulowała kwestie umów o zamówienia publiczne. Od tego czasu ustawodawca zdecydował się na znacznie bardziej kompleksowe uregulowania treści samej umowy, jednak wciąż aktualne pozostają

⁸⁹⁹ Podobnie D. Bierecki, *Zasada swobody umów...*, Rozdział III par 3 powołując się na M. Szczygieł, *Właściwość (natura)...*, s. 20, w szczególności cytując: *Właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego to limit wolności kontraktowej pełniący rolę zwornika systemowego i nakazujący brać pod uwagę także to, że ograniczenia tej swobody mogą również wynikać z reżimów prawnych o charakterze innym niż zobowiązaniowy oraz z innych systemów i gałęzi prawa (np. z regulacji publicznoprawnych).*

⁹⁰⁰ Częściowo zagadnienia te zostały ujęte w: M. Cecerko, B. Cieszyńska, T. Darowski, T. Michalczyk, M. Orkusz, K. Pociecha, *Odstąpienie od umowy na roboty budowlane*, Warszawa 2020; M. Cabała, *Umowa o roboty budowlane na gruncie PZP*, LEX/el. 2022.

⁹⁰¹ Wyrok SN z 05.12.2006 r., II CSK 327/06, Legalis nr 165206.

spostreżenia SN, że przepisy nie pozwalają na określenie wspólnych *essentialia negotii* tych umów.

Uznając za właściwe stwierdzenie, że umowa w sprawie zamówienia nie powinna być rozpatrywana w kategorii umów nazwanych, w dalszej części rozprawy poszukiwania granic swobody umów ograniczą się do analizy natury stosunku prawnego w znaczeniu szerokim (w ujęciu rodzajowym). Obejmuje ono cechy umów w sprawie zamówienia jako umów zawieranych w szczególnym celu dla realizacji zadań publicznych, choć w postaci różnych typów umów nazwanych i nienazwanych. Należy zatem zadać pytanie o to, czy rzeczywiście nie istnieje pewna właściwość (natura) stosunku, wspólna wszystkim umownym stosunkom zobowiązaniowym, zawieranych według przepisów ustawy PZP, która pozwoliłaby na zakreślenie granicy swobody ich zawierania i kształtowania ich treści.

Próbie odpowiedzi na tak postawione pytanie, czyli próbę określenia właściwości (natury) umowy w sprawie zamówienia publicznego należałoby rozpocząć od analizy samej definicji zamówienia, rozumianego jako umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Nawiązując do szerokiej analizy samej definicji zamówienia publicznego, a następnie cech niezbędnych do uznania danej umowy za umowę w sprawie zamówienia przeprowadzonej w Rozdziale II, można wyróżnić trzy elementy charakteryzujące taką umowę. Pierwszy z nich dotyczy sfery podmiotowej umowy (umowa między zamawiającym i wykonawcą), druga to sfera przedmiotowa (jej przedmiotem jest nabycie robót budowlanych, dostaw lub usług), oraz trzecia nawiązująca do elementu wzajemności (odpłatność).

Nie wszystkie elementy definicji określają jednocześnie naturę umowy w sprawie zamówienia (np. jej przedmiot). Przedmiot zamówienia w znaczeniu określonym w art. 7 ustawy PZP, z uwagi na szeroki charakter definicji robót budowlanych, dostaw lub usług nie charakteryzuje umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sposób szczególny w porównaniu do innych umów (rodzajowe znaczenie natury stosunku). Jednak już przedmiot konkretnego zamówienia, w szczególności konieczność jego opisywania w sposób określony w art. 99 i n. ustawy PZP, może stanowić jeden z elementów decydujących o naturze stosunku prawnego, na co wskazuje przywołane wyżej orzecznictwo KIO.

Jednak właściwość (natura) umowy w sprawie zamówienia powinna być odczytywana nie tylko poprzez odniesienia się do samej definicji, 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)⁹⁰².

3.2. Cel publicznoprawny jako źródło ograniczenia swobody zawierania umów w prawie zamówień publicznych

Cele wprowadzenia regulacji dotyczących procedur zakupowych finansowanych ze środków publicznych, są jednocześnie uzasadnieniem dla wprowadzenia wielu ograniczeń zasady swobody umów. Doskonałym punktem wyjścia dla dalszych rozważań może być fragment wyroku KIO z dnia 10.06.2022 r. KIO 1415/22⁹⁰³: *Istotą zamówień publicznych jest stworzenie transparentnego, jasnego i przejrzystego modelu gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający w ramach zamówień publicznych nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiązań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznym, środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym (lokalnym). Konieczne jest przy tym zapewnienie, aby przy zaspokajaniu owych potrzeb publicznych zachowana była zasada wolności gospodarczej i możliwości dostępu do wykonywania zadań publicznych na niedyskryminacyjnych warunkach przez przedsiębiorców działających na rynku.*

Podstawowy cel postępowania o udzielenie zamówienia został jasno określony. Zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub wynegocjowanie postanowień takiej umowy. Nie można go jednak utożsamiać z celem całej regulacji. Poza oczywistym i podstawowym celem, czyli zaspokojeniem określonej potrzeby zakupowej jednej ze stron za wynagrodzeniem, umowa w sprawie zamówienia publicznego zabezpiecza również inne szerzej zakreślone dążenia.

⁹⁰² Jak zostało to wskazane w motywie 1 preambuły dyrektywy 2014/24/UE udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług.

⁹⁰³ Legalis nr 2844307.

Jednak racja istnienia samej regulacji, czyli cel wprowadzenia obowiązkowych procedur stanowiących znaczące ograniczenie swobody zawierania umów, nie jest sprecyzowany w samej ustawie⁹⁰⁴. W piśmiennictwie przyjmuje się nawet, że podstawy aksjologiczne, wartości prawa zamówień publicznych nie tylko odpowiadają celom tej regulacji, lecz są również odzwierciedleniem roli, jaką państwo chce spełniać w dzisiejszej gospodarce⁹⁰⁵. W ten sposób na pierwszy plan wysuwa się cel ochronny, czyli zabezpieczenie środków publicznych przed niecelowym i nieracjonalnym ich wydatkowaniem (marnotrawieniem).

Natura umowy o zamówienie wynika również z jej publicznoprawnego pierwiastka związanego z publicznym charakterem wydatków zamawiającego oraz interesem publicznym, który jest przez niego reprezentowany. Jej niewyrażonym, acz immanentnym elementem jest konieczność uwzględnienia zasad wyrażonych w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, tj. celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 24.01.2013 r., III SA/GI 1664/12, wprost wskazuje, że zamawiający podejmując działania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym opracowując treść SIWZ z całą pewnością winien mieć na względzie zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Jednak ocena zgodności z prawem podejmowanych przez niego działań, mogących wpływać na konkurencję, winna być dokonana z uwzględnieniem obowiązków wynikających z art. 44 ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, obciążających zamawiającego jako jednostkę sektora finansów publicznych.

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

⁹⁰⁴ Pośrednio cel regulacji można odczytać uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 1. Celem opracowania nowej ustawy jest wprowadzenie nowych rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług. Ponadto konieczne stało się również zwiększenie przejrzystości i spójności regulacji w zakresie zamówień publicznych.

⁹⁰⁵ H. Nowicki, *Economic policies, objectives, and principles of the system of public procurement law*, Studia Iuridica Toruniensia 2018, t. 23, s. 203; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiedzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 13.

zbiorowych. Wyrazem tej zasady na etapie przetargowym jest wymóg takiego ukształtowania warunków zamówienia, aby zagwarantować efektywną realizację zadań publicznych.

Jednym z przejawów dbałości o realizację celu publicznego jest obowiązek dochodzenia roszczeń przez podmiot publiczny i związane z nim ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych. Jest on motywowany przede wszystkim potrzebą zachowania dostatecznej efektywności transakcji (wiarygodny wykonawca, zdolny do należytego wykonania zamówienia oraz ekwiwalentna umowa), a także ochroną innych interesów zbiorowych, związanych bezpośrednio z realizacją zamówień publicznych, narażonych na różne uszczuplenia⁹⁰⁶.

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. Cele danej regulacji prawnej to zidentyfikowane w prawie wartości, które państwo chce chronić lub gwarantować poprzez odpowiednio skonstruowane normy prawne⁹⁰⁷. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że pierwotnym i podstawowym celem przepisów regulujących zamówienia publiczne jest ochrona środków publicznych, a szerzej ochrona efektywnego ich dystrybuowania, aby umożliwić realizację zasady efektywności ekonomicznej⁹⁰⁸. W tym kontekście R. Szostak wskazuje, na istotną rolę właśnie tych ograniczeń, które są zorientowane na ochronę interesu publicznego i efektywne wydatkowanie środków publicznych⁹⁰⁹. Jak twierdzi J. Baehr, do podstawowych celów regulacji zamówień publicznych należy z całą pewnością zaliczyć optymalizację wydatków środków publicznych, aby były one wykorzystywane w jak najlepszy sposób, uniemożliwiający pochopne i nieuczciwe dysponowanie nimi⁹¹⁰.

W uzasadnieniu do projektu ustawy PZP cele te określono jeszcze szerzej - jako narzędzie kształtowania gospodarki państwa, w tym również realizacji celów społecznych, politycznych i strategicznych, służące wspieraniu ważnych gałęzi rynku. Procedura

⁹⁰⁶ R. Szostak, *Umowy ...*, s. 28-29.

⁹⁰⁷ M. Atienza, J.R. Manero, *A Theory of Legal Sentences*, New York 1998, s. 114; P. Nowicki, *Aksjologia...*, s. 13.

⁹⁰⁸ M. Olejarz, *Rola zrównoważonych zamówień publicznych i praktyka ich wykorzystania*, w: M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Warszawa 2017, s. 1; na takie ujęcie uwagę zwraca też P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Kierunki zmian w prawie zamówień publicznych – uwagi de lege ferenda*, w: M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych (monografia naukowa)*, Warszawa 2018, s. 47

⁹⁰⁹ R. Szostak, *Umowy...*, Warszawa 2018 r., s. 9.

⁹¹⁰ J. Pokrzywniak, J. Baehr, T. Kwieciński, *Wprowadzenie do systemu...*, str. 6.

zawarta w ustawie, poprzez odpowiednie kształtowanie wymagań, może być najbardziej efektywnym wsparciem celów gospodarczych i rozwojowych oraz ważnych polityk społecznych i związanych z rynkiem pracy⁹¹¹. Przykładem mogą być wymagania związane z realizacją zamówienia na usługi lub roboty budowlane w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy⁹¹² (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510, 1700 i 2140 oraz z 2023 r. poz. 240 i 641).

Z biegiem czasu i rozwojem zakupów publicznych konieczne stało się również uwzględnienie perspektywy wykonawcy. W związku z tym od XIX w. do regulacji dotyczących zamówień publicznych stopniowo wprowadzano ograniczenia wymuszone zasadą równego dostępu do zamówień, z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, wzmacniające nie tylko efektywność samych wydatków, lecz także chroniące interesy przedsiębiorców ubiegających się o coraz liczniejsze zamówienia publiczne, zwiększające popyt oraz korzystnie stymulujące rozwój gospodarczy⁹¹³.

Stąd kolejna grupa ograniczeń związana jest z szeroko pojętym wspieraniem konkurencyjności, czyli szeregiem mechanizmów antydyskryminujących w kontekście podmiotów, jakie mogą ubiegać się o zamówienia oraz takiego sposobu procedowania, który prowadzi do zagwarantowania poszczególnym wykonawcom równego dostępu do rynku zamówień publicznych. Cel ten wyznaczony jest przez naczelne zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Porównanie różnych systemów zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że poszczególne państwa europejskie kładą nacisk na inne cele stosowania zamówień publicznych. Dla jednych na plan pierwszy wysuwa się aspekt ekonomiczny, czyli cel zakupowy związanych z racjonalnym gospodarowaniem środkami publicznymi, inne

⁹¹¹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 3. Jak zwracają jednak uwagę P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Kierunki zmian...*, s. 47: *uzasadnienie do projektu ustawy w kontekście odczytywania jej celów nie jest narzędziem doskonałym, nie dotyczy ono bowiem finalnej wersji aktu prawnego, który wchodzi w życie. Tymczasem cele prawa zamówień publicznych dynamicznie się rozwijają, rozszerzając zakres jego oddziaływania, znacząco różniąc się od swojej pierwotnej wersji.*

⁹¹² (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1510, ze zm.).

⁹¹³ R. Szostak, *Umowy...*, s. 10.

nacisk kładą na wdrażanie zasad równego traktowania wykonawców, kosztem nawet konieczności zapłaty wyższego wynagrodzenia⁹¹⁴.

W prawie polskim podstawowy powód wprowadzenia i obligatoryjnego stosowania procedur określonych zakupowych jest ochrona wydatkowania środków publicznych. Pomimo licznych zmian przepisów na przestrzeni wielu lat funkcjonowania współczesnego systemu zamówień publicznych, zmierzających w kierunku wzmocnienia mechanizmów ochrony uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nadal sama konstrukcja przepisów wskazuje na ekonomiczny cel prawa zamówień publicznych. Wskazuje na to przede wszystkim wiele regulacji skierowanych wyłącznie do zamawiającego, np. konieczność sporządzenia analizy potrzeb i wymagań (art. 83 ustawy PZP), czy raportu z realizacji zamówienia (art. 446 ustawy PZP).

Publicznoprawny cel zakupów został w ustawie PZP dodatkowo podkreślony poprzez wprowadzenie przepisów dotyczących polityki zakupowej państwa (art. 21 ustawy PZP)⁹¹⁵, która ma na celu wprowadzenie inteligentnego modelu zakupowego, dzięki któremu zamawiający publiczni dokonywać będą zakupów zgodnie z ustaloną przez państwo strategią⁹¹⁶. W założeniu ma to doprowadzić do uwzględnienia w procesie udzielania zamówień publicznych aspektów normalizacyjnych, *value for money*, kalkulacji kosztów w cyklu życia produktów, społecznej odpowiedzialności przedsiębiorców oraz

⁹¹⁴ S. Arrowsmith, *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2012, s. 46–47, <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/publications-and-decisions/thecost-of-different-goals-of-public-procurement.pdf>; por. także S. Arrowsmith, *Public Procurement Regulation: An Introduction*, Nottingham 2010, s. 4–19. <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>.

⁹¹⁵ Polityka zakupowa państwa ma za założenia koordynować działania państwa i podmiotów zamawiających na poziomie określania wspólnych celów i standardów. Jest to dokument o charakterze średniookresowej strategii przyjmowany raz na 4 lata w formie uchwały Rady Ministrów. Pierwsza Polityka zakupowa państwa, uchwalona 11.01.2022 r., obejmuje lata 2022-2025. Stanowi ona instrument powiązania wydatków dokonywanych poprzez zamówienia publiczne z realizacją polityk oraz celów strategicznych państwa w obszarze gospodarczym, społecznym oraz środowiskowym. Służy odejściu od postrzegania zamówień publicznych wyłącznie w kategoriach sformalizowanych procedur, których dochowanie jest głównym i najważniejszym celem. Ukierunkowuje zakupy na usługi, dostawy oraz roboty budowlane o kluczowym znaczeniu z punktu widzenia interesów państwa. Tym samym jest uzupełnieniem systemowych zmian przewidzianych w ustawie PZP.

⁹¹⁶ W komunikacie wydanym przez Ministerstwo Rozwoju i Technologii czytamy: *Zamówienia publiczne to ważny sektor polskiej gospodarki. Państwo przeznacz co roku na ten cel około 10% PKB. Przygotowana przez nas Polityka zakupowa państwa ma pomóc zarządzać zakupami sektora publicznego w Polsce. Do tej pory zamawiający nie dysponowali kompleksowymi i wspólnymi standardami, którymi należy kierować się przy realizacji zamówień publicznych. Powodowało to m.in. zróżnicowane podejście do udziału MŚP w prowadzonych procesach zakupowych, a w konsekwencji niewykorzystywanie ich możliwości, mimo że mikro, małe i średnie firmy stanowią zdecydowaną większość przedsiębiorstw w Polsce – 99,8%.* <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/rada-ministrow-przyjela-polityke-zakupowa-panstwa> (dostęp 07.04.2023).

upowszechnianie dobrych praktyk i narzędzi zakupowych. Dokument ten nie stanowi zestawienia obowiązków podmiotów zamawiających, wskazuje natomiast kierunki, w jakich powinny być kształtowane zakupy przez zamawiających, do których jest skierowana. Jednocześnie polityka zakupowa państwa jest powiązana bezpośrednio z planowanymi działaniami administracji rządowej oraz celami i kierunkami określonymi w średniookresowej strategii rozwoju kraju⁹¹⁷. W związku z tym w piśmiennictwie słusznie wskazuje się, że z uwagi na powyższe, dokument ma charakter nienormatywny, nietworzący obowiązków i praw adresatów, a jedynie określający pewną koncepcję działań w zadanym obszarze⁹¹⁸.

Tak sformułowane ogólne cele prawa zamówień publicznych znajdują **odzwierciedlenie w prawie europejskim**, które ma duże znaczenie przy formułowaniu i interpretacji prawa krajowego, zarówno z uwagi na dążenie do coraz ściślejszej harmonizacji prawa zamówień publicznych na poziomie państw członkowskich, jak bogaty dorobek orzecznicy TSUE.

Pierwotnym celem unijnego prawa zamówień publicznych było stworzenie warunków efektywnej konkurencji na wspólnotowym rynku wewnętrznym⁹¹⁹, a także zapewnienie prawidłowego i efektywnego wydatkowania środków publicznych, w oparciu o uczciwą konkurencję oraz otwarcie rynku wewnętrznego⁹²⁰.

Obecnie w prawie europejskim cele te zostały wskazane wprost. W motywie 2 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE wskazano, że zmiany przepisów dotyczących zamówień publicznych dokonywane są, aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych, oraz aby umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych.

Motyw 1 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, że: *Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być*

⁹¹⁷ D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s. 55.

⁹¹⁸ M. Stachowiak, *Czym jest polityka zakupowa państwa?*, ZP Doradca – dodatek 2020, Nr 3, s. 3.

⁹¹⁹ H. Nowicki, P. Nowicki w: A. Powałowski (red.), *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2022 i powołane tam M.T. Karayigit, *Under the Triangle Rules of Competition, State Aid and Public Procurement: Public Undertakings Entrusted with the Operation of Services of General Economic Interest*, *European Competition Law Review* 2009, vol. 39, Nr 11, s. 552–553. Tak również wyr. TSUE z 27.11.2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99, *Lombardini i Mantovani*, pkt 34 i 35 (ECLI:EU:C:2001:640).

⁹²⁰ M. Olejarsz, *Rola zrównoważonych ...*, s. 108.

zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję⁹²¹.

Przepisy dyrektyw wyznaczają dwa zasadnicze kierunki, które mogą wpływać bezpośrednio lub pośrednio na swobodę umów. Są to z jednej strony zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, i wynikające z nich zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności oraz przejrzystości. Z drugiej strony jest to ochrona finansów publicznych, rozumiana jako zapewnienie racjonalnego, oszczędnego i celowego wydatkowania środków publicznych.

Również TSUE w swoim orzecznictwie wielokrotnie wskazywał, że celem koordynowania procedur udzielania zamówień publicznych na szczeblu UE jest eliminowanie barier w swobodnym przepływie usług i w konsekwencji ochrona interesów przedsiębiorców pochodzących z poszczególnych państw członkowskich, którzy chcieliby oferować i świadczyć swoje usługi zamawiającym z innych państw członkowskich i w konsekwencji urzeczywistnianie koncepcji unijnego rynku wewnętrznego, jako obszaru

⁹²¹ Jako podstawę przyjęcia dyrektywy 2014/24/UE wskazano w niej przepisy o charakterze kompetencyjnym oraz materialnoprawnym, odnoszące się do podstawowych zasad traktatowych. W pierwszej kolejności jest to art. 53 ust. 1 TFUE, który upoważnia PE i Radę do wydawania dyrektyw w celu ustalania podstawowych zasad wspólnych dla wszystkich państw członkowskich dotyczących wzajemnego uznawania kwalifikacji zawodowych oraz prowadzenia działalności gospodarczej. Dalej powołano art. 62 TFUE, który odsyła do przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości i pozwala na ich zastosowanie odpowiednio do swobody świadczenia usług tj. art. 51 TFUE odnoszący się do wyłączeń z zakresu swobody świadczenia usług, gdy jest to usprawiedliwione wykonywaniem władzy publicznej; art. 52 TFUE pozwalający państwu członkowskim na stosowanie wobec podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich specjalnego reżimu, jeśli jest to uzasadnione z uwagi na porządek, bezpieczeństwo lub zdrowie publiczne; art. 53 TFUE oraz art. 54 TFUE zrównujące spółkę (rozumianą jako spółkę prawa cywilnego lub handlowego, a także spółdzielnię oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiągnięcie zysków zgodnie z prawem UE) w zakresie korzystania z zasady swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości z osobą fizyczną. Ostatni z powołanych przepisów traktatowych to art. 114 TFUE, który upoważnia PE i Radę, do przyjmowania środków dotyczących zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału⁹²².

Do zasad traktatowych bezpośrednio znajdujących zastosowanie w przypadku udzielania zamówień publicznych zaliczyć można: zakaz stosowania, wprowadzania i utrzymywania ograniczeń ilościowych oraz wszelkich innych środków o skutku równoważnym w handlu pomiędzy państwami członkowskimi określony w art. 34 TFUE⁹²³; swobodę przedsiębiorczości dla obywateli państw członkowskich, określoną w art. 49 TFUE⁹²⁴ oraz swobodę świadczenia usług wewnątrz państw Unii Europejskiej dla obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia określoną w art. 56 TFUE⁹²⁵. W. Hartung wymienia wśród nich również zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową w obrębie państw członkowskich określony w art. 18 TFUE przypisując mu jednak pomocniczy charakter w kontekście prawa zamówień publicznych⁹²⁶.

Szersze spojrzenie na problematykę prawa zamówień publicznych pozwala na wskazanie kolejnych przepisów TFUE, które pośrednio determinują również swobodę zawierania umów rozumianą w szczególności jako swobodę wyboru kontrahenta. Wśród nich wymienia się przede wszystkim: zakaz wszelkich porozumień i praktyk między przedsiębiorstwami, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego (art. 101 TFUE)⁹²⁷; zakaz nadużywania przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między państwami

⁹²² P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Kierunki zmian...*, s. 47 – 48.

⁹²³ S. Arrowsmith, *The Law of Public ...*, 2014, s. 239–289.

⁹²⁴ por. wyr. TSUE z 18.12.2014 r. w sprawie C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt przeciwko Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, Legalis nr 1162727, pkt 32 oraz M. Szwarc-Kuczer, w: A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej Komentarz*, Warszawa 2012, s. 853–867; S. Arrowsmith, *The Law of Public ...*, 2014, s. 289–301.

⁹²⁵ E. Skrzydło-Tefelska, w: A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu...*, s. 929–954; w kontekście zamówień publicznych kwestię praktyki ograniczającej zasadę swobody świadczenia usług ilustruje wyrok TSUE z 18.09.2014 r. w sprawie C-549/13 *Bundesdruckerei GmbH przeciwko Stadt Dortmund*, MoP 2014 nr 21, str. 1118.

⁹²⁶ W. Hartung, M. Bağaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE*, Legalis 2015, Tytuł I, nb. 5 oraz przywołane tam orzecznictwo TSUE; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, s. 301–302.

⁹²⁷ w odniesieniu do art. 101 TFUE D. Miąsik, G. Materna, A. Jurkowska-Gomułka, w: A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu...*, s. 182–314.

członkowskimi (art. 102 TFUE)⁹²⁸; zasady dotyczące przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznawane są prawa specjalne lub wyłączne jak również zobowiązanych do realizacji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (art. 106 TFUE)⁹²⁹ oraz art 107 TFUE dotyczący pomocy publicznej⁹³⁰.

Podjmując próbę pogrupowania ww. regulacji można przyjąć za *W. Hartung*, że pierwsza grupa to przepisy TFUE, które mają zastosowanie zarówno dla działań zamawiających wobec wykonawców (przede wszystkim art. 18 TFUE, art. 34 TFUE, art. 49 TFUE oraz art. 56 TFUE) jak i dla samych wykonawców ubiegających się o dane zamówienie oraz tych, którzy potencjalnie mogliby się o zamówienie ubiegać, gdyby proces jego udzielania był zgodny z prawem (art. 101 TFUE i art. 102 TFUE). Z kolei, art. 106 TFUE i 107 TFUE mają w ocenie autora kluczowe znaczenie dla wybranych sektorów działalności zamawiających, w szczególności w ramach organizacji rynku usług komunalnych, w tym przede wszystkim kwestii tzw. koncepcji zamówień *in-house* (art. 12 dyrektywy 2014/24/UE)⁹³¹.

Sam cel publiczny nie jest jednak elementem decydującym o obowiązku zastosowania procedur przewidzianych w dyrektywie. Jest jednym z powodów wprowadzenia regulacji, ale nie determinantą zastosowania ich *ad casum*. Artykuł 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE⁹³² wskazuje, iż zamówieniem jest nabycie roboty budowlanej, dostawy lub usługi od wykonawcy wybranego przez tę instytucję. Rzeczony przepis należy interpretować w ten sposób, iż nabycie określonego dobra może mieć miejsce po przeprowadzeniu jednej z procedur określonych w dyrektywie, w wyniku której dokonywany jest wybór wykonawcy według określonych zasad i kryteriów⁹³³. Zawarcie umowy odpłatnej w zakresie przedmiotowym dyrektywy przez instytucję zamawiającą z pominięciem tak dokonanego wyboru należy uznać za naruszenie przepisów dyrektywy, tudzież przepisów krajowych regulujących zamówienia publiczne ustanowionych w procesie implementacji.

⁹²⁸ S. Arrowsmith, *The Law of Public...*, 2014, s. 324–337.

⁹²⁹ S. Arrowsmith, *The Law of Public...*, 2014, s. 317–324; w odniesieniu do art. 106 TFUE M. Szydło, w: A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu...*, s. 368–422.

⁹³⁰ S. Arrowsmith, *The Law of Public*, 2014, s. 302–317; w odniesieniu do art. 107 TFUE B. Kurcz, w: A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu...*, s. 423–457.

⁹³¹ W. Hartung, M. Baglaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, Tytuł I, nb. 5.

⁹³² Odpowiednio Artykuł 1 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE.

⁹³³ J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE ...*, Legalis 2017, Art. 1, nb. 6.

Taka definicja wskazuje, iż zamówieniem w rozumieniu dyrektywy jest nabycie określonego dobra, bez względu na to, czy jest ono przeznaczone do celu publicznego. Sformułowanie przepisu wskazuje, że każde dysponowanie środkami publicznymi przez określony w dyrektywie podmiot, niezależnie od celu (przeznaczenia) nabywanego dobra, wymaga zastosowania procedury konkurencyjnej. Zatem nawet nabycie określonego dobra (usługi) w innym celu, niż cel publiczny, możliwe jest tylko przy zastosowaniu przepisów i regulacji dotyczących zamówień publicznych.

Czy zatem cel publiczny można określić jako wyznacznik natury umowy w sprawie zamówienia publicznego, skoro nie jest on elementem decydującym o obowiązku zastosowania procedur określonych w ustawie PZP? Odpowiedź na tak postawione pytanie powinna być twierdząca. Cel publiczny jako źródło potrzeby kształtowania systemu zamówień publicznych, wpisany jest w DNA regulacji ustawowych. Chociaż obecnie sam cel zakupu (publiczny, czy też nie) nie decyduje wprost o stosowaniu ustawy, przyjęć należy, że decyduje o naturze stosunku prawnego.

Jako przykład regulacji, która potwierdza takie stanowisko jest art. 255 pkt 5 ustawy PZP, który uprawnia do unieważnienia postępowania, jeśli po jego wszczęciu wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Nie jest to jednak cel sam w sobie, a zamawiający nie może zrezygnować z prowadzenia postępowania, jeśli dojdzie do przekonania, że opis przedmiotu zamówienia nie pozwala na osiągnięcie efektywności ekonomicznej zakupu. W związku z tym można przyjąć, że cel publiczny będzie wyznaczał naturę stosunku prawnego, jednak nie będzie jedynym i przesądającym czynnikiem decydującym o ograniczeniu swobody umów.

3.3. Wolność gospodarcza a zamówienia publiczne

To, co z punktu widzenia prawa cywilnego nazywamy ograniczeniami, z punktu widzenia rynkowego, lub szerzej ekonomicznego może być rozważane w kategoriach gwarancji. Dlatego istotne wydaje się dostrzeżenie mechanizmów rynkowych, które mają lub mogą mieć wpływ na kształt i zmiany prawa zamówień publicznych, a w szerszym ujęciu - na jego rozumienie i znaczenie. Będą one uzasadnieniem dla ograniczeń swobody umów, których źródła nie można odczytać wprost z przepisów samej ustawy PZP.

Zależności między prawem a mechanizmami rynkowymi są przedmiotem zainteresowania wielu autorów⁹³⁴. Wobec faktu dysponowania przez władzę publiczną ograniczonymi zasobami materialnymi i koniecznością ich rozdysponowania w sposób, który gwarantowałby optymalne zaspokojenie różnych potrzeb społecznych, rola norm prawnych polega m.in. na ukonstytuowaniu uregulowania pewnych instytucji prawnych, a także określonych zachowań uczestników rynku jako warunków jego harmonijnego rozwoju⁹³⁵. Wśród warunków prawnych, bez których istnienia nie może być mowy o skutecznym działaniu mechanizmów rynkowych w gospodarce, zalicza się: ochronę prawa własności, wolność gospodarczą, swobodę zawierania umów, ochronę swobodnej i uczciwej konkurencji.

Z punktu widzenia prawa zamówień publicznych na pierwszy plan wysuwa się zasada uczciwej konkurencji, która wpływa na swobodę zawierania umów i ich treść. Nie można jednak zupełnie pominąć znaczenia zasady wolności gospodarczej jako takiej, która leży u podstaw współczesnego spojrzenia na zasady dokonywania zakupów, również w ramach środków publicznych. Wolność gospodarcza znajduje korzenie historyczne w najwcześniejszym okresie rozwoju państwa kapitalistycznego, a jej źródła upatruje się w tzw. liberalizmie gospodarczym⁹³⁶, którego najpełniejszym wyrazicielem stał się w XVIII w. Adam Smith⁹³⁷ i związana z nim szkoła ekonomiczna. Jest traktowana jako jeden z podstawowych elementów porządku ustrojowego tych współczesnych państw, które oparły swój ustrój gospodarczy na zasadach gospodarki rynkowej.

Wolność gospodarcza to również zasada ogólna prawa UE, wyrażona w art. 6 TUE, podkreślana w orzecznictwie TSUE⁹³⁸, a także prawo podstawowe gwarantowane w art. 16

⁹³⁴ R. Bichlarz i J. Grabowski w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze System Prawa Administracyjnego Tom 8A*, Warszawa 2018.

⁹³⁵ Tak R. Bichlarz i J. Grabowski w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, Warszawa 2018, s. 5-6.

⁹³⁶ Zgodnie z słownikiem języka polskiego PWN: liberalizm gospodarczy to kierunek ekonomiczny głoszący, że państwo powinno pozostawić wszystkim podmiotom gospodarczym swobodę działania.

⁹³⁷ Przyjmuje się, że doktryna ta została sformułowana pierwotnie przez Adama Smitha w jego książce *Przyczyny i konsekwencje bogactwa narodów*. Adam Smith uznaje, że stosunki handlowe powinny być realizowane w ramach wolności i równości warunków, na zasadach indywidualnej i prywatnej inicjatywy, gdzie siły rynkowe i poszukiwanie przez jednostkę własnej korzyści materialnej są tym, co napędza proces produkcyjny narodu, a wszystko to teoretycznie prowadzi do bogactwa i wspólnego dobra wszystkich jego mieszkańców. Wszelkie ograniczenie interwencji państwa w sprawy gospodarcze należy wprowadzać albo za pomocą regulacji, albo za pomocą podatków.

⁹³⁸ Np. wyr. TSWE z 14.05.1974 r. w sprawie 4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Ruhrkohle Aktiengesellschaft*, ECLI:EU:C:1975:114; wyr. TSWE z 16.01.1979 r. w sprawie 151/78, *Sukkerfabriken Nykøbing Limiteret v. Ministry of Agriculture*, ECLI:EU:C:1979:4; wyr. TSWE z 05.10.1999 r. w sprawie CC-240/97, *Królestwo Hiszpanii v. Komisja Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1999:479.

KPP. Jej źródłem w prawie europejskim są konstytucje państw członkowskich, w tym Polski⁹³⁹.

W doktrynie wskazuje się na różne aspekty tego pojęcia. Jak wskazuje A. Powalowski, źródeł pojęcia wolności gospodarczej należy szukać w naukach ekonomicznych, jako że regulacje prawne miały wtórny charakter wobec gospodarki⁹⁴⁰. W tym kontekście wyróżniono ekonomiczny aspekt wolności gospodarczej. Poza nim zwraca się uwagę na aspekt polityczny (wolność gospodarcza jako argument wykorzystywany przez polityków w różnych sferach działalności) i prawny (wolność gospodarcza jako zasada ustrojowa oraz konstytucyjnie chronione uprawnienie)⁹⁴¹. Ponadto, jak wskazuje J. Ciapała, wolność gospodarcza może być też analizowana w kontekście relacji horyzontalnych pomiędzy podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą⁹⁴², w szczególności zawierania umów.

Odnosząc się do prawnego aspektu wolności gospodarczej, wielu autorów jako pierwsze wskazuje zagadnienie związane z podejmowaniem działalności gospodarczej. Z. Witkowski uznaje, iż jest to kategoria obejmująca swobodę dotyczącą podejmowania (wyboru) działalności gospodarczej, jak również swobodę prowadzenia (wykonywania) tej działalności, której zasadniczym celem jest osiągnięcie zysku zarówno w podmiotowym jak i przedmiotowym znaczeniu⁹⁴³. B. Banaszak podkreśla natomiast, iż działalność ta może być prowadzona w dowolnie wybranych formach oraz na zasadzie samodzielności⁹⁴⁴.

Tak rozumiana wolność gospodarcza znajduje odzwierciedlenie w prawie zamówień publicznych, w szczególności w szerokiej definicji wykonawcy⁹⁴⁵, oraz

⁹³⁹ Zgodnie z art. 22 Konstytucji RP ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

⁹⁴⁰ A. Powalowski, *Działalność gospodarcza*, w: A. Powalowski (red.), *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, Warszawa 2009, s. 23.

⁹⁴¹ Zob. J. Węgrzyn, *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej*, w: M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 516 i cytowana tam literatura oraz A. Rytel-Warzocho, *Wolność działalności gospodarczej w świetle orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Gdańskie Studia Prawnicze Tom XXXVII, 2017, s. 157.

⁹⁴² J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2007, s. 87 i n.

⁹⁴³ Z. Witkowski, *Zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa ustroju gospodarczego Trzeciej Rzeczypospolitej Polskiej – wolność działalności gospodarczej*, Studia Iuridica Toruniensia. Przemiany Polskiego Prawa 2002, t. 2, s. 10.

⁹⁴⁴ Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 126.

⁹⁴⁵ Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy PZP, ilekroć w ustawie mowa jest o wykonawcy - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

mechanizmach ograniczających dyskryminowanie oferentów, z uwagi na ich formę organizacyjnoprawną, czy siedzibę. Zasada wolności gospodarczej jest podkreślana również w unijnym prawodawstwie z zakresu zamówień publicznych. Wyraża się przede wszystkim w artykule 19 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, który rozstrzyga, że wykonawcy, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia danych usług, nie mogą zostać odrzuceni jedynie z tego powodu, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych.

Zasady wolności gospodarczej w ujęciu prawnym oznacza równe prawo każdego podmiotu do wyboru rodzaju podejmowanej działalności gospodarczej oraz swobodę jej wykonywania, a wszelkie ograniczenia w tym zakresie muszą wynikać z wyraźnego przepisu ustawy. W razie wątpliwości co do treści i znaczenia przepisu wprowadzającego ograniczenie wolności gospodarczej należy zawsze przyjmować interpretację *in favorem libertatis*⁹⁴⁶.

Kwestie znaczenia wolności gospodarczej jako zasady, która wyznacza granice swobody umów można podsumować cytując Milтона Friedmana: *W [...] wolnej gospodarce istnieje jeden i tylko jeden obowiązek wobec społeczeństwa związany z działaniami gospodarczymi – wykorzystywać zasoby i angażować się w działanie mające na celu zwiększanie zysków, jeżeli pozostaje to w granicach reguł gry, co znaczy: o ile polega na otwartej i wolnej konkurencji, bez naciągania i oszustw*⁹⁴⁷.

Również zasada swobody umów uznawana jest za jeden z podstawowych mechanizmów prawnych wpływających na mechanizmy rynkowe oraz realizację zasady wolności gospodarczej. Zasada swobody umów ma tu znaczenie w dwóch wymiarach. Z jednej strony prowadzi do decentralizacji procedury zawierania kontraktów handlowych, z drugiej zaś jest wyrazem decentralizacji decyzji gospodarczych uczestników obrotu gospodarczego, które są przez nich podejmowane samodzielnie, a nie narzucanych im przez administracyjnie (odgórnie) ustalone i wyznaczone tym uczestnikom zadania planowe⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ Tak R. Bichlarz i J. Grabowski w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 9

⁹⁴⁷ Cyt. wg E. Sternberg, *Czysty biznes. Etyka biznesu w działaniu*, Warszawa 1998, s. 48.

⁹⁴⁸ Tak R. Bichlarz i J. Grabowski w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 10.

R. Bichlarz i J. Grabowski zwracają uwagę, że podobnie jak w przypadku ogólnej zasady wolności gospodarczej również swoboda stron w kształtowaniu wzajemnych stosunków umownych podlega pewnym ograniczeniom. Część z nich wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów KC, określających np. ogólne przesłanki ważności wszelkich czynności prawnych (oświadczeń woli), lub z przepisów szczególnych odnoszących się do określonych aspektów obrotu gospodarczego, np. prawa zamówień publicznych, o zagospodarowaniu przestrzennym, o ochronie własności przemysłowej itp.⁹⁴⁹ Zwracają również uwagę na bardzo istotny z punktu widzenia prawa zamówień publicznych aspekt wprowadzania dość szczegółowych regulacji (przepisami *iuris cogentis*) odnoszących się do istotnych postanowień umownych, mając na uwadze konieczność ochrony interesów jednego kontrahenta, którego pozycja w danym kontrakcie może być uznana za słabszą. Kwestia ta została rozwinięta we wcześniejszej części pracy, w tym miejscu warto zaznaczyć, że szczególnie ostatnie zmiany kierunkowe w obszarze umów w sprawie zamówień publicznych zostały wprowadzone właśnie w kontekście ochrony wykonawcy jako słabszej strony umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Aby urzeczywistnić zasady gospodarki rynkowej jako element wolności gospodarczej konieczne jest wspieranie swobody konkurencji. W tym celu należy stwarzać nieprzekraczalne granice prawne oraz reguły uczciwej walki konkurencyjnej, która sprzyja kształtowaniu się zrównoważonego rynku, a tym samym służy interesom konsumentów⁹⁵⁰. Z tego samego powodu wzmocnienie zasady uczciwej konkurencji sprzyja efektywności zakupów publicznych.

Jak słusznie zauważają R. Bichlarz i J. Grabowski, efektywność gospodarcza nie stwarza mechanizmów wystarczających do rozwiązywania wielu skomplikowanych problemów społeczno-ekonomicznych o charakterze globalnym, przed którymi staje współczesne państwo⁹⁵¹. Osiągnięcie celów jakie stawia efektywna wspólnota państwowa wymaga zastosowania przez państwo specjalnych środków prawnych korygujących lub zastępujących w niezbędnym zakresie działanie czystych mechanizmów gospodarki rynkowej. Będą to mechanizmy ochronne, wspomagające, a nawet limitujące, w zakresie

⁹⁴⁹ Tak R. Bichlarz i J. Grabowski w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 10 -11.

⁹⁵⁰ Tak R. Bichlarz i J. Grabowski w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 11, autorzy precyzują, że zjawiskiem szkodliwym i destabilizującym rynek byłoby całkowite opanowanie go przez wąską grupę monopolistów.

⁹⁵¹ *Ibidem*, s. 12.

niezbędnym do osiągnięcia równowagi pomiędzy wolnością gospodarczą, a realizacją zadań współczesnego państwa.

Jest to widoczne w europejskim prawie zamówień publicznych, którego ewolucja zmierza do rozszerzenia pozazakupowych celów zamówień publicznych. Uzyskiwanie najlepszych efektów zmierzało początkowo przede wszystkim do zaspokojenia konkretnej potrzeby będącej powodem wszczęcia postępowania. Punktem centralnym systemu zamówień publicznych był zakup, który ma na celu zaspokojenie określonej potrzeby zamawiającego (najczęściej związanej z jej zadaniami jako podmiotu publicznego).

Jednak nowoczesny system zamówień publicznych może być wykorzystany również do osiągania celów dalszych, szerszych. Nie zapominając o efektywności konkretnego zamówienia, niejako przy okazji i bez ponoszenia większych kosztów, można dodatkowo wspierać inne wartości i cele realizowane przez sektor publiczny⁹⁵². Owe inne wartości i cele to w szczególności: wsparcie małych i średnich przedsiębiorstw, promowanie innowacji, promowanie rozwiązań przyjaznych środowisku, upowszechnianie stosowania narzędzi elektronicznych w zamówieniach publicznych oraz uwzględnianie kwestii społecznych w zamówieniach publicznych. Osiąganie powyższych celów przy udzielaniu zamówień publicznych musi się odbywać w granicach prawa, z poszanowaniem zasad konkurencji, niedyskryminacji i równego traktowania, a także powinno być poprzedzone analizą długookresowych kosztów i korzyści z uwzględnieniem wszystkich efektów bezpośrednich i pośrednich podejmowanych działań⁹⁵³. Uwzględnienie tych aspektów w procesie zakupowym określano mianem „nowego podejścia do zamówień publicznych”.

Rola norm prawnych w zakresie korygowania mechanizmów rynkowych polega na wprowadzeniu do naturalnych mechanizmów funkcjonowania rynku takich instytucji prawno-organizacyjnych, które pozwolą oceniać i mierzyć efektywność funkcjonowania gospodarki krajowej za pomocą szerszych, bardziej zróżnicowanych kryteriów społeczno-ekonomicznych niż sama tylko cena rynkowa wynikająca z aktualnej relacji popytu do podaży⁹⁵⁴. Zakres i treść tych mechanizmów łączy aspekt prawny z aspektem

⁹⁵² D. Koba, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, s. 6.

⁹⁵³ *Ibidem*.

⁹⁵⁴ Tak R. Bichlarz i J. Grabowski w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 12.

gospodarczym zawierania umów, wyznaczając granice wolności gospodarczej w kontekście swobody zawierania umów.

Wśród najważniejszych mechanizmów wymieniane są m.in.: zachowanie właściwej struktury podmiotowej poprzez działania wspierające zachowanie odpowiedniej proporcji pomiędzy liczbą działających na danym rynku dużych przedsiębiorstw, a liczbą przedsiębiorstw małych i średnich⁹⁵⁵. Zwracano uwagę na konieczność przeciwdziałania skutkom nadmiernej koncentracji np. opanowania i podziału rynku przez grupę dużych przedsiębiorców po wyeliminowaniu z tego rynku drobnych konkurentów, która prowadzi do nieograniczonej swobody w zakresie kształtowania cen warunków pracy i płac. W tym kontekście prawo zamówień publicznych w ramach tzw. nowego podejścia kładzie nacisk na ochronę małych i średnich przedsiębiorców będących wykonawcami⁹⁵⁶.

Wśród szczegółowych regulacji prawnych wspierających ten cel w ramach prawa zamówień publicznych na pierwszy plan wysuwa się nakaz podziału zamówienia na części⁹⁵⁷, który ma na celu zapobieżenie koncentracji zakupów, w sposób, który mógłby utrudnić dostępu do rynku małym i średnim przedsiębiorcom. Na kwestie ochrony rynku nacisk kładzie również prawodawstwo europejskie. W motywie 78 preambuły dyrektywy 2014/24/UE wskazuje się na konieczność zachęcania do korzystania przez zamawiających z kodeksu najlepszych praktyk, określonego w dokumencie roboczym służb Komisji z 25.06.2008 r. zatytułowanym „Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych” (SEC(2008)2193), zawierającego wytyczne określające, w jaki sposób instytucje te mogą stosować ramy zamówień publicznych, aby ułatwić udział MŚP⁹⁵⁸. Równie ważna jest zasada proporcjonalności wyrażona w art. 16

⁹⁵⁵ Tak R. Bichlarz i J. Grabowski w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 12-13.

⁹⁵⁶ M. V. Kidalov and Keith F. Snider, *US and European Public Procurement Policies for Small and Medium-Sized Enterprises (SME): A Comparative Perspective*, Business and Politics, Volume 13, Issue 4 2011 Article 2; K. Patil, *Public procurement policy for small and medium enterprises in developing countries*. *International Journal of Public Sector Management*, 2017, Vol. 30 Issue 4, s. 391.

⁹⁵⁷ Nakaz ten jest wyinterpretowany z treści art. 91 ust. 2 ustawy PZP. Kwestie zakresu tego obowiązku rozważała wielokrotnie KIO. Jako podsumowanie tych rozważań można wskazać na wyrok z 28.05.2019 r., KIO 864/19, Legalis nr 2250625, zapadły na gruncie poprzedniego stanu prawnego, gdzie również nakaz podziału zamówienia na części wyinterpretowano z przepisów nakazujących uzasadnienia braku takiego działania. Izba podkreśliła w nim, że niewątpliwie kwestia podziału zamówienia na części wymaga każdorazowo indywidualnej analizy potrzeb zamawiającego i celowości podziału. Konieczność zapewnienia dostępu do rynku zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorcom nie może być powodem dokonania podziału kosztem efektywności, czyli efektów, jakie można zapewnić przez udzielenie zamówienia jednemu wykonawcy wybranemu w trybie PZP, a zatem gdy taki podział nie jest uzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

⁹⁵⁸ Na znaczenie prawodawstwa europejskiego w tym zakresie uwagę zwraca D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024 s. 264 i n.

ustawy PZP, która nakazuje zamawiającemu taki dobór środków (na etapie przygotowania postępowania, jego prowadzenia oraz wykonywania umowy), który nie spowoduje formalnych i faktycznych barier dla sektora MŚP⁹⁵⁹.

Jak wynika z badań, które obejmowały zamówienia publiczne udzielane w latach 2008 – 2011 rynek zamówień publicznych jest uważany przez wykonawców z sektora MŚP za ważny dla gospodarki, dający pewność zapłaty i korzyści wizerunkowe związane z wykonywaniem umów na rzecz podmiotów publicznych. Z drugiej jednak strony wykonawcy wskazywali na negatywne cechy rynku zamówień publicznych, stanowiące w ich ocenie o jego specyfice w stosunku do rynku komercyjnego: skrajnym formalizmie, przewadze ceny nad jakością, dużej konkurencji (zwłaszcza cenowej) i związanej z tym niskiej rentowności oraz braku możliwości budowania trwałych relacji z zamawiającymi⁹⁶⁰.

W związku z tym istotną kwestią jest również próba ustalenia wpływu konkretnych regulacji prawnych na potencjalną obecność określonych podmiotów na rynku zamówień publicznych, która została podjęta w dalszej części rozprawy.

Innym aspektem granic wolności gospodarczej jest konieczność uregulowania sposobu wykonywania zarządu oraz zasad korzystania z tzw. dóbr publicznych oraz usług służących zaspokajaniu potrzeb zbiorowych społeczeństwa (nazywanych niekiedy usługami pożytku publicznego)⁹⁶¹. Prawo zamówień publicznych jako instrument nabywania tych ostatnich, w duchu ochrony konkurencji jest istotnym, jednak nie kluczowym elementem regulacji korygujących pełną wolność gospodarczą, tak aby wypełnić wspomniane wyżej postulaty. Z tego też względu, zagadnienia dotyczące sposobu korzystania z nabytych dóbr, mimo że dostrzeżone nie zostaną szerzej rozwinięte, jako wkraczające poza zakres rozważań na temat granic zawierania umów.

Zasada wolności gospodarczej stanowi podstawę dla realizacji podstawowych zasad systemu zamówień publicznych (np. zasady uczciwej konkurencji, równości), co

⁹⁵⁹ Szerzej na temat wpływu prawa zamówień publicznych na udział małych i średnich przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych: W. Dzierżanowski, *Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych*, Warszawa 2018, publikacja opracowana w ramach projektu Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji.

⁹⁶⁰ A. Kowalewska, J. Szut, *Nowe podejście do zamówień publicznych Raport z badań 2010/2011*, s. 9, gdzie przedstawiono m.in. wnioski z 35 wywiadów z podmiotami z sektora MSP, zróżnicowanymi ze względu na: branżę (usługi, roboty budowlane, dostawy), wielkość przedsiębiorstwa i uczestnictwo w zamówieniach publicznych (aktywne na rynku obecnie, aktywne w przeszłości i nieobecne na rynku).

⁹⁶¹ Tak R. Bichlarz i J. Grabowski w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 12 -13.

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 zamówienie⁹⁶². Zasada wolności gospodarczej 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 gospodarczej⁹⁶³.

Dlatego, zasada wolności gospodarczej może być uznana za jedną z granic swobody umów, stanowiąc uzupełnienie, a czasami nawet przeciwwagę dla interesu publicznego i realizacji celu publicznego. Dopiero połączenie tych dwóch czynników stanowić może o naturze stosunku prawnego jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego. Równowaga między swobodą gospodarczą, a koniecznością ochrony interesów publicznych pozwala na ukształtowanie systemu, który daje realne korzyści obu stronom umowy. Można zatem sformułować ostrożny wniosek, że dopiero te dwa czynniki rozpatrywane łącznie pozwalają na wyznaczenie granicy swobody umów, określając naturę stosunku prawnego. Być może dlatego ustawodawca coraz silniej wiąże prawo zamówień publicznych z prawem cywilnym, aby oddać jak najlepiej założenia wolności gospodarczej, przy jednoczesnej ochronie interesu publicznego jako elementu natury stosunku prawnego.

3.4. Zasada efektywności ekonomicznej jako element ograniczenia zasady swobody umów.

W uzasadnieniu do projektu ustawy PZP jako kluczowe problemy w dziedzinie zamówień publicznych, wymagające nowych rozwiązań, wskazano m.in.: 1) wybieranie rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych w dłuższym okresie; 2) nieefektywne zarządzanie procesem zakupowym – od planowania udzielenia zamówienia, przygotowania postępowania po podsumowanie jego realizacji; 3) koncentrację zamawiających na spełnieniu wymogów formalnych, zamiast na uzyskaniu najlepszego jakościowo produktu lub usługi⁹⁶⁴. Jako sposób na ich wyeliminowanie z systemu zamówień publicznych wskazywano potrzebę zwiększenia efektywności udzielanych zamówień.

⁹⁶² P. Soroka, *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, PNUEWr 2012, Nr 270, s. 131-144.

⁹⁶³ A. Piwowarczyk, *Ograniczenia udziału ...*, s. 57.

⁹⁶⁴ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 1–2.

W literaturze przedmiotu postulowano, aby przepisy związane z zamówieniami publicznymi prowadziły do realizacji celu ekonomicznego, czyli sprzyjały racjonalizacji wydatków publicznych⁹⁶⁵, a tym samym gwarantowały uzyskanie pożądanego efektu przy danych nakładach. Trzeba podkreślić, że wielu komentatorów wypowiadało się o kondycji systemu zamówień publicznych w Polsce przypominając, iż przez wiele lat mimo licznych krytycznych opinii nie udało się wprowadzić do polskiego porządku prawnego i w ramach promowania dobrych praktyk takich rozwiązań, które sprzyjałyby eliminowaniu patologii w dysponowaniu środkami publicznymi⁹⁶⁶.

Na gruncie ustawy PZP2004 zasada efektywności ekonomicznej nie była określona wprost, ale obowiązek efektywnego wydatkowania środków publicznych wywodzą z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansowych publicznych⁹⁶⁷. W świetle tego przepisu wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem m.in. zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Potrzeba jej urzeczywistnienia na gruncie prawa zamówień publicznych została wyrażona wprost w Koncepcji nowego prawa zamówień publicznych⁹⁶⁸, gdzie wskazano, że właściwie prowadzone zamówienie publiczne powinno prowadzić do udzielenia zamówienia efektywnego ekonomicznie, zapewniającego najlepszy stosunek nakładów do uzyskanych efektów w wyniku stosowania sprawnej, szybkiej i otwartej na innowacje procedury. Zwrócono uwagę, że zamawiający zbyt małą wagę przywiązują do efektywnego udzielenia zamówienia publicznego, koncentrując się głównie na realizacji norm prawnych regulujących przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia. Korzystanie z instrumentów zawartych w prawie zamówień publicznych powinno zapewniać efektywność budżetową dla zamawiającego (tzw. „inteligentne korzystanie”).

Efektywne zamówienia publiczne związane są zarówno z efektywnością samego zakupu, jak i sposobu jego dokonywania. Sprawne procedowanie w ocenie autorów Koncepcji obniży również koszty po stronie wykonawców, m.in. poprzez stosowanie komunikacji elektronicznej, udzielanie zamówień w odpowiednim trybie, jak również

⁹⁶⁵ Np. P. Nowicki, *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013, s. 10.; M. Wieloński, *Realizacja interesu ...*, s. 35.

⁹⁶⁶ Zob. D. Kijowski, w: D. Kijowski, P. Suwaj, *Patologie w administracji publicznej*, Warszawa 2009, s.20.

⁹⁶⁷ Tak np. M. Jaworska w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s. 107.

⁹⁶⁸ Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, s. 18 (dostęp: 20.03.2022 r.).

ograniczenie nadmiernego żądania dokumentów przez zamawiających. Pozwoli również obniżyć koszty postępowania o udzielenie zamówienia generowane tradycyjnie po stronie zamawiającego, związane z zaangażowaniem pracowników w przygotowanie i przeprowadzenie postępowania oraz z ewentualnymi kosztami postępowań odwoławczych (tzw. koszty administracyjne)⁹⁶⁹.

W toku dyskusji nad kształtem nowych regulacji prawa zamówień publicznych wskazywano jednak, że wprowadzenie do systemu zasady efektywności miało nie być konieczne, gdyż jej wywnioskowanie możliwe było z ogólnej charakterystyki instytucji zamówień publicznych, a tożsama zasada jest już obecna na gruncie przepisów o finansach publicznych⁹⁷⁰.

Obecnie zasada efektywności ekonomicznej wyrażona jest wprost jako obowiązek udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych⁹⁷¹.

Zasada efektywności ekonomicznej została wyrażona w art. 17 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

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

⁹⁶⁹ Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, s. 18 (dostęp: 20.03.2022 r.).

⁹⁷⁰ M. Kania, *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, Kwartalnik PZP 2020, Nr 1, str. 4.

⁹⁷¹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 15.

Rozdziale 2 ustawy PZP jako część przepisów ogólnych, stanowi kierunek wykładni innych przepisów ustawy PZP.

W zakresie najlepszej jakości ustawodawca odnosi obowiązek jej osiągnięcia w odniesieniu do środków, które zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Środki przeznaczone na realizację należałoby utożsamiać z pojęciem „kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”, o której mowa w art 255 pkt 3 ustawy PZP. Kwota ta odnosi się do środków, jakimi zamawiający dysponuje lub będzie dysponował w celu realizacji zamówienia⁹⁷².

Z kolei uzyskanie najlepszych efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych odnoszone jest do poniesionych nakładów. Takie rozróżnienie należy uznać za celowe. O ile jakość przedmiotu zamówienia odnoszona jest do środków finansowych jakimi dysponuje zamawiający, o tyle w przypadku pozostałych efektów możliwość ich realizacji należy odnosić do szerszego pojęcia nakładów. Kwestia jakości nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych jest wprost zależna od posiadanych środków przeznaczonych na realizację zamówienia ale nie tylko. Zamawiający ma obowiązek takiego zaplanowania zakupu, aby dążyć do osiągnięcia optymalnej (najwyższej w danej cenie lub klasie) jakości zakupu z wykorzystaniem najlepszych środków osobowych, technicznych czy organizacyjnych).

Uzyskanie jak najlepszych efektów (w tym społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych) – o ile są one możliwe do uzyskania w stosunku do poniesionych nakładów należy analizować z uwzględnieniem przede wszystkim charakteru i złożoności zamówienia oraz potrzeb zamawiającego, które mają być zaspokojone jego wykonaniem.

Zgodnie z art. 254 pkt 3 ustawy o finansach publicznych, dokonywanie wydatków następuje w granicach kwot określonych w planie finansowym, a ponadto z uwzględnieniem prawidłowo dokonanych przeniesień i zgodnie z planowanym przeznaczeniem. Zasada ta nazywana jest także zasadą zachowania limitów wydatków i oznacza, że dokonywanie wydatków następuje w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Pojęcie należy

⁹⁷² Inaczej M. Jaworska, M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024 s. 106, która uznaje, że: *Osiągnięcie najlepszej jakości powinno mieć miejsce z uwzględnieniem środków, które mogą być przeznaczone na realizację zamówienia (przy czym wydaje się, że nie tylko środków finansowych, ale też np. osobowych, technicznych czy organizacyjnych).*

odnosić do zakresu pojęciowego w ramach regulacji dotyczących finansów publicznych. Nie należy go utożsamiać z nakładami w rozumieniu prawa cywilnego⁹⁷³.

W ramach tej zasady wyróżnia się, składające się na jej treść, zasady szczegółowe⁹⁷⁴. Po pierwsze, zasadę dokonywania wydatków w granicach kwot wynikających z uchwały budżetowej i odpowiednich upoważnień do ich dokonywania. Po drugie, zasadę dokonywania zmian w budżecie tylko w granicach wyznaczonych przez prawo, która wyznacza kompetencje organu wykonującego budżet i zezwala na użycie instrumentów umożliwiających uelastycznienie gospodarki finansowej.

Zgodnie z art. 254 pkt 4 ustawy o finansach publicznych, zlecenie zadań powinno następować na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych, a w odniesieniu do organizacji pozarządowych – z odpowiednim zastosowaniem art. 43 i art. 221 ustawy o finansach publicznych. Zasada ta określana jest także mianem zasady efektywnej realizacji zadań przy pomocy środków budżetowych. W jej świetle wydatki powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, tak aby uzyskać jak najlepsze efekty z danych nakładów⁹⁷⁵.

Zasada efektywności ekonomicznej w obecnym kształcie ma swoje źródło w dyrektywach. Najpierw ograniczenia swobody kontraktowej miały krajowy wymiar normatywny, lecz wraz z postępowaniem integracji europejskiej uzyskały znaczenie transgraniczne⁹⁷⁶.

W odróżnieniu od dotychczasowej regulacji zawartej w dyrektywie 2004/18/WE i wcześniej w przepisach dyrektyw 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG, w których podkreślano przede wszystkim element otwarcia rynku na konkurencję⁹⁷⁷, dyrektywa

⁹⁷³ Problematyka nakładów w rozumieniu kodeksu cywilnego rozważana jest przede wszystkim w kontekście: wynagrodzenia za nakłady poczynione w celu uzyskania pożytków (art. 55 § 2 KC); rozliczenia między samoistnym posiadaczem rzeczy a jej właścicielem (art. 226 KC); przedłużenia okresu trwania użytkowania wieczystego (art. 236 § 2 KC); zwrotu nakładów w przypadku bezpodstawnego wzbogacenia (art. 408 KC); rozkładu obowiązku czynienia nakładów w przypadku użytkowania (art. 259 i 260 KC), zastawu (art. 320 KC), umowy najmu (art. 662 KC), umowy użyczenia (art. 713 KC); obowiązku kupującego w związku z wykonaniem prawa odkupu (art. 594 § 1 KC); zwrotu nakładów poczynionych na zasiewy (art. 706 KC); obowiązków zbywcy spadku (art. 1054 § 2 KC).

⁹⁷⁴ E. Kornberger-Sokołowska, w: E. Ruśkowski (red.), *System prawa finansowego, Tom II, Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, Warszawa 2010, s. 262.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, s. 263.

⁹⁷⁶ R. Szostak, *Umowy...*, s. 10.

⁹⁷⁷ motyw 2 preambuły dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, s. 114), zgodnie z którym *udzielanie zamówień, (...), podlega poszanowaniu zasad Traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada*

2014/24/UE wskazuje również na inne wartości. I tak zgodnie z motywem 2 preambuły zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii "Europa 2020" zawartej w komunikacie Komisji z 03.03.2010 r. zatytułowanym "Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu" jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. Dodatkowo w preambule wskazano, że: *w tym celu należy zmienić i zmodernizować przepisy dyrektywy 2004/18/WE, aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych, oraz aby umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych.*

Taka zmiana podejścia⁹⁷⁸ prowadzi do wniosku, że o ile w przypadku dyrektywy 2004/18/WE jej regulacje należało interpretować przez pryzmat otwarcia rynku, o tyle postanowienia dyrektywy 2014/24/UE wymagają zachowania równowagi pomiędzy konkurencją a innymi wartościami. Zdaniem *W. Hartunga* chodzi o stworzenie mechanizmów niejako wymuszających na zamawiających zachowania racjonalne, efektywne i gospodarne⁹⁷⁹. Wydaje się jednak, że owe mechanizmy należy traktować jako wzmacniające naturalne z punktu widzenia rynkowego zachowań racjonalnych, efektywnych i gospodarnych.

Potrzeba modyfikacji przepisów w celu zwiększenia efektywności wydatków wyrażona wprost w dyrektywie 2014/24/UE wprowadza po raz pierwszy do tekstu dyrektyw często postulowaną w doktrynie ideę, która powinna przyświecać zamówieniom publicznym, tj. *best value for money*, czyli uzyskiwania najlepszych efektów z angażowanych środków. Przy czym Value (efekt) należy rozumieć szerzej niż jedynie otwarcie rynku na konkurencję. To ostatnie traktować należy jedynie jako jeden ze środków prowadzących do osiągnięcia opisanych wyżej i wskazanych w pkt 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE celów.

niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości; wyr. TSUE w sprawie C-285/99 i C-286/99, pkt 84.

⁹⁷⁸ Słowo „podejście” związane jest z pojęciem „nowego podejścia do zamówień publicznych”.

⁹⁷⁹ *W. Hartung, Sposób i granice implementacji nowych dyrektyw o zamówieniach publicznych* Kwartalnik PZP 2016, Nr 1, str. 59 oraz *W. Hartung w: W. Hartung, M. Baglaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, Dyrektywa 2014/24/UE...*, Tytuł I, nb. 5.

P. Nowicki zdefiniował istotę zasady *best value for money* jako taką realizację zamówień, która daje bezpośrednio oszczędności, ale jednocześnie gwarantuje satysfakcjonującą jakość realizacji zamówienia⁹⁸⁰. Realizacja zasady *best value for money* wyraża się w jak najlepszym wykorzystaniu instrumentów prawnych, aby działać w dobrze pojętym interesie publicznym, wybierając rzetelnych wykonawców składających najkorzystniejsze oferty, osiągając oszczędności przy zagwarantowaniu odpowiedniego poziomu jakości satysfakcjonującego w aspekcie zaspokojenia społecznych potrzeb i preferencji⁹⁸¹.

Takie rozszerzone formułowanie celów prawa zamówień publicznych jest efektem procesu rozszerzania wyłącznie zakupowego znaczenia prawa zamówień publicznych wprowadzając elementy pozazakupowe. Jest to wynik dłuższego procesu na gruncie polskim określanego mianem „nowego podejścia do zamówień publicznych”, które oznacza wprowadzenie nowoczesnego systemu zamówień, w którym istotnymi elementami przy udzielaniu zamówień publicznych są: innowacyjność, nowoczesne rozwiązania elektroniczne oraz kryteria ekologiczne i społeczne. Jednym z kluczowych rozwiązań w nowym podejściu jest takie opracowanie dokumentów zamówienia, które pozostawią wykonawcom możliwie dużo swobody w proponowaniu innowacyjnych rozwiązań. W większym stopniu mogą mieć tu zastosowanie tryby inne niż przetarg nieograniczony, a także narzędzia elektroniczne usprawniające proces udzielania zamówień⁹⁸². Wiele z tych postulatów jest już wdrożonych, jednak nadal nie są one dostateczne aby mówić o pełnej realizacji zasady efektywności ekonomicznej w zamówieniach publicznych.

Zatem zamawiający przed udzieleniem zamówienia powinien ustalić, czy może pozwolić sobie na minimalizowanie kosztów, czy też powinien preferować najwyższą jakość i efekty zamówienia, a może lepsze w określonym przypadku będzie bilansowanie kosztów z oczekiwaną jakością i zamierzonymi efektami. Taka analiza powinna być dokonana z uwzględnieniem przede wszystkim charakteru i złożoności zamówienia oraz potrzeb zamawiającego. Stosowanie zasady efektywności – jak zauważa również G.

⁹⁸⁰ P. Nowicki, *Efektywne zamówienia publiczne...*, s. 16.

⁹⁸¹ Podobnie J. Olszewska-Stompel, *Potrzeby i zachowania podmiotów rynku zamówień publicznych a bariery we wdrażaniu zasady best value for money w jednostkach samorządu terytorialnego*, ZP Doradca 2017 nr 4, s. 60 i n.

⁹⁸² Z. Kłoda, D. Koba, A. Panasiuk, M. Szymczak, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, s. 3.

*Matejczuk*⁹⁸³ – oznacza podejście oparte na analizie kosztów i korzyści, a w rezultacie nakierowane na uzyskanie najlepszych efektów z poniesionych nakładów, przy jednoczesnej świadomości, że udzielanie zamówień nie ogranicza się do pozyskania dóbr i usług, ale może – i powinno – stanowić jedno z narzędzi osiągnięcia celów dalej idących, w tym mających wymiar społeczny.

Zasada efektywności jest generalną klauzulą, a jej urzeczywistnienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia przejawiać powinno się przede wszystkim w odpowiednim przygotowaniu tego postępowania⁹⁸⁴. W szczególności zasada ta może być realizowana przez:

- 1) analizę potrzeb i wymagań (art. 83 ustawy PZP);
- 2) wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania (art. 84 ustawy PZP);
- 3) prawidłowy opis przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający rzeczywistym potrzebom zamawiającego z jednoczesnym dążeniem do poszerzenia kręgu wykonawców zdolnych do świadczenia (art. 99 ustawy PZP);
- 4) przemyślane ustalenie niektórych warunków zamówienia, w tym podziału zamówienia na części, uwzględnienie aspektów gospodarczych, środowiskowych, społecznych, związanych z innowacyjnością i zatrudnieniem (art. 91–98 ustawy PZP);
- 5) określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (art. 112 ustawy PZP);
- 6) stosowanie odpowiednich kryteriów oceny ofert, pozwalających na wybór rzeczywiście najkorzystniejszej oferty, a nie tylko najtańszej w krótkim okresie (art. 241–245 ustawy PZP);
- 7) wybór właściwego trybu, adekwatnie do specyfiki nabywanych robót budowlanych, usług lub dostaw, w tym w trybie podstawowym – wybór wariantów umożliwiających negocjacje (art. 129 i 275 ustawy PZP);
- 8) przemyślane projektowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia, w tym możliwe równoważenie praw i obowiązków stron umowy, a także minimalizowanie ryzyk i kosztów realizacji zamówienia (art. 433 i 466 ustawy PZP);

⁹⁸³ G. Matejczuk, *Efektywność – nowa zasada*, *Przetargi Publiczne* 2020, Nr 4, s. 52.

⁹⁸⁴ D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień...*, 2024, s. 55.

- 9) współdziałanie zamawiającego i wykonawcy na etapie wykonania umowy w celu należytej realizacji zamówienia (art. 531 ustawy PZP);
- 10) ewaluację wykonania umowy i wdrożenie wniosków co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień (art. 446 ustawy PZP).

Nie bez znaczenia jest także kwestia właściwego ukształtowania treści zobowiązania wykonawcy w kontekście realizacji zamówienia. Kwestia ograniczeń w zakresie swobody kształtowania treści umowy została omówiona w Rozdziale V rozprawy. W tym miejscu należy podkreślić, że treść dokumentów zamówienia ma wpływ na warunki jego wykonania w tym cenę, ale również, na krąg potencjalnych wykonawców i ich skłonność do podejmowania zobowiązań względem podmiotów publicznych (składania ofert, przystępowania do negocjacji lub zawierania umów). Okoliczność ta jest oczywista z punktu widzenia zasady swobody umów, ale niezmiernie istotna w kontekście efektywności ekonomicznej.

Zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych jest możliwe również dzięki należytej przeprowadzonej ewaluacji realizacji umowy. Dzięki przeanalizowaniu treści umowy oraz sposobu jej realizacji, zamawiający może wdrożyć zmiany mające na celu poprawę procesu zakupowego w odniesieniu do zamówień podobnego typu w przyszłości. Dotychczasowa praktyka została bowiem oceniona przez autorów Konceptji nowego prawa zamówień publicznych negatywnie. Uznali, że w wielu przypadkach zamawiający mimo pojawienia się problemów na etapie realizacji umowy wykorzystują nadal te same specyfikacje, które w kolejnych zamówieniach mogą sprawiać podobne trudności w należytej realizacji zamówień⁹⁸⁵.

Pytanie, czy zasada efektywności ekonomicznej może być uznana za jeden z wyznaczników natury stosunku umownego w umowie w sprawie zamówienia publicznego, pozostaje na razie bez odpowiedzi. Powraca bowiem kwestia – omówiona w początkowej części tego Rozdziału – egzekwowania ograniczeń zasady swobody umów wyznaczonych przez naturę stosunku prawnego. Z jednej strony bezspornym jest, że zaadresowana do zamawiającego zasada efektywności ekonomicznej stoi na straży racjonalnemu wydatkowaniu środków w warunkach uczciwej konkurencji i najlepszego zaspakajania potrzeb publicznych. Czy jednak umowa, która nie gwarantuje realizacji tej zasady może

⁹⁸⁵ Konceptja nowego Prawa zamówień publicznych
https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Konceptja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, s. 58 (dostęp: 20.03.2022 r.).

być unieważniona lub uznana za nieważną tylko z tego powodu? Wydaje się, że nie, dlatego zasada efektywności ekonomicznej może zostać uznana jako ważny składnik natury umowy w sprawie zamówienia, ale jako samodzielna granica swobody kontraktowej.

4. Trwałość stosunku prawnego

Interesującym zagadnieniem są także rozważania czy trwałość stosunku zobowiązaniowego zawartego w wyniku postępowania w sprawie zamówienia można uznać za jeden z elementów jego natury. Jak już wcześniej wspomniano do umów w sprawie zamówienia jako umów cywilnoprawnych, zastosowanie znajdują przepisy zawarte w KC, chyba, że ustawa PZP zawiera przepisy szczególne. Ponieważ niniejsza rozprawa koncentruje się na granicach swobody umów przy ich nawiązywaniu, zagadnienia dotyczące jej rozwiązania zostaną omówione o tyle o ile wpływają na naturę samego stosunku prawnego, a co za tym idzie jego treść i charakter w kontekście trwałości nawiązywanego stosunku prawnego.

W piśmiennictwie podkreśla się, że względnie wiążący charakter większości przepisów KC dotyczących przetargu sprawia, iż możliwe jest odmienne ukształtowanie przez strony wielu aspektów związanych z zawieraniem umowy w tym trybie; wskazuje się, że ta swoboda musi się jednak mieścić w granicach wyznaczanych przez art. 353¹ KC, a w konsekwencji za niedopuszczalne uznaje się np. zastrzeżenie w ogłoszeniu o przetargu prawa odstąpienia od umowy zawartej w wyniku przetargu (art. 395 KC)⁹⁸⁶. Może się zatem wydawać, że teza ta jest tym bardziej aktualna w odniesieniu do zamówień publicznych, gdzie sposób wyboru wykonawcy wyznaczony jest przez szereg norm o charakterze imperatywnym czyniąc całe postępowanie znacznie bardziej formalnym, a trwałość stosunku prawnego określanego mianem zamówienia publicznego stanowi jedną z jego cech charakterystycznych, a być może nawet element jego natury.

Początkowo problematyka rozwiązania umowy leżała całkowicie w domenie prawa krajowego, ale z czasem granice odstępstw od wymogu stabilności umowy oraz ich

⁹⁸⁶ Z. Radwański, P. Machnikowski, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 466.

uzasadnienie kształtowane były pod wpływem orzeczeń europejskich⁹⁸⁷, zapadających na gruncie podstawowych zasad zamówień publicznych⁹⁸⁸.

Ustawa PZP2004 przewidywała możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego jedynie w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy⁹⁸⁹.

Dopiero ostatnio konieczność określenia okoliczności umożliwiających wcześniejsze zakończenie stosunku prawnego dostrzegł również prawodawca unijny. Jak wynika z art. 73 oraz motywu 112 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające napotykały czasami okoliczności, które wymagają wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu przestrzegania obowiązków na podstawie unijnego prawa w dziedzinie zamówień publicznych. Państwa członkowskie powinny zatem zapewnić instytucjom zamawiającym możliwość – na warunkach określonych w prawie krajowym – rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego w okresie jej obowiązywania, jeśli wymaga tego prawo unijne.

W 2016 r. regulacja ta została uzupełniona⁹⁹⁰ poprzez wdrożenie art. 77 dyrektywy 2014/24/UE, zobowiązującej Państwa członkowskie do zapewnienia instytucjom zamawiającym możliwości – przynajmniej w poniższych okolicznościach i na warunkach określonych w przepisach krajowych – rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego w okresie jej obowiązywania, w przypadku gdy:

- 1) umowa została w istotny sposób zmodyfikowana, co zgodnie z art. 72 dyrektywy 2014/24/UE wymagałoby przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia;
- 2) wykonawca znajdował się w momencie udzielenia zamówienia w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, w związku z czym powinien być zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia;

⁹⁸⁷ Por. w szczególności wyrok TSUE z 19.06.2008 r., w sprawie C-454/06, *Press text Nachrichtenagentur GmbH*, ECR2008, I-04401, w świetle którego zasady: równości, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i związany z nimi zakaz obchodzenia warunków (wyniku) przetargu, sprzeciwiają się dopuszczeniu istotnych zmian umowy o zamówienie publiczne.

⁹⁸⁸ R. Szostak, *Umowy...*, s. 219.

⁹⁸⁹ Art. 145 ustawy PZP2024.

⁹⁹⁰ Art. 145a ustawy PZP2004 dodany ustawą z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych i innych ustaw. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020).

3) zamówienie nie powinno zostać wykonawcy udzielone z uwagi na poważne uchybienie zobowiązaniom wynikającym z Traktatów i z niniejszej dyrektywy, które to uchybienie stwierdził TSUE w ramach procedury przewidzianej w art. 258 TFUE.

Mogłoby się zdawać, że wprowadzenie nowych regulacji i to na poziomie unijnym uporządkuje spojrzenie na trwałość stosunku prawnego, tak się jednak nie stało. W doktrynie kwestia ta jest albo zupełnie pomijana, albo traktowana jako zagadnienie nie wymagające pogłębionej analizy, aczkolwiek odmiennie prezentowane przez różnych autorów.

Na jednym biegunie znajdują się poglądy wyrażone m.in. przez *J. Jerzykowskiego*, który wskazuje, że wprowadzenie do ustawy PZP ustawowych podstaw odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia nie wyłącza przesłanek odstąpienia od umowy wynikających z regulacji KC (w szczególności art. 491 KC), czy też możliwości zastrzeżenia umownych podstaw odstąpienia (art. 492 KC)⁹⁹¹. Chociaż autor nie uzasadnia swojego stanowiska, można przypuszczać, że wynika ono z wcześniejszego stanowiska o primacie prawa cywilnego w zakresie umowy w sprawie zamówienia oraz treści art. 8 ustawy PZP, który nakazuje stosowanie przepisów KC wprost, a nie odpowiednio⁹⁹².

Na drugim biegunie można uplasować poglądy wyrażone przez *R. Szostaka*, który opowiada się za zakazem rozwiązywania umów w sprawie zamówień. W jego ocenie zakaz ten dotyczy tylko zamawiających publicznych i wynika z konieczności ciągłego zaspokajania potrzeb zbiorowych stanowiących cel każdego zamówienia publicznego. Obejmuje zakaz rozwiązywania umów w sprawie zamówienia na podstawie zgodnej woli stron, a także zakaz na osłabienie zobowiązania poprzez klauzulę umownego prawa odstąpienia od umowy. Autor podkreśla, że: *Prowadzi to w istocie do ograniczenia swobody kontraktowej w interesie zbiorowym*⁹⁹³. Autor nie charakteryzuje tej granicy swobody umów, w szczególności nie przypisuje jej *stricte* ustawowego charakteru. W treści samej ustawy próżno bowiem szukać normy, która wprost zakazywałaby zamawiającemu zawarcie w umowie klauzul uprawniających strony do jej rozwiązania lub też skorzystania z możliwości złożenia zgodnych oświadczeń woli o zakończeniu stosunku

⁹⁹¹ J. Jerzykowski w. W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel. M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, 2021, s. 1159.

⁹⁹² *Ibidem*, s. 1035.

⁹⁹³ R. Szostak, *Umowy...*, s. 219.

prawnego. Powołuje się natomiast na funkcje odstąpienia jako czynnika osłabiającego zobowiązanie⁹⁹⁴.

W związku z tym autor opowiada się za zakazem zastrzegania prawa odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne w ujęciu art. 395 KC. Zakaz taki nie został wprawdzie sformułowany wyraźnie w prawie polskim, jednak jest on w ocenie autora oczywisty na tle wyjątkowych przypadków jednostronnego rozwiązania umowy przez zamawiającego przewidzianych w art. 456 ustawy PZP. Jednym z argumentów jest tożsamy sposób normowania regulacji dotyczących rozwiązania umowy i jej zmiany. Obowiązywanie tego ograniczenia swobody kontraktowej wywodzi także w drodze *argumentum a fortiori* z art. 455 ust. 1 ustawy PZP, a mianowicie skoro wyraźnie zakazuje się swobodnej zmiany umowy o zamówienie publiczne, to tym bardziej nie wolno jej swobodnie rozwiązywać.

R. Szostak wskazuje, że zastosowanie formuły fakultatywnego rozwiązania umowy przez zamawiającego w przypadkach określonych wprost w ustawie PZP świadczy pośrednio o ogólnym zakazie rozwiązywania umów, ponieważ ustawodawca nie stanowiłby wyraźnie, że umowę „można rozwiązać”, podczas gdy wolno byłoby tego dokonać swobodnie przy braku ustawowego zakazu. Obok społecznej roli zamówień publicznych, wśród argumentów natury celowościowej zaznacza potrzebę dochodzenia wykonania zobowiązania *in natura*, z pierwszeństwem przed ewentualnymi roszczeniami odszkodowawczymi lub innymi żądaniami zastępczymi. W konsekwencji dopuszczenie do swobodnego rozwiązywania umów o zamówienia publiczne, zwłaszcza ze względu na trudności realizacyjne po stronie wykonawcy, prowadziło by w istocie do obejścia wymogu realnego wykonania zobowiązania i ustawowego obowiązku egzekwowania roszczeń⁹⁹⁵.

Szersze przedstawienie przywołanych argumentów stanowi 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. 353¹ KC.

W praktyce niemal wszystkie badane PPU zawierały katalog podstaw odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Do rzadkości należały klauzule pozwalające na odstąpienie od umowy przez wykonawcę. Pojedyncze klauzule umowne dopuszczające

⁹⁹⁴ P. Drapała: *Umowne prawo odstąpienia* w: E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań część ogólna*, Warszawa 2006, s. 938.

⁹⁹⁵ R. Szostak, *Umowy...*, s. 220.

taką możliwość odnosiły się do okoliczności braku zapłaty wynagrodzenia za wykonane już usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tylko w jednej umowie, której przedmiotem był odbiór i transport odpadów, w PPU przewidziano możliwość wypowiedzenia umowy przez każdą ze stron z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia bez konieczności wskazania powodów takiego działania.

Powyższe uprawnia do sformułowania wniosku, że praktyka połączyła zaprezentowane wyżej stanowiska doktryny przyjmując założenie dotyczące trwałości umowy w sprawie zamówienia. Okoliczności uzasadniające odstąpienie obejmują zasadniczo przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, znacznych opóźnień, utraty zdolności do realizacji umowy itp. Można zatem przyjąć, że przełamanie zasady trwałości umowy odbywa się również w interesie publicznym, obejmując sytuacje, gdy w ramach zawartej umowy potrzeby publiczne nie mogą być zaspakajane w sposób niezakłócony.

Powstałe w ten sposób stanowisko pośrednie wskazuje, że korzystanie z ustawowych możliwości rozwiązania umowy oraz formułowanie umownych klauzul w tym zakresie, powinno odbywać się z poszanowaniem trwałości umowy. W związku z tym, rozwiązanie umowy powinno mieć charakter wyjątkowy, podyktowany okolicznościami uniemożliwiającymi jej wykonanie. Można zatem przyjąć, że trwałość umowy jako element natury stosunku prawnego, wyznacza granicę uprawnień korzystania z możliwości rozwiązania umowy.

Za przekroczenie tej granicy uznać należy takie formułowanie PPU, które przyznaje zamawiającemu nieograniczone uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku niewielkich nawet uchybień po stronie wykonawcy. Jako przykład może wskazać na jedną z klauzul zawartą w badanych umowach: *Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od Umowy w przypadku trzykrotnego stwierdzenia nienależytego wykonywania Umowy przez Wykonawcę*⁹⁹⁶. Pomijając problemy interpretacyjne związane z zastosowaniem sformułowania nieostrego „nienależyte”, zasadniczą wadą takiego postanowienia jest przyznanie szerokiego uprawnienia do jednostronnego rozwiązania umowy, w przypadku wystąpienia trzech drobnych nawet uchybień po stronie wykonawcy. Zważywszy, że przedmiotem zamówienia jest odbieranie odpadów z terenu gminy przez 22 miesiące,

⁹⁹⁶ § 15 ust. 4 PPU w postępowaniu Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Białogard w okresie od 1 kwietnia 2024 roku do 31 grudnia 2025 roku.

postanowienie takie tworzy po stronie wykonawcy stan niepewności co do losów umowy, w przypadku nieterminowego odbioru odpadów z trzech nieruchomości.

Dlatego uznanie trwałości stosunku prawnego za element natury stosunku prawnego, prowadzi do wniosku, że wyznacza on granice korzystania przez zamawiającego z prawa do kształtowania postanowień PPU w sposób gwarantujący ciągłe zaspokajanie potrzeb w interesie publicznym oraz możliwość rozwiązania umowy w sytuacjach, gdy cel ten jest zagrożony. Trwałości obejmuje jednak nie tylko interes zamawiającego, lecz powinna gwarantować wykonawcy niezakłócone wykonanie umowy przez okres na jaki została zawarta. Przemawia za tym również zasada niezmienności umowy (ograniczenie możliwości dokonywania zmian umowy), która powoduje, że wykonawca kalkulując cenę oferty bierze pod uwagę wszystkie okoliczności związane z realizacją umowy, w tym czas, który w przypadku świadczeń ciągłych determinuje zakres jego świadczenia.

5. Podsumowanie

Niezależnie od prób sklasyfikowania pojęcia właściwości (natury) stosunku zobowiązaniowego pod kątem treści i cech charakterystycznych, w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie toczy się również dyskusja w kwestii samodzielnego charakteru tej granicy swobody umów czy też charakteru pomocniczego w stosunku do granic wyrażonych jako ustawa i zasady współżycia społecznego. 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 gospodarce⁹⁹⁷. W ten sposób na pierwszy plan wysuwa się cel ochronny, czyli zabezpieczenie środków publicznych przed niecelowym i nieracjonalnym 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. Istniejące mechanizmy rynkowe są uzasadnieniem dla ograniczeń swobody umów, których źródła nie można odczytać wprost z przepisów samej ustawy PZP. Jako jeden z takich czynników 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. W tym celu należy stwarzać nieprzekraczalne granice prawne oraz reguły uczciwej walki konkurencyjnej, która sprzyja kształtowaniu się zrównoważonego rynku, a tym samym służy interesom konsumentów. Z tego samego powodu wzmocnienie zasady uczciwej konkurencji sprzyja efektywności zakupów publicznych. 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

⁹⁹⁷ H. Nowicki, *Economic policies, objectives, and principles of the system of public procurement law*, *Studia Iuridica Toruniensia* 2018, t. 23, s. 203; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 13

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. Wydaje się jednak, że wzmocnienia wymaga szereg mechanizmów gwarantujących realizację tej zasady. Brak skutecznych instrumentów oddziaływania na zamawiającego powoduje, że na ten moment pozostaje ona w sferze wskazówek nie nakazów.

Na zakończenie analizie poddano trwałość stosunku prawnego jako element jego natury. Stanowiły one jednak wstęp do rozważań na temat przyznania lub odmowy przyznania trwałości umowy w sprawie zamówienia charakteru granicy swobody umów wynikającej z jej natury. Bez wątpienia trwałość umowy w sprawie zamówienia stanowi czynnik wyznaczający granice korzystania przez zamawiającego z prawa do kształtowania postanowień PPU w sposób gwarantujący ciągłe zaspokajanie potrzeb w interesie publicznym oraz możliwość rozwiązania umowy w sytuacjach, gdy cel ten jest zagrożony

VIII. Faktyczne ograniczenia swobody umów

1. Wstęp

Poza prawnymi ograniczeniami swobody umów w poszczególnych jej aspektach (swobody tworzenia stosunków prawnych, doboru kontrahenta i określania treści umowy), istnieją także ograniczenia faktyczne. Nie polegają one ani na określeniu granic kompetencji stron, ani na prawnym nakazie czy zakazie korzystania z tej kompetencji, ale na istnieniu rozmaitych zjawisk o charakterze prawnym lub pozaprawnym, które ograniczają rzeczywistą swobodę podejmowania decyzji przez jedną lub obie strony zawierające umowę⁹⁹⁸. Warto jednak podkreślić, że faktyczne granice swobody umów należy odróżnić od sytuacji, gdy dany podmiot korzystając z takiej swobody decyduje się na niezaciągnięcie zobowiązania. O istnieniu faktycznej granicy swobody kontraktowania można mówić w sytuacji, gdy strona chce podjąć zobowiązanie, jednak z przyczyn innych niż ograniczenia wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego, czy właściwości stosunku prawnego tego nie czyni.

W prawie zamówień publicznych faktyczne granice swobody umów są w dużej mierze związane z granicami ustawowymi albo z nich wynikającymi. Trudno w takiej sytuacji jednoznacznie rozgraniczyć ustawowe i faktyczne granice swobody umów. Najogólniej rzecz ujmując za faktyczne ograniczenie swobody umów można uznać sam fakt wyboru kontrahenta w trybach przewidzianych w ustawie PZP, które w ocenie wielu uczestników rynku są zbyt skomplikowane, wymagają szczególnej wiedzy, a wielość wymagań formalnych powoduje, że udział w postępowaniu staje się nader kłopotliwy lub wręcz uciążliwy i przez to kosztowny. Można je porównać do innych wymienianych w literaturze faktycznych granic swobody umów, jak koszty związane z dochowaniem szczególnej formy czynności prawnej, obowiązki podatkowe lub inne koszty okołotransakcyjne⁹⁹⁹.

Trudności sprawia dokonanie dychotomicznego podziału na prawne i pozaprawne granice zasady swobody umów z uwagi na ich wzajemne powiązania i przenikania. Jest to

⁹⁹⁸ A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, s. 554-555.

⁹⁹⁹ J. Niesiołowski, P. Sut, *Prawo publiczne a zasada swobody umów*, w: L. Leszczyński (red.), *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*, Lublin 1999, s. 198 i n.

szczególne widoczne w prawie zamówień publicznych, gdzie ograniczenia prawne w postaci formalizmów proceduralnych wpływają na faktyczną chęć udziału wykonawców w postępowaniach.

2. Faktyczna nierównorzędność stron umowy

Praktyczne znaczenie faktycznych granic swobody umów jest tak samo doniosłe jak granic normatywnych, a w niektórych branżach może być nawet pierwszorzędne. W prawie zamówień publicznych ograniczenia faktyczne mają istotne znaczenie na etapie zawierania umów. Na szczególną uwagę zasługują mechanizmy rynkowe, które wpływają na decyzje o udziale w rynku kontraktów publicznych. Przykładowo, dobra koniunktura na rynku powoduje odpływ podmiotów z rynku zamówień publicznych, a każdy kryzys lub jego widmo powoduje skierowanie wykonawców ku rynkowi publicznemu. Powodów takiej sytuacji może być wiele. Wymienia się tu np. skomplikowanie procedury zakupowej, wprowadzenie szeregu wymogów formalnych, wysokie kary umowne, elektroniczną zamówień publicznych, małą elastyczność umowy w sprawie zamówienia itp.¹⁰⁰⁰ Z drugiej strony istotnym elementem faktycznym wpływającym na podejmowanie decyzji o udziale w rynku publicznym jest jego pewność, czyli małe ryzyko związane z niewypłacalnością kontrahenta lub wcześniejszym zakończeniem stosunku prawnego.

W doktrynie wśród faktycznych granic swobody umów na pierwszym miejscu wymienia się zjawisko faktycznej nierównorzędności stron zawierających umowę¹⁰⁰¹. W prawie zamówień publicznych zjawisko to można rozważać w kontekście samej definicji zamawiającego i katalogu podmiotów zaliczanych do kręgu zamawiających. Są to przede wszystkim podmioty publiczne (zamawiający publiczni), spółki powoływane przez zamawiających publicznych wykonujące określoną działalność, głównie spółki skarbu państwa (zamawiający sektorowi¹⁰⁰²) lub podmioty korzystające ze środków publicznych (zamawiający subsydiowani). Przesądziwszy, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną charakteryzującą się m.in. formalną równością

¹⁰⁰⁰ M. Gadomski, *Coraz mniej ofert w przetargach publicznych. Resort stawia na negocjacje i dialog* <https://www.portalsamorzadowy.pl/finanse/coraz-mniej-ofert-w-przetargach-publicznych-resort-stawia-na-negocjacje-i-dialog,109277.html> (dostęp 27.03.2023 r.).

¹⁰⁰¹ A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, s. 555.

¹⁰⁰² Do grona zamawiających sektorowych zalicza się także inne podmioty, jeśli wykonują działalność sektorową na podstawie praw szczególnych i wyłącznych.

stron, nie można stracić z pola widzenia, że jedną jej stroną jest szeroko rozumiany podmiot publiczny, który poprzez zawarcie umowy realizuje najczęściej cel publiczny. Drugą stroną umowy jest wykonawca, czyli podmiot, który decyduje się na wykonywanie umowy (realizację celu publicznego) dla osiągnięcia zysku. Już sam ten fakt może być powodem faktycznej nierówności stron. Różne motywy zawarcia umowy mogą sytuować strony w różnej pozycji kontraktowej, przez co nie zawsze zbieżny będzie cel ich działania. Celem podstawowym jest zawarcie i zrealizowanie umowy, jednak brak elastyczności procedur i samej umowy powodują często, że na etapie jej wykonywania dążenia stron mogą się różnić. Przykładowo zamawiający zainteresowany jest dalszym niezakłóconym wykonywaniem umowy w cenie zaoferowanej przez wykonawcę, a ten ostatni podwyższeniem wynagrodzenia lub obniżeniem jakości świadczeń z uwagi na zmianę realiów rynkowych.

Trudno jednoznacznie przesądzić, która ze stron jest stroną słabszą. Z jednej strony bowiem podmiot publiczny, który nie jest przedsiębiorcą (co do zasady) nabywa dobra (dostawy, usługi, roboty budowlane) na rynku profesjonalnym, będąc w tym kontekście stroną słabszą. Z drugiej strony zamawiający został wyposażony w szereg narzędzi, które mają gwarantować, że umowa zostanie zawarta z podmiotem zdolnym do wykonania umowy (warunki udziału w postępowaniu), rzetelnym i wiarygodnym (podstawy wykluczenia), oferującym świadczenie odpowiadające oczekiwaniom zamawiającego (podstawy odrzucenia oferty) o odpowiedniej jakości i we właściwej cenie (kryteria oceny ofert, podstawy odrzucenia oferty). Narzędzia te wpływają na pozycję wykonawcy w postępowaniu, dla którego często jedyną drogą do korygowania nadmiernych wymagań lub błędnych ocen zamawiającego jest droga sądowa.

Te i wiele innych okoliczności powoduje, że równość stron umowy w sprawie zamówienia ma w dużej mierze charakter formalny. Materialna równość stron jest natomiast „wymuszana” wieloma rozwiązaniami legislacyjnymi (np. art. 431 ustawy PZP nakazującymi współdziałanie stron, art. 433 ustawy PZP, czyli katalog tzw. klauzul abuzywnych, art. 439 ustawy PZP obowiązek wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych), wzbogacającymi z biegiem lat katalog ustawowych granic swobody umów.

Faktyczna granica swobody umów może polegać na przewadze ekonomicznej jednej strony nad drugą, co powoduje, że zawarcie konkretnej umowy dla tej strony ma mniejsze znaczenie niż dla jej kontrahenta, a zatem może ona wywierać na niego presję w kierunku zawarcia umowy o określonej treści (a przynajmniej korzysta z tego, że dla

kontrahenta zawarcie umowy jest zdarzeniem silniej pożądanym)¹⁰⁰³. Mechanizm ten jest widoczny także w prawie zamówień publicznych, przy czym również w tym kontekście nie można jednoznacznie określić, że jedna ze stron jest stroną silniejszą, w szczególności nie zawsze będzie nią zamawiający. Wystarczy wskazać zamówienia na dostawę i dystrybucję energii elektrycznej, dostawę gazu, usługi pocztowe i wiele innych, gdzie słabszą stroną jest zamawiający, który związany wymogami przeprowadzenia postępowania w sposób określony w przepisach ustawy PZP, nie ma możliwości pozyskania kontrahenta w inny sposób, np. w toku negocjacji. Niekiedy prowadzenie postępowania w celu wyłonienia wykonawcy kończy się fiaskiem z braku ofert, a zamawiający zmuszony jest do skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, który jest znacznie mniej sformalizowany. To jednak nie niweluje odmiennego postrzegania pozycji zamawiającego jako specyficznego kontrahenta związanego wieloma wymogami formalnymi, które rzutują na sytuację drugiej strony umowy.

W niektórych przypadkach tak ukształtowana pozycja zamawiającego staje się wręcz przeszkodą do zawarcia umowy. W takich sytuacjach ustawodawca poszukuje niekiedy możliwości wyrównania faktycznej pozycji stron poprzez wyłączenie danego zakupu spod obowiązku zawarcia umowy w trybach przewidzianych w ustawie PZP. Przykładem takim jest wyłączenie obejmujące zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznym przez biblioteki lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności. Wyłączenie takie po raz pierwszy wprowadzono w 2016 r. uzasadniając, konieczność jego przyjęcia wskazując, że instytucje kultury organizując wystawę, znając jakość i profesjonalizm artysty chcą właśnie jego prac, a ogłoszenie postępowania przetargowego, tj. stosowanie prawa zamówień publicznych, tego nie gwarantuje. Ze względu na indywidualny charakter każdej wystawy i renomę artystów należy mieć pewność co do profesjonalnego wykonania prac w celu osiągnięcia oczekiwanego efektu. Autorzy prezentowanych dzieł dokonują aranżacji wystawy do ostatniej chwili, nie jest więc możliwe ściśle określenie zakresu planowanych do wykonania prac. Tym samym

¹⁰⁰³ A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, s. 555.

wybór wykonawcy w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie gwarantuje osiągnięcia celu zakładanego przez instytucje kultury, jakim jest organizacja profesjonalnej wystawy, a w skrajnych przypadkach może skutkować opóźnieniem jej otwarcia¹⁰⁰⁴. Co więcej w przypadku zamówień objętych ww. wyłączeniem niedostateczne byłoby zastosowanie nawet najmniej rygorystycznego z trybów tj. zamówienia z wolnej ręki, gdyż nawet w tym przypadku obowiązki proceduralne związane ze sporządzeniem odpowiednich dokumentów, a w szczególności konieczność opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z podaniem wartości umowy (np. wynagrodzenia artysty) mogłoby stać się faktyczną przeszkodą do zawarcia umowy, np. w przypadku wynegocjowania wyjątkowo korzystnych warunków, których artysta nie chce ujawniać. W ten sposób faktyczne ograniczenia swobody umów legły u podstaw ingerencji ustawowej, prowadzącej do wyłączenia stosowania ustawy PZP w określonych sytuacjach.

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)¹⁰⁰⁵. Takie faktyczne ograniczenia zasady swobody umów tworzą się na gruncie pozaprawnym i wynikają najczęściej z mechanizmów rynkowych. W prawie zamówień publicznych wyposażenie jednej ze stron w uprawnienia i zarazem obowiązek przygotowania projektowanych postanowień umownych ma swoje źródło w ustawie. Niezależnie od tego, czy zostanie mu nadany charakter porządkowy, czy materialnoprawnego upoważnienia do jednostronnego określania przyszłych relacji stron umowy, sposób korzystania z tego uprawnienia przyczynił się do powstania faktycznych granic swobody umów. Ich źródłem jest także kształtowanie przez zamawiających projektowanych postanowień umowy, które na uprzywilejowanej pozycji sytuują właśnie zamawiającego.

Zjawisko nierówności stron jest w gospodarce wolnorynkowej uznawane za naturalne. Nienaturalne jest natomiast dążenie do wyrównania pozycji stron umowy, niezależnie od okoliczności. Ingerencja prawa ma na celu zapobieżeniu sytuacjom patologicznym, czego wyrazem są właśnie granice swobody umów. Z uwagi na charakter umowy w sprawie zamówienia na pierwszy plan wysuwa się wymiar ekonomiczny i

¹⁰⁰⁴ Uzasadnienie rządowego projektu o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencji druk sejm. nr 1638, s. 14-15.

¹⁰⁰⁵ A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, Warszawa 2020, s. 555.

gospodarczy zasady swobody umów (na drugim planie pozostawiając aspekty moralne związane z wolnością czy godnością). Dlatego ustawowa ochrona słabszej strony stosunku zobowiązaniowego w tym przypadku koncentruje się wokół aspektów gospodarczych.

Gorzką diagnozę systemu zamówień publicznych stawia *R. Szostak*, twierdząc, że nawet w sferze mniejszych zamówień nadal *panuje stagnacja, podpierana nadzieją łączoną z samoczynnym działaniem mechanizmów konkurencyjnych, której towarzyszy złudna wiara w dobre intencje instytucji zamawiających w kierunku dostatecznej stymulacji i ochrony uczciwej konkurencji*¹⁰⁰⁶. Autor poszukuje również antidotum, wskazując na potrzebę złagodzenia wymagań proceduralnych, zniesienia niepotrzebnych i odstrasających barier formalnych oraz bezwzględne przestrzeganie zasady poddawania każdego zamówienia mechanizmom konkurencji z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, a także stabilizację prawa i jego wykładni. Wydaje się jednak, że są to remedia niewystarczające tak długo, jak długo nie zostaną wyeliminowane bariery faktyczne, które tworzone są przez samych zamawiających, którzy formalnie w granicach prawa niweczą korzystne rozwiązania ustawowe, czy nawet systemowe. Dość wspomnieć o nowej w prawie zamówień publicznych instytucji waloryzacji wynagrodzenia, której celem jest wyrównywanie faktycznych nierówności stron, jakie mogą powstać w toku wykonywania umowy, w związku ze zmianami sytuacji rynkowej¹⁰⁰⁷. Określane na jej podstawie klauzule waloryzacyjne w praktyce okazują się być niewystarczające, a zamawiający koncentrują się na wypełnieniu obowiązków ustawowych co do elementów samej klauzuli, nie na jej realności w okolicznościach zawierania i realizacji umowy.

Analiza treści PPU badanych postępowań, wskazuje, że przeważająca część klauzul waloryzacyjnych utrudnia lub wręcz uniemożliwia wprowadzenie zmian wynagrodzenia. Jest to, w dużej mierze, spowodowane ich niejasnością oraz warunkowym charakterem. Rzadko zamawiający decydują się na wprowadzenie klauzuli pozwalającej na

¹⁰⁰⁶ R. Szostak, *O niektórych postulatach zmian w prawie zamówień publicznych*, w: M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych (monografia naukowa)*, Warszawa 2018, s. 79.

¹⁰⁰⁷ Jak czytamy w uzasadnieniu do projektu ustawy PZP: *Wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahanom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84.*

automatyczną zmianę wynagrodzenia, częściej waloryzacja oparta jest na skomplikowanej procedurze wymagającej od wykonawcy uzasadnienia zmiany kosztów i ostatecznej zgodzie zamawiającego, która zastrzega sobie prawo do oceny wniosku.

3. Siła negocjacyjna stron umowy w świetle ustawy PZP

Jednym z istotnych faktycznych ograniczeń swobody umów może być siła negocjacyjna stron umowy¹⁰⁰⁸. Z jednej strony jest ona związana z wyposażeniem stron w odpowiednie narzędzia, takie jak wiedza prawna, umiejętności, odpowiedni personel, z drugiej z samą konstrukcją postępowania w sprawie udzielenia zamówienia i formalną pozycją jego stron. W celu wyrównania formalnych nierówności w tym zakresie ustawa PZP wprowadza instytucję wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, która w praktyce, w postępowaniach przetargowych może przybrać formę quasi-negocjacyjną. Wykonawcy korzystają z niej w celu zaproponowania zmian projektowanych postanowień umowy zawartych w dokumentach zamówienia.

Przypomnieć warto, że zgodnie z art. 135 ustawy PZP wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Jednym z obligatoryjnych elementów SWZ są projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP). W ten sposób w szeroko rozumianych trybach przetargowych mechanizm ten jest podstawową formą, która daje wykonawcy możliwości wpływu na treść przyszłej umowy.

Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień w odpowiednim czasie przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do niego w określonym terminie¹⁰⁰⁹. Termin, w jakim zamawiający musi udzielić odpowiedzi ma na celu zagwarantowanie wykonawcom odpowiedniego czasu na

¹⁰⁰⁸ A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 557.

¹⁰⁰⁹ Zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy PZP zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert (albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione), pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 (albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert, jeśli został on skrócony z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia). W art. 135 ust. 6 ustawy PZP wskazano skutki niedochowania terminu na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ. W takiej sytuacji zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ oraz obowiązku przedłużenia terminu składania ofert.

zapoznanie się z wyjaśnieniami i ich uwzględnienie, a jeśli to konieczne również skalkulowanie w cenie oferty. Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach określonych w ustawie PZP, przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert¹⁰¹⁰. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania¹⁰¹¹.

Treść przepisu jednoznacznie wskazuje, że złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ jest uprawnieniem, nie obowiązkiem wykonawcy. Jednak to, czy wykonawca skorzystał ze swego uprawnienia w tym zakresie, czy też nie, może mieć - i często ma - znaczenie w przypadku sporów interpretacyjnych z zamawiającym na etapie badania i oceny ofert (np. w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu) lub na etapie wykonywania zamówienia¹⁰¹². W orzecznictwie KIO można napotkać pogląd, że wykonawca nie może powoływać się na domniemane nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia, o których wyjaśnienie nie wnioskował. Niezwrócenie się o wyjaśnienie treści SWZ może zdaniem Izby uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (art. 355 § 2 KC), co z kolei może prowadzić do przyjęcia niekorzystnej dla wykonawcy interpretacji określonego postanowienia SWZ¹⁰¹³.

¹⁰¹⁰ Jak wynika z art. 135 ust. 4 ustawy PZP przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, który liczony jest zawsze w odniesieniu do pierwotnie ustalonego terminu składania ofert.

¹⁰¹¹ W braku legalnej definicji pojęcia „strona internetowa prowadzonego postępowania” znaczenie tego pojęcia w praktyce rodzi pewne wątpliwości. W kontekście publikacji wyjaśnień treści SWZ można dostrzec pewną niekonsekwencję ustawodawcy w posługiwaniu się siatką pojęć. W treści art. 135 ust. 6 ustawy PZP mowa jest o udostępnianiu wyjaśnień na stronie internetowej prowadzonego postępowania. W art. 134 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP wskazano, że zamawiający określa w SWZ adres strony internetowej prowadzonego postępowania, a także adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Może to sugerować, że mogą to być dwie różne strony internetowe. Z kolei art. 135 ust. 6 ustawy PZP nakazuje udostępnianie wyjaśnień na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 134 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP), nie wprost na stronie, na której publikowane są wyjaśnienia (art. 134 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). Szersze rozważania na ten temat wykraczają poza zakres rozprawy, dlatego zostaną pominięte. Wydaje się, że intencją ustawodawcy było, aby wyjaśnienia treści SWZ były upublicznione w tym samym miejscu, w którym SWZ, czyli na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Ustawodawca przewidział również wyjątki, które dotyczą przypadków (wyjątkowych i ściśle określonych w ustawie PZP) obejmujących sytuacje, gdy zamawiający nie może udostępnić części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 ustawy PZP lub z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w SWZ. W takiej sytuacji wyjaśnienia SWZ przekazywane są wykonawcom, którym przekazano SWZ.

¹⁰¹² R. Prusowski, *Wyjaśnienia a modyfikacje treści specyfikacji warunków zamówienia Wyjaśnienia / Interpretacje*, ZP Doradca 2020, Nr 12, s. 44.

¹⁰¹³ Tak np. KIO w wyr. z 29.04.2022 r., KIO 1001/22, Legalis nr 2716127: *Wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji budzi jego wątpliwości – uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy – powinien co najmniej,*

O ile sama idea dezaprobaty dla powoływania się na kolejnych etapach postępowania na okoliczności, które wykonawca mógł podnieść już w fazie analizy treści SWZ i kształtowania oferty, wydaje się być słuszna, o tyle nie powinna być stosowana bezwzględnie jako argument, który świadczy o braku zastrzeżeń do treści projektowanych postanowień umowy. Skoro to zamawiający jest autorem projektu umowy, to należy stosować zasadę *in dubio contra preferentem*. Również KIO w swoim orzecznictwie podkreśla konieczność stosowania tej zasady w prawie zamówień publicznych ukazując związek genetyczny analizowanej reguły z dyrektywą wykładni *contra proferentem*¹⁰¹⁴, która zgodnie z zapatrywaniem przedstawicieli doktryny powinna być stosowana powszechnie, także w profesjonalnym obrocie handlowym, ponieważ ryzyko wieloznaczności wyrażen powinien ponosić ten, kto wyrażenia formułował¹⁰¹⁵.

Takie uzasadnienie dla analizowanej reguły *in dubio* potwierdza stanowisko SN, który w wyroku z dnia 04.07.2019 r., IV CSK 363/18¹⁰¹⁶, wskazał, że: to na zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację (osobiście lub za pomocą osób trzecich). Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji.

Oslabienie faktycznej, a nie prawnej, pozycji wykonawcy „wyrównuje się” ustawowym jego uprawnieniem do zaskarżenia niedogodnych warunków zamówienia w trybie odwoławczym, w tym krzywdzących postanowień projektowanej umowy, jednak tylko w oparciu o kryterium legalności¹⁰¹⁷.

przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 135 ust. 1 ww. ustawy, zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów, jakie ma spełnić. Brak zadania pytań w razie niejasności treści dokumentacji postępowania może świadczyć o niedochowaniu należytej staranności przez wykonawcę.

¹⁰¹⁴ Tak np. KIO w wyr. z 26.09.2023 r., KIO 2572/23, Legalis nr 3016908.

¹⁰¹⁵ Z. Radwański, *Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom*, Wrocław 1992, s. 133-134.

¹⁰¹⁶ Legalis nr 1968997.

¹⁰¹⁷ W. Robaczyński, *Stosowanie instrumentów...*, s. 140 i n.

W praktyce, instytucje wniosków o wyjaśnienie treści SWZ oraz odwołań wobec treści SWZ nie są częste. W 60% spośród 35 analizowanych postępowań, których przedmiotem był odbiór i transport lub odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, wykonawcy nie zwracali się z wnioskami o wyjaśnienie treści SWZ. W części postępowań, pomimo takich wniosków, Zamawiający dokonywał modyfikacji treści SWZ eliminując drobne rozbieżności lub nieścisłości. W pozostałych 40% pytania dotyczyły opisu przedmiotu zamówienia oraz PPU. W jednym przypadku wykonawca korzystał ze środków ochrony prawnej¹⁰¹⁸. W postępowaniach, których przedmiotem są dostawy wnioski o wyjaśnienie treści SWZ pojawiały się jeszcze rzadziej i dotyczyły najczęściej opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy wnioskowali o zmianę parametrów opisu przedmiotu zamówienia, możliwość zaoferowania produktów równoważnych lub zamiennych. Do rzadkości należały odwołania wobec treści SWZ oraz wnioski o wyjaśnienie lub zmianę umowy. W postępowaniach, których przedmiotem były roboty budowlane, wykonawcy częściej- niż miało to miejsce w postępowaniach na dostawy i usługi – zwracali się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Wnioski dotyczyły opisu przedmiotu zamówienia oraz treści PPU. Jednak również w tym przypadku wykonawcy ograniczali się do kilku zaledwie pytań, często obejmujących etapy odbiorów lub kary umowne.

Analiza treści PPU badanych postępowań wskazuje, że wykonawcy rzadko wnioskują o wyjaśnienie lub zmianę SWZ nawet wówczas, gdy warunki wykonywania umowy są dla nich niekorzystne (np. PPU przewiduje wysokie kary za opóźnienie, postanowienia dotyczące waloryzacji nie pozwalają na realną zmianę wynagrodzenia, nawet w przypadku znaczących zmian cen materiałów lub kosztów). Może to wynikać z przekonania o tym, że zamawiający nie będzie skłonny co dokonania zmian lub niedostatecznie wnikliwym zapoznaniem się z postanowieniami PPU.

4. Inne przejawy faktycznych granic swobody umów

Do ograniczeń faktycznych zaliczany jest również czynnik nierówności wiedzy o prawnych i ekonomicznych skutkach umowy, typowa w przypadku zawierania umowy

¹⁰¹⁸ Dodatkowo w jednym postępowaniu odwołania dotyczyły treści SWZ, w drugim wykonawcy, nie korzystali z możliwości zadawania pytań ani odwołania względem treści SWZ, przez co na dalszym etapie postępowania stwierdzono nieusuwalną jego wadę, która doprowadziła do unieważnienia postępowania.

między profesjonalistą a osobą, która daną dziedziną spraw nie zajmuje się na co dzień¹⁰¹⁹. W prawie zamówień publicznych czynnik ten można uznać za istotny, z uwagi na stopień sformalizowania procedury zawierania umowy. Dotyka on przede wszystkim podmioty z sektora MŚP, które w większości państw członkowskich UE borykają się z różnymi ograniczeniami – od dostępu do finansowania, po ograniczone zasoby ludzkie, które mogą utrudniać spełnienie wymagań formalnych i merytorycznych związanych z procedurami zamówień publicznych¹⁰²⁰. Po uwzględnieniu sytuacji podmiotów z sektora MŚP niektóre kraje wprowadziły do przepisów regulujących procedury udzielania zamówień publicznych rozwiązania mające na celu wspieranie udziału tych przedsiębiorstw. Dotyczą one podziału zamówienia na części lub kreują mechanizmy preferujące podmioty z sektora MŚP poprzez stosowanie preferencji cenowych czy przeznaczanie minimalnego udziału w całkowitych lub konkretnych zamówieniach dla MŚP¹⁰²¹.

Problemy sektora MŚP na rynku zamówień publicznych stanowią szerokie zagadnienie, które doczekało się kompleksowego omówienia¹⁰²². W tym miejscu warto jednak nadmienić, że pozycja podmiotów z tego sektora jest przedmiotem szczególnego zainteresowania KE, która postrzega je jako niezbędne do tworzenia wzrostu gospodarczego i miejsc pracy w celu przezwyciężenia kryzysu gospodarczego¹⁰²³. W praktyce jednak sektor ten nie jest dostatecznie reprezentowany na europejskim rynku zamówień publicznych¹⁰²⁴.

Sytuacji tej nie odzwierciedla jednak sytuacja na rynku polskim. W 2021 r. w Polsce około 58% (w latach wcześniejszych ok. 65%) składanych ofert pochodziło od wykonawców z sektora MŚP. Największym zainteresowaniem tej grupy przedsiębiorców cieszyły się zamówienia na usługi – 78% złożonych ofert. Z kolei w postępowaniach na roboty budowlane i dostawy odsetek ofert od MŚP wynosił odpowiednio 77% oraz 50%.

¹⁰¹⁹ A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego...*, s. 555.

¹⁰²⁰ A. Piwowarczyk, *Ograniczenia...*, Rozdział III pkt 3, W. Nielsen, *Technical report: Policies that promote SME participation in public procurement. Business Environment Working Group (Donor Committee for Enterprise Development)*, Paris 2017: OECD, [enterprise-development.org/wp-content/uploads/DCED-BEWG-SME-Procurement](https://www.enterprise-development.org/wp-content/uploads/DCED-BEWG-SME-Procurement), s. 33 (dostęp: 20.03.2023 r.).

¹⁰²¹ S. White, *Technical report: Creating Better Business Environments for Micro and Small Enterprises*, Paris, OECD 2018, s. 24, <https://www.enterprise-development.org/wp-content/uploads/DCED-BEWG-BER-and-MSEs-Report-FINAL.pdf> (dostęp: 22.04.2023 r.).

¹⁰²² A. Piwowarczyk, *Ograniczenia udziału...*, Rozdział III pkt 3.

¹⁰²³ B. Pircher, *EU public procurement policy: the economic crisis as trigger for enhanced harmonisation*, *Journal of European Integration* 2019, Nr 42(4), s. 509-525.

¹⁰²⁴ T.O. Akenroye, J.D. Owens, J. Elbaz, O.A. Durowoju, *Dynamic Capabilities for SME Participation*, *Public Procurement, Business Process Management Journal* 2020, iss. 4, s. 857-888; M. Trybus, M. Andrecka, *Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/UE*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2017, iss. 3, s. 224-238.

Oferty złożone przez przedsiębiorców z sektora MŚP uznano za najkorzystniejsze ogółem w 69% postępowań (w latach wcześniejszych w ok. 62%), a 49% ogólnej wartości stanowiła kwota udzielonych im zamówień (wcześniej 48%)¹⁰²⁵.

Nie dokonując pogłębionej diagnozy tego zagadnienia, można jednak pokusić się o wnioski częściowe, wypływające z analizy samych granic swobody umów oraz doświadczeń własnych. Czynnikiem zniechęcającym podmioty z sektora MŚP do ubiegania się o zamówienia publiczne są bariery proceduralne, w tym złożoność dokumentów zamówienia oraz mała elastyczność umowy w sprawie zamówienia. Istotną barierą jest również wielkość świadczenia oraz wymagania finansowe, zarówno na etapie samego postępowania (wadium, warunki zdolności finansowej i ekonomicznej) jak i wykonywania umowy (brak zaliczkowania umów lub obwarowanie zaliczek obowiązkiem ustanowienia gwarancji, brak płatności częściowych lub takie ich ukształtowanie, które powoduje przerzucenie większości finansowych ciężarów wykonania umowy na wykonawcę), a także brak realnych klauzul waloryzacyjnych.

Wszystkie te czynniki stają się faktycznymi granicami kontraktowania, których przewyższenie może następować poprzez dążenia do odformalizowania, skrócenia i uproszczenia postępowania. Jednak sama ich natura powoduje, że dążenie do ustawowego eliminowania negatywnych czynników pozaprawnych może doprowadzić do wprowadzenia kolejnych ograniczeń swobody umów. Przykładem może być art. 91 ust. 2 ustawy PZP, który w celu ochrony udziału w postępowaniu podmiotów z sektora zamówienia MŚP, wprowadza obowiązek wskazania w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części, tak aby dostosować zakres zamówienia na jaki można złożyć ofertę do możliwości tego sektora. Jednocześnie jednak ustawowo ograniczono swobodę zamawiającego w decydowaniu czy zamówienia udzielić w całości czy w częściach dając pierwszeństwo dążeniu do jego podzielenia.

5. Podsumowanie

Dlatego faktyczne granice swobody umów jako wyraz tendencji rynkowych, społecznych i należy traktować jako immanentny element samej swobody. Ich

¹⁰²⁵ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r., <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrow>, s. 35 (dostęp 06.04.2023 r.).

występowanie jak papierek lakmusowy wskazuje na kierunki i tendencje rozwoju gospodarki i nastroje społeczne. Stąd też przedmiotem zainteresowania nauki może być przede wszystkim ich obserwowanie, a dopiero w skrajnych przypadkach eliminowanie.

Wydaje się, że pogłębione badanie przyczyn i skutków faktycznych granic swobody umów przynależy do nauk społecznych i ekonomicznych. Wyniki tych badań i wnioski mogą być doskonałą wskazówką dla ustawodawcy przy projektowaniu kolejnych zmian regulacji prawnych w obszarze prawa zamówień publicznych.

Respektując konieczność ochrony stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, można jednak sformułować ostrożny postulat odformalizowania procedury wszędzie tam, gdzie jest to tylko możliwe. Nierzadko przyczyny odejścia wykonawców z rynku kontraktów publicznych mają charakter czysto faktyczny. Można tu wymienić: częste zmiany prawa, niestabilność orzecznictwa, niejednorodną interpretację przepisów przez poszczególnych zamawiających. Takich barier faktycznych nie sposób przezwyciężyć zmianami przepisów, konieczne są również działania edukacyjne skierowane do wszystkich uczestników rynku.

Zakończenie oraz wnioski końcowe

1. Celem niniejszej rozprawy była analiza granic swobody zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego, a w konsekwencji nawiązywania stosunku prawnego regulowanego w prawie zamówień publicznych. Przeprowadzona analiza regulacji prawnej swobody umów w sprawie zamówienia przy ich zawieraniu i kształtowaniu treści, a także dorobku nauki prawa i orzecznictwa w tym obszarze, doprowadziła do sformułowania wniosków końcowych.

2. Na wstępie przedstawiono ogólne **rozważania na temat cywilnoprawnych i administracyjnoprawnych aspektów prawa zamówień publicznych**. Celem tych rozważań było przybliżenie złożoności regulacji prawnych odnoszących się do zamówień publicznych w kontekście jego przynależności do prawa prywatnego lub publicznego. Zamówienia publiczne to odpłatne umowy majątkowe zapewniające niezbędne do realizacji zadań publicznych dostawy, usługi lub roboty budowlane, spełniające dwojaką rolę. Z jednej strony stanowią narzędzie realizacji potrzeb publicznych oraz ochrony środków publicznych, z drugiej stają na straży realizacji jednej z podstawowych zasad gwarantujących równy dostęp do rynku zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji. Analiza argumentów podnoszonych w doktrynie pozwala na przyjęcie, że zamówienia publiczne jako umowy, w pierwszej kolejności podlegają zasadom prawa cywilnego, także w zakresie ich udzielania w ramach instrumentalnych stosunków przedkontraktowych. Przede wszystkim liczą się tu zasady równorzędności stron oraz poszanowania dla ich autonomicznej woli, a także stanowiąca ich prostą konsekwencję zasada swobody kontraktowej¹⁰²⁶. Oparta na zasadzie konsensu, choć przyodziana w sztywną zbroję proceduralną wola stron pozostaje decydującym czynnikiem przy kształtowaniu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w obecnym stanie prawnym należy uznać za rozstrzygające o jego przynależności umów o zamówienie do prawa prywatnego.

Konieczność zagwarantowania celowości oraz dostatecznej efektywności i równego dostępu do zamówień finansowanych ze środków publicznych wymusza jednak istotne ograniczenia swobody kontraktowej, w interesie publicznym¹⁰²⁷. Przybierają one charakter ograniczeń normatywnych w postaci różnych nakazów (np. zastosowania

¹⁰²⁶ K. Padrak, *Zasada swobody...*, s. 70-74.

¹⁰²⁷ *Ibidem*.

ustawowo określonej procedury przetargowej, ukształtowania określonych postanowień umownych) albo zakazów (np. zawarcia umowy z podmiotem innym niż wyłoniony w odpowiedniej procedurze, wprowadzania do PPU tzw. klauzul abuzywnych). Nie wpływają one jednak na samą typologię i kwalifikację prawną umów o zamówienia publiczne, ponieważ w ramach swobody kontraktowej ustawa działa jedynie uzupełniająco względem pierwszoplanowej woli stron (por. np. art. 56 KC).

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.

3. Opowiedzenie się za przynależnością prawa zamówień publicznych do prawa cywilnego i nadanie umowie w sprawie zamówienia publicznego cywilnoprawnego charakteru stanowiło wstęp do rozpoczęcia dalszych rozważań na temat **znaczenia samego pojęcia zamówienie publiczne** i zarazem wyznaczenia cech charakterystycznych dla prawa zamówień publicznych i samej umowy o zamówienie. Analiza ustawowej i doktrynalnej definicji zamówienia publicznego prowadzi do wniosków, że uznanie danej umowy za zamówienie publiczne nie jest domeną woli stron (czyli nie podlega swobodzie umów). Uznanie umowy za zamówienie publiczne jest kwestią subsumpcji danego stanu faktycznego w kontekście definicji.

Chociaż coraz silniej zarysowane są cechy charakterystyczne właściwe dla grupy umów w sprawie zamówienia publicznego, to nie można uznać ich za umowy nazwane. Warto jednak zwrócić uwagę na trwającą obecnie intensywną ewolucję prawa zamówień publicznych nakierowaną na realizację celów pozazakupowych (np. społecznych czy środowiskowych), która może przyczynić się do wyodrębnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jako umowy nazwanej, albo – co w mojej ocenie bardziej prawdopodobne – do wyodrębnienia osobnej gałęzi prawa.

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosków, że 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 prawną¹⁰²⁸. W związku z tym należy przyjąć, że niezależnie od coraz bardziej sformalizowanych ram postępowania, strony wciąż działają na zasadzie swobody kontraktowania znanej prawu cywilnemu.

4. Zaprezentowany w kolejnym rozdziale rozprawy **krótki rys historyczny** kształtowania się systemu zamówień publicznych oraz samej zasady swobody umów miał na celu przybliżenia kierunków ewolucji obu instytucji. Konsekwencją tych rozważań jest przyjęcie, że tworzenie, znoszenie i zmienianie stosunków zobowiązaniowych przez zawieranie umów dotyczy wyznaczających te stosunki norm postępowania. Wynika to z samego charakteru zobowiązania jako stosunku cywilnoprawnego składającego się z wielu elementarnych stosunków prawnych. Każdy z nich jest z kolei konsekwencją obowiązywania pewnej normy postępowania, wyznaczającej jednemu podmiotowi określone zachowanie odnoszące się do innego podmiotu. Taką koncepcję przyjęto za punkt wyjścia w niniejszej rozprawie.

Analiza rozwoju prawa zamówień publicznych na przestrzeni wieków 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.

5. **Swoboda umów rozumiana jako** swoboda stron w kształtowaniu stosunków obligacyjnych nie ma charakteru absolutnego i zgodnie z treścią art. 353¹ KC - doznaje trojakić ograniczeń odnoszących się do ustawy, właściwości (natury) stosunku prawnego, który ma wiązać strony oraz do zasad współżycia społecznego. W doktrynie zaznacza się, że poza trzema ww. granicami swobody umów należy wskazać również dodatkowe czynniki prowadzące do faktycznych jej ograniczeń.

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

¹⁰²⁸ A. Stelmachowski, *Zarys teorii...*, s. 102–103.

sposób zawierania umów¹⁰²⁹, można wysnuć ogólny wniosek, że niemal wszystkie zawarte w niej regulacje stanowią ustawowe granice swobody umów¹⁰³⁰.

6. Właściwą analizę określonych grup przepisów ustawy PZP, w kontekście wyznaczenia ustawowych granic swobody umów poprzedzono **kilkoma uwagami natury ogólnej** na temat znaczenia ustawy jako jednej z granic swobody umów, odnosząc się do poszczególnych źródeł prawa i ich znaczenia w kontekście ustawowych granic swobody umów. Konkluzje płynące z tych rozważań wskazują, że w prawie zamówień publicznych ustawowe granice swobody umów wynikają z aktów prawa różnej rangi; najważniejszą z nich jest jednak ustawa PZP i to na niej skoncentrowano dalsze rozważania.

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.

7. **Etap przygotowania postępowania** obejmuje czynności i decyzje o kształcie przyszłej umowy oraz zasadach wyboru wykonawcy. Sam etap przygotowania postępowania uregulowany jest w ustawie PZP w sposób porządkujący czynności zamawiającego. Poza niewielkim zakresem przepisów, które pozwalają zamawiającemu na decyzję co do sposobu postępowania, przeważająca ich część określa zakazy i nakazy, których celem jest zagwarantowanie przejrzystości i zachowania równowagi między ochroną konkurencji a ochroną interesu publicznego.

Rozważania na temat ustawowych granic swobody umów na etapie przygotowania postępowania rozpoczęto od analizy znaczenia **warunków dopuszczenia wykonawcy do**

¹⁰²⁹ Ustawa reguluje zamówienia publiczne, zwane dalej „zamówieniami”, oraz konkursy, w tym określa: 1) podmioty obowiązane do stosowania przepisów ustawy; 2) zakres wyłączeń stosowania przepisów ustawy; 3) zasady udzielania zamówień; 4) etapy przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia; 5) tryby udzielania zamówień oraz szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień; 6) wymagania dotyczące umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych; 7) organy właściwe w sprawach zamówień; 8) środki ochrony prawnej; 9) pozasądowe rozwiązywanie sporów dotyczących realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego; 10) kontrolę udzielania zamówień oraz kary pieniężne.

¹⁰³⁰ A. Gawrońska-Baran, *Unieważnienie przetargu ...*, s. 17.

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.

Nieco odmienny charakter nadano **podstawom wykluczenia wykonawcy**, rozumianym jako narzędzia służące eliminacji podmiotów, które nie spełniają ustawowo określonych wymogów o charakterze gwarancyjnym dotyczących podmiotowych cech wykonawcy, czyli związanych z jego właściwością. 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.

8. Jednym z podstawowych założeń ustawy PZP jest ustalenie takiego sposobu zawarcia umowy, który gwarantuje realizację celów publicznych oraz realizację zasady uczciwej konkurencji¹⁰³¹. 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 nie dopuścił jednak modyfikacji w zakresie sposobu postępowania. Niedopuszczalne jest jednak modyfikowanie procedur w sposób, który nie jest przewidziany w przepisach ustawy PZP.

¹⁰³¹ A także proporcjonalności, przejrzystości, jawności, efektywności, wyrażonych w Dziale I Rozdział II ustawy PZP.

Granic 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. 70² § 3 i art. 70³ § 3 KC¹⁰³², ani traktowany jako umowa *sui generis*¹⁰³³.

9. 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 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 prawa 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

¹⁰³² Tak również na gruncie obowiązującego stanu prawnego M. Krajewski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020, s. 1010.

¹⁰³³ Zob. K. Oplustil, w: M. Stec (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo umów handlowych*, Legalis 2020, Warszawa 2017, s. 164.

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.

10. 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 UZP. Brak swobody w zakończeniu postępowania uznać należy za znaczne ograniczenie zasady swobody umów nieznaną 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.

11. Choć 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. Ustalenie zakresu znaczenia tego pojęcia dla prawa zamówień publicznych należy odnosić do jego rozumienia na gruncie 353¹ KC, w świetle zasad wyrażonych w Dziale I Rozdział 2 ustawy PZP.

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.

12. Trzecim ograniczeniem swobody zawierania i kształtowania stosunku zobowiązaniowego, wymienionym w art. 353¹ 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 gospodarce¹⁰³⁴. 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 **interese 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

¹⁰³⁴H. Nowicki, *Economic policies, objectives, and principles of the system of public procurement law*, Studia Iuridica Toruniensia 2018, t. 23, s. 203; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 13

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 współżycia 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. 353¹ 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.

13. 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 nierównorzędnosci 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 uprawnia potwierdzenie tezy 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 omówionymi w Rozdziale V, 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 SWZ 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 SWZ. 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. Jak podkreśla *R. Szostak*

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.¹⁰³⁵

14. **Reasumując** można przyjąć, że swoboda umów uznawana jest za jedną z najbardziej doniosłych zasad prawa cywilnego, która sięga wszystkich jego części¹⁰³⁶, 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 zawarcie¹⁰³⁷. 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 publicznymi¹⁰³⁸. 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

¹⁰³⁵ R. Szostak, *O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych*, w: M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Warszawa 2019, s. 9.

¹⁰³⁶ M. Gutowski, *Autonomia woli...*, s. 36.

¹⁰³⁷ R. Szostak: *Przetarg nieograniczony...*, s. 27 i n. oraz A. Panasiuk: *Publicznoprawne ograniczenia...*, s. 132 i n.

¹⁰³⁸ K. Padrak, *Zasada swobody umów*, ZP Doradca 2009, nr 7, s. 70-74, J. Olszewska-Stompel, *Umowa o zamówienie publiczne – terminy zawarcia, granice swobody umów*, w: J. Olszewska-Stompel, M. Stompel, *Prawo zamówień publicznych. Wybór najkorzystniejszej oferty i zawieranie umów*, Warszawa 2013, s. 15.

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.

Bibliografia

1. R. Adam, M. Safjan, A. Tizzano, *Zarys Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2014
2. T.O. Akenroye, J.D. Owens, J. Elbaz, O.A. Durowoju, *Dynamic Capabilities for SME Participation*, *Public Procurement, Business Process Management Journal* 2020, iss. 4
3. J. Apanowicz, *Metodologiczne elementy procesu poznania naukowego w teorii organizacji i zarządzania*, Gdynia 2000
4. S. Arrowsmith, *Public Procurement Regulation: An Introduction*, Nottingham 2010
5. S. Arrowsmith, *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority 2012
6. S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Tom 1, Londyn 2014
7. S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*. Tom II, Londyn 2018
8. M. Atienza, J.R. Manero, *A Theory of Legal Sentences*, New York 1998
9. S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011
10. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009
11. A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018
12. W. Bańczyk, *Sposoby ochrony „słabszej strony” umowy zawieranej za pomocą wzorca w polskim prawie zobowiązań XX i XXI wiek*, PPUW, Rok XV, nr 1/2016
13. K. Bącznyk, *Zasada swobody umów w prawie polskim*, w: E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa* Tom II, ZNUMK 2002
14. M. Bednarek, *Wzorce umów w prawie polskim*, Warszawa 2005
15. M. Bednarek, P. Mikłaszewicz w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020
16. W. Białończyk, *Odpowiedzialność w umowach o roboty budowlane*, Pr. Sp. 2003, Nr 10
17. R. Bichlarz i J. Grabowski w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze System Prawa Administracyjnego Tom 8A*, Warszawa 2018
18. J. Bieluk, K. Zadykowicz-Sokół, *Umowa o roboty budowlane w Kodeksie cywilnym i Prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2018
19. J. Bieluk, K. Zadykowicz-Sokół, *Kara umowna. Zabezpieczenie zobowiązania, obliczanie i miarkowanie kary, skutki podatkowe. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2022
20. M. Bieniek, *Autonomia woli stron w projekcie księgi pierwszej Kodeksu cywilnego – uwagi na tle art. 98 Projektu*, *Palestra* 2005, Nr 9/10

21. D. Bierecki, *Zasada swobody umów w prawie spółdzielczym*, Warszawa 2021
22. P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019
23. M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim (zagadnienia cywilistyczne)*, Warszawa 2004
24. A. Borowicz, *Usterki w kalkulacji wynagrodzenia na roboty budowlane w zamówieniach publicznych*, *Kwartalnik PZP* 2008, nr 4
25. Ch. Bovis, *Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Ashgate, Dartmouth 1998
26. Ch. Bovis, *The Law of EU Public Procurement*, Edward Elgar Publishing 2012
27. A. Brzozowski w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2005
28. A. Brzozowski, W.J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2010
29. A. Brzozowski, w: A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część ogólna*. Warszawa 2013
30. A. Brzozowski w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, Legalis 2018
31. A. Brzozowski, P. Machnikowski, w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020
32. M. Cabała, *Umowa o roboty budowlane na gruncie PZP*, LEX/el. 2022
33. A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985
34. M. Cecerko, B. Cieszyńska. T. Darowski, T. Michalczyk, M. Orkusz, K. Pocięcha, *Odstąpienie od umowy na roboty budowlane*, Warszawa 2020
35. M. Chajda, *Ograniczenia zasady swobody umów*, w: H. Cioch, A. Dębiński, J. Chaciński (red.), *Iustitia civitatis fundamentum. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Wiesława Chrzanowskiego*, Lublin 2003
36. J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2007
37. Z. Cieślak (red.), *Nauka administracji*, Warszawa 2012
38. A. Cieśliński. A. Dereń, T. Korbutowicz, *Wspólnotowe prawo gospodarcze, Tom II* Warszawa 2007
39. M. E. Comba, *Contract Execution in Europe: Different Legal Models with a Common Core*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013
40. W. Czachórski, *Zobowiązania —zarys wykładu*, Warszawa 1976
41. W. Czachórski (red.), *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2006
42. T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2007
43. J. Czarzasty, *Przyczynek do problematyki klauzul generalnych*, *PiP* 1978, Nr 5

44. G. Ćmikiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, PPHZ 1983, Nr 6
45. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009
46. A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec, *Dyrektywa w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017
47. M. Derek, *Indywidualizm czy socjologizm? Zasada swobody umów w projektach polskiego kodeksu zobowiązań z 1933 roku na tle porównawczym*, Czasopismo Prawno-Historyczne 2/2015
48. A. Dębiński: *Rzymskie prawo prywatne: kompendium*, Warszawa 2007
49. K. Doliwa, A. Doliwa, *Zasada słuszności i dobra wiara a prawo pozytywne: na przykładzie polskiego prawa cywilnego*, Studia Prawoustrojowe 2015, Nr 30
50. A. Doliwa, *Funkcje zasad współzycia społecznego w prawie cywilnym*, Warszawa 2021
51. P. Drapała: *Umowne prawo odstąpienia* w: E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań część ogólna*, Warszawa 2006
52. P. Drapała: *Ochrona roszczeń podwykonawców – mankamenty legislacyjne i wątpliwości w zakresie wykładni art. 143a–143d ZamPublU*, Kwartalnik PZP 2016, Nr 1
53. S. Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Tom 4, Warszawa 2003,
54. L. Duguit, *Kierunki rozwoju prawa cywilnego od początku XIX wieku*, Kraków–Warszawa 1938
55. R. Dworkin, *Biorąc prawo poważnie*, Warszawa 1998
56. T. Dybowski, *Zasady współzycia społecznego i społeczne gospodarcze przeznaczenie prawa a prawo własności*, NP 1967, Nr 6
57. M. Dybowski, *Rolanda Dworkina koncepcja zasad prawa*, RPEiS 2001, Nr 3
58. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012
59. W. Dzierżanowski, *Nowe dyrektywy o zamówieniach publicznych*, ZP Doradca, 2015, nr 6
60. W. Dzierżanowski, *Umowa o zamówienie publiczne. Stan obecny, stan przyszły*, w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015
61. W. Dzierżanowski, *Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych*, Warszawa 2018
62. W. Dzierżanowski, *Możliwości wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych nieobjętych przepisami dyrektyw UE*, w: M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych (monografia naukowa)*, Warszawa 2018

63. W. Dzierżanowski, *Dialog konkurencyjny. Studium przypadku*, ZP Doradca 2018, Nr 7
64. W. Dzierżanowski, *Prawo do sądu w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018
65. W. Dzierżanowski, *Zmiana wynagrodzenia wykonawcy w związku z inflacją spowodowaną nadzwyczajnymi okolicznościami Waloryzacja umów*, ZP Doradca 2022, Nr 11
66. W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych Komentarz*, Warszawa 2021
67. P. Dzierżędzki, *Podwykonawstwo jako forma udziału małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych oraz ochrona ich interesów na tle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – wybrane zagadnienia* w: M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych (monografia naukowa)*, Warszawa 2018, s. 237.
68. S. Estreicher, *Początki prawa umownego*, Kraków 1901
69. M. Falkowska, *Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2018
70. L. Florek, *Ustawa i umowa w prawie pracy*, Warszawa 2010
71. L. Florek, *Swoboda umów w stosunku pracy*, w: K.W. Baran (red.), *System prawa pracy*, Tom 2. *Indywidualne prawo pracy. Część ogólna*, Warszawa 2017
72. W. Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, t. 11 — Das Rechtsgeschäft*, Berlin — Heidelberg — New York 1965
73. S. Fundowicz, *Miejsce prawa zamówień publicznych w prawie administracyjnym*, w: H. Nowicki, J. Sadowy (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, Toruń - Warszawa 2009
74. B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, SC 1971, t. XVIII
75. B. Gawlik, *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego*, Kraków 1977
76. A. Gawrońska – Baran, *Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne*, Warszawa 2014
77. A. Gawrońska-Baran w: E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024
78. M. Gersdorf-Giaro, *Zawarcie umowy o pracę*, Warszawa 1985
79. T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988, Nr 3
80. E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021
81. E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2023
82. J. Gorczyński, *Konflikt formularzy (art. 385⁴ KC)*, PPH 2004, Nr 4
83. Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, Kwartalnik PZP 2012, Nr 3

84. Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w: Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Warszawa 2013
85. Z. Gordon, *O typologicznej kwalifikacji umów w sprawach zamówień publicznych*, Kwartalnik PZP 2013, nr 3
86. Z. Gordon, *Charakterystyka prawna trybów udzielania zamówień publicznych z elementami negocjacji*, Kwartalnik PZP 2013, nr 4
87. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2016
88. P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
89. M. Grochowski, *Przedmiot formy ad intabulationem*, PS 2016, Nr 11
90. M. Grochowski, *Skutki braku zachowania formy szczególnej oświadczenia woli*, Warszawa 2017
91. M. Grochowski, *Wymogi formalne w umowach konsumenckich*, Warszawa 2018
92. T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu*, Warszawa 1995
93. S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego, Część ogólna, Tom 1*, Warszawa 1980, 1985
94. J. Guś, *O właściwości (naturze) stosunku prawnego*, PiP 1997, Nr 4
95. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2012
96. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykłady i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017
97. M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–352, Tom I*, Warszawa 2021
98. M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom II*, Warszawa 2019, 2022
99. M. Gutowski, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji w orzecznictwie sądowym*, RPEiS 2019, Nr 1
100. M. Gutowski, *Autonomia woli a automatyzacja obrotu prawnego (granice przypisania skutków oświadczeń woli składanych elektronicznie)*, w: J. Pisuliński, J. Zawadzka (red.), *Aksjologia prawa cywilnego i cywilnoprawna ochrona dóbr*, Warszawa 2020
101. J. Haberko, *Moc wiążąca wzorców umownych*, PS 2007, Nr 7-8
102. D. Haponiuk, *Uwagi o pracach na polskim kodeksie zobowiązań z 1933 r. ze szczególnym uwzględnieniem zasady słuszności*, *Miscellanea Historico-Iuridica* 2018, Tom XVII, z. 1
103. W. Hartung, *Sposób i granice implementacji nowych dyrektyw o zamówieniach publicznych*, Kwartalnik PZP 2016, Nr 1,
104. W. Hartung w: W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

105. J.W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933
106. H. Hondius, *Unfair Contract Terms: New Control Systems*, *The American Journal of Comparative Law* 1978, 26(4)
107. E. Hondius, *The Legal Control on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Comparative Observations*, w: Th. Bourgoignie, Cabay, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, Louvain-La-Neuve 1983
108. K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, PiP 2009, Nr 7
109. K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017
110. K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, w: R. Hauser (red.), *System Prawa Administracyjnego*, Tom 8B, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2018
111. J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001
112. H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008
113. J. Jabłońska-Bonca, *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1996
114. W. Jakimowicz, *Wykładowia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006,
115. A. Janiak, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Tom 1. *Część ogólna*, Warszawa 2012
116. J. Jarnicka, *Konkurs w nowym Prawie zamówień publicznych*, ZP Doradca 2020, Nr 12
117. J. Jaskiernia, *Spór o reguły bezpośredniego stosowania Konstytucji RP*, w: R. Balicki, M. Jabłoński (red.), *Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, Wrocław 2018
118. M. Jasiakiewicz, *Zawarcie umowy w obrocie handlowym*, Toruń 1995
119. M. Jaworska, D. Grześkowiak- Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, 2021
120. M. Jaworska (red.), *Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Komentarz* w: M. Jaworska (red.), *Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz*, Warszawa 2023
121. A. Jedliński, J. Mędrzecka, *Zasada swobody umów a ważność czynności prawnej*, *Rej.* 2003, Nr 5
122. A. Jedliński, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna Tom I.*, Warszawa 2008
123. J. Kaczor, *Zasada autonomii woli w świetle filozofii liberalnej*, RPEiS 2001

124. M. Kania, *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, Kwartalnik PZP 2020, Nr 1
125. M.T. Karayigit, *Under the Triangle Rules of Competition, State Aid and Public Procurement: Public Undertakings Entrusted with the Operation of Services of General Economic Interest*, European Competition Law Review 2009, vol. 39, Nr 11
126. W.J. Katner, M. Stahl, W. Nykiel, *Umowa sprzedaży w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1996
127. M. V. Kidalov and Keith F. Snider, *US and European Public Procurement Policies for Small and Medium-Sized Enterprises (SME): A Comparative Perspective*, Business and Politics, Volume 13, Issue 4 2011
128. A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom I, Część ogólna*, Warszawa 2012
129. A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom III*, Warszawa 2010
130. L. Kieres, w: M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Łódź 2012
131. D. Kijowski, P. Suwaj, *Patologie w administracji publicznej*, Warszawa 2009
132. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005
133. G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016
134. Z. Kłoda, D. Koba, A. Panasiuk, M. Szymczak, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011
135. T. Kocowski, *Administratywizacja przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*, w: M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, Warszawa 2017
136. D. Koba, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010
137. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1999
138. E. Kornberger-Sokołowska, w: E. Ruśkowski (red.), *System prawa finansowego, Tom II, Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, Warszawa 2010
139. M. Kondej, *Przelamanie rezultatów wykładni językowej zgodnie z zasadą nadrzędności Konstytucji*, RPEiS 2019
140. K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego*, SIL 2016, Vol. XXV, Nr 1
141. K. Koranyi, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 1976
142. M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012
143. B. Kostecki, *Uwagi na temat wykładni przepisu art. 647(1) Kodeksu cywilnego*, PUG 2004, Nr 7
144. M. Krajewski w. E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 5, Prawo zobowiązań – część ogólna* Warszawa 2006, 2020
145. M. Królikowska-Olczak, *Zasada uczciwej konkurencji na tle nowej regulacji zamówień publicznych*, Kwartalnik PZP 2021, nr 2

146. J. Krysa, *Prawo właściwe dla umów realizowanych w trybie zamówień publicznych*, Warszawa 2019
147. M. Kubik, *Modyfikujące przyjęcie oferty. Wybrane zagadnienia*, KPP 2006, Nr 3
148. S. Kuchnio, *Początki zamówień publicznych w starożytności*, Kwartalnik PZP, Nr 2/2016
149. M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński, *Prawo zamówień publicznych: praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012
150. I. Lazari-Pawłowska, *O pojęciu typologicznym w humanistyce*, w: J. Kalinowski (red.), *Logiczna teoria nauki. Wybór artykułów*, Warszawa 1966
151. L. Leszczyński, *Funkcje klauzul odsyłających a model ich tworzenia w systemie prawa*, PiP 2000, Nr 7
152. W.A.R. Leys, *The Relevance and Generality of „the Public Interest”*, w: C.J. Friedrich (red.), *The Public Interest*, Nowy Jork 1962
153. Leśniak, *Normatywne wzorce umów spółek handlowych w prawie polskim*, Warszawa 2017
154. T. Liszcz, *Swoboda umów w prawie pracy*, w: M. Seweryński, J. Stelina (red.), *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, Gdańsk–Sopot 2012
155. R. Longchamps de Berier, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin 1922
156. R. Longchamps de Bériér, *Zasada wolności umów w projektach polskiego prawa o zobowiązaniach*, w: R. Longchamps de Bériér (red.), *Księga pamiątkowa ku czci Władysława Abrahama*, Lwów 1930
157. R. Longchamps de Berier, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu. Art. 1–167*, Warszawa 1934
158. F. Łapecki, *Funkcje i metody szacowania wartości zamówienia*, Kwartalnik PZP 2010, nr 2
159. E. Łętowska, *Ujęcie problematyki umów w kodeksie cywilnym*, w: L. Bar (red.), *Instytucje prawne w gospodarce narodowej – studia prawne*, Wrocław 1981
160. E. Łętowska, *Problemy źródeł prawa cywilnego*, ZNIBPS 1983, Nr 19–20
161. E. Łętowska, *Umowy – mitologia równości*, w: S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990
162. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002
163. E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2004
164. A. Łuszek-Zajac, P. Machnikowski, *Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym*, PPH 2003, Nr 9
165. I. Łyskowski, *W sprawie kodyfikacji naszego prawa cywilnego*, Themis Polska, 1924/25, Tom II
166. P. Machnikowski, *Zasady Europejskiego Prawa Umów a przepisy kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, TPP 2006, Nr 3–4

167. P. Machnikowski, w: E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2012
168. P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, 2017, 2019
169. P. Machnikowski w: K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2020
170. P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353(1) KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005
171. D. Maison, *Jakościowe metody badań marketingowych. Jak zrozumieć konsumenta*, Warszawa 2010
172. D. Malec i D. Malec, *Historia administracji i myśli administracyjnej*, Kraków 2000
173. G. Maroń, *Zasady prawa i generalne klauzule odsyłające w operatywnej wykładni prawa*, AUMCS sectio G (Ius) 2013, Vol. 60, Nr 2
174. G. Matejczuk, *Efektywność – nowa zasada*, *Przetargi Publiczne* 2020, Nr 4
175. Meducki, *Potwierdzanie spełniania warunków udziału w postępowaniu – warunki fakultatywne. Część pierwsza*, *ZP Doradca* 2022, Nr 7
176. T. Michalczyk w: M. Cecerko, B. Cieszyńska. T. Darowski, T. Michalczyk, M. Orkus, K. Pocięcha, *Odstąpienie od umowy na roboty budowlane*, Warszawa 2020
177. A. Miętek, *Swoboda umów i jej ograniczenia przy kształtowaniu treści stosunku pracy*, Warszawa 2019
178. E. Modliński, *Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1932
179. J. Mojak, *Ewolucja zasad współczesnego polskiego prawa cywilnego – zasada bezpieczeństwa obrotu*, *SIL* 2016, Vol. XXV, Nr 1
180. A. Mościcka, *Konsekwencje niezachowania pisemnej umowy*, *Monitor Zamówień Publicznych* Nr 1/2014
181. T. Mróz, *Dekompozycja zasady swobody umów? Próba klasyfikacji i oceny niektórych czynników kształtujących tę zasadę*, w: B. Gnela (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Kraków 2010
182. M. Nawrocka, *Ochrona konsumenta przed nieuczciwymi klauzulami umownymi w Unii Europejskiej i w Polsce*, *MoP* 1998, Nr 6
183. M. Nesterowicz, *Nabywanie własności samochodu w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, *Palestra* 1986, nr 1
184. J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, w: E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk-Warszawa 2012
185. J. Niczyporuk, *Przedmiot zamówień publicznych*, w: J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013
186. J. Niesiołowski, P. Sut, *Prawo publiczne a zasada swobody umów*, w: L. Leszczyński (red.), *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*, Lublin 1999
187. M. Niedośpiał, *Swoboda czynności prawnych*, Bielsko Biała 2004

188. M. Niedośpiał, *Swoboda umów Synteza*, Warszawa 2012
189. H. Nowak, *Nowe Prawo zamówień publicznych a system prawa zamówień publicznych. Integracja systemu*, w: M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Warszawa 2019
190. H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych Komentarza*, Warszawa 2021
191. L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, SP 1972, Nr 33
192. S. Nowak, *Metodologia badań społecznych*, Warszawa 1985
193. J. Nowacki, *O normatywnych (abstrakcyjno-generalnych) i sytuacjonistycznych rozumieniach zasad współżycia społecznego*, Prace naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach 1980
194. J. Nowacki, *O przepisach zawierających klauzule generalne*, Prawo i polityka, Warszawa 1988
195. J. Nowicki i A. Bazan w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015
196. H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, w: H. Nowicki, J. Sadowy (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, Toruń-Warszawa 2009
197. H. Nowicki, *Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce*, w: J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013
198. H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda*, w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015
199. H. Nowicki, *Economic policies, objectives, and principles of the system of public procurement law*, *Studia Iuridica Toruniensia* 2018
200. H. Nowicki, P. Nowicki w: A. Powalowski (red.), *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2022
201. P. Nowicki, *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013
202. P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Kierunki zmian w prawie zamówień publicznych – uwagi de lege ferenda*, w: M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych (monografia naukowa)*, Warszawa 2018
203. P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019
204. B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020
- A. A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970
205. M. Olejarz: *Rola zrównoważonych zamówień publicznych i praktyka ich wykorzystania*, w: M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Warszawa 2017
206. A. Olejniczak, J. Grykiel, w: M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–352, t.1*, Warszawa 2021

207. J. Olszewska-Stompel, *Umowa o zamówienie publiczne – terminy zawarcia, granice swobody umów*, w: J. Olszewska-Stompel, M. Stompel, *Prawo zamówień publicznych. Wybór najkorzystniejszej oferty i zawieranie umów*, Warszawa 2013
208. J. Olszewska-Stompel, *Potrzeby i zachowania podmiotów rynku zamówień publicznych a bariery we wdrażaniu zasady best value for money w jednostkach samorządu terytorialnego*, ZP Doradca 2017, nr 4
209. K. Oplustil, w: M. Stec (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 5 Prawo umów handlowych*, Legalis 2020
210. K. Osajda, *Właściwość (natura) stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody umów*, w: Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017
211. K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2022
212. K. Pacuła, w: K. Osajda (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, art. 23a, Nb 26–27
213. K. Padrak, *Zasada swobody umów*, ZP Doradca 2009
214. A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania*, Bydgoszcz–Warszawa 2005
215. A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz–Warszawa 2007
216. A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, PiP 2008, Nr 2
217. A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013
218. K. Patil, *Public procurement policy for small and medium enterprises in developing countries. International Journal of Public Sector Management*, 2017, Vol. 30 Issue 4
219. J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Warszawa 2017
220. M. Pawełczyk, *Uwagi o „odsyłającym” charakterze klauzul generalnych*, SIS 1984, Nr 9
221. I. Pawlik, *Kto może ubiegać się o zamówienie, Pojęcie wykonawcy i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia w nowym Pzp*, ZP Doradca – dodatek 2020, Nr 4
222. M. Pecyna, *Kontrola wzorców umownych poza obrotem konsumenckim*, Kraków 2003, s. 157
223. M. Pecyna w. M. Stec (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 5a Prawo umów handlowych*, Legalis 2020
224. A. Petrucci, *Rozważania o exceptio mercis non traditae oraz praedictio ne aliter emptori res traderetur quam si pretium solverit przy auctio argentaria*, w. A. Lityński, P. Fiedorczyk (red.), *Miscellenta Historico – Iuridica*, Tom. IV, Białystok 2006

225. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wyd. 15, Warszawa 2017, 2019
226. L. Piotr-Krajecka, *Umowa w sprawie zamówienia publicznego, Praktyczny poradnik z wzorami postanowień umownych*, Warszawa 2020
227. B. Pircher, *EU public procurement policy: the economic crisis as trigger for enhanced harmonisation*, *Journal of European Integration* 2019, Nr 42(4)
228. J. Pisuliński, *Glosa do wyr. SN z 08.03.2002 r., III CKN 748/00*, OSP 2003, Nr 3
229. A. Piwowarczyk, *Ograniczenia udziału mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców na rynku zamówień publicznych*, Warszawa 2022
230. M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005
231. J. Podkowiak, *Sądy wobec niekonstytucyjnych aktów normatywnych u progu trzeciej dekady obowiązywania Konstytucji RP*, PS 2018, Nr 5
232. J. Pokrzywniak, J. Baehr, T. Kwieciński, *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice 2006
233. J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa 2006
234. W. Popiołek w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449¹⁰*, Warszawa 2015, 2018
235. A. Powałowski, *Działalność gospodarcza*, w: A. Powałowski (red.), *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, Warszawa 2009
236. A. Powałowski (red.), *Leksykon prawa gospodarczego publicznego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2019
237. R. Prusowski, *Wyjaśnienia a modyfikacje treści specyfikacji warunków zamówienia Wyjaśnienia / Interpretacje*, ZP Doradca 2020, Nr 12
238. E. Przeszło, *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013
239. A. Pyrzyńska, *Wzorzec umowy jako źródło zastrzeżenia odsetek w stosunkach bankowych*, PB 2008, Nr 1
240. A. Pyrzyńska w: M. Gutkowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449¹⁰*, Warszawa 2016
241. Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977
242. Z. Radwański, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979
243. Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, Warszawa 1986
244. Z. Radwański, *Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom*, Wrocław 1992
245. Z. Radwański, *Prawo cywilne*, Warszawa 2003
246. Z. Radwański, *Uwagi ogólne o autonomii woli*, w: R. Szytk (red.), *II Kongres notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Kraków–Kluczbork 1999
247. Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, 2008

248. Z. Radwański, M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*. Tom 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012
249. Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2003
250. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2018
251. Z. Radwański, K. Mularski, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019
252. J. Rajski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1994, 2000,
253. J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2002
254. J. Rajski, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 2003, Nr 5
255. J. Rajski, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, KPP 2004, Nr 1
256. M. Rejdak, *Definicja terminu „wzorzec umowy konsumenckiej”*, RPEiS 2005, Nr 3
257. W. Robaczyński: *Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych*, w: M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Warszawa 2017
258. E. Rott-Pietrzyk, *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*, Warszawa 2007
259. S. Rudnicki, w: Dmowski S., Rudnicki S. (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2009
260. A. Rytel-Warzocho, *Wolność działalności gospodarczej w świetle orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Gdańskie Studia Prawnicze Tom XXXVII, 2017
261. J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013
262. M. Safjan, *Zasada swobody umów*, PiP 1993
263. M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, PiP 1990, Nr 11
264. M. Safjan, *Umowy związane z obrotem gospodarczym jako najważniejsza kategoria czynności handlowych*, PPH 1998, Nr 2
265. M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007
266. M. Safjan, w: *System Prawa Prywatnego*, Tom 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, 2012
267. M. Safjan, *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, KPP 2009, Nr 2
268. M. Safjan, P. Mikłaszewicz, *Horizontal Effect of the General Principles of EU Law In the Sphere of Private Law*, *European Review of Private Law* 2010, Nr 3
269. M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012

270. M. Safjan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2020
271. H. Samsonowicz, *Narodziny średniowiecznej Europy*, Warszawa 1999
272. M. Sczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1994
273. K. Semiczak, G. Bedrijczuk, *Tryby negocjacyjne w zamówieniach publicznych i partnerstwie publiczno-prywatnym. Kontrola zamówień publicznych*, (w:) M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, Warszawa 2017
274. M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2018, 2022
275. M. Skory, *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Wrocław 2005
276. I. Skubiszak-Kalinowska i E. Wiktorowska w: *Prawo zamówień publicznych Komentarz*, Warszawa 2017
277. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012
278. A. Sołtysińska, *Procedury odwoławcze w europejskim prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2021
279. S. Sołtysiński, Z. Ziemiński, *Glosa do uchwały SN z 17.01.1974 r., III PZP 34/73, PiP 1978, Nr 7*
280. P. Soroka, *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, PNUEWr 2012, Nr 270
281. M. Sośniak, *Zasada swobody umów w prawie obligacyjnym z perspektywy schyłku XX wieku*, SIS 1985, Nr 10
282. M. Sośniak, *Rozwój historyczny konstrukcji umowy obligacyjnej*, Katowice 1986
283. M. Sośniak, „*Contractus innominati*”: *nowoczesne konstrukcje umów obligacyjnych wobec tradycji rzymskiej*, ZNUJ, Prace Prawnicze 1989, Nr 125
284. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1991
285. M. Stachowiak, *Czym jest polityka zakupowa państwa?*, ZP Doradca – dodatek 2020, Nr 3
286. J. Starościak, *Prawne formy i metody działania administracji*, w: T. Rabska, J. Łętowski (red.), *System prawa administracyjnego*, Tom 3, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1978
287. K. Stefaniuk, *Zasady prawa w systemach i podręcznikach prawa cywilnego*, SIL 2016, Vol. XXV, Nr 1
288. A. Stelmachowski, *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, PiP 1965, Nr 1
289. A. Stelmachowski, *Ewolucja autonomii woli*, w: E. Łętowska (red.), *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Wrocław 1983
290. A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984
291. A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998
292. E. Sternberg, *Czysty biznes. Etyka biznesu w działaniu*, Warszawa 1998

293. M. Stręciwilk, *Nowe Prawo zamówień publicznych a system zamówień publicznych*, ZP Doradca 2021, nr 1
294. J.A. Strzępka, E. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w znowelizowanym Kodeksie cywilnym – odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy*, MoP 2003, Nr 21
295. F. Studnicki, *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*, Kraków 1949
296. J. Supernat, *Instrumenty działania administracji publicznej. Studium z nauki administracji*, Wrocław 2003
297. M. Szczygieł, *Właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego jako ograniczenie zasady swobody umów*, Palestra z 1997 r. 41/7-8
298. S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1967
299. R. Szostak, *Aukcja w ujęciu zmienionych przepisów kodeksu cywilnego*, Rej. 2003, Nr 9,
300. R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcji przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, KPP 2004, Nr 1
301. R. Szostak, *Charakter prawny konkursu na dzieło projektowe w zamówieniach publicznych*, PiP 2004, Nr 6
302. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005
303. R. Szostak, *Glosa do wyroku SN z 10.04.2003 r., III CNK 1320/00*, Przegląd Sądowy 2005/1
304. R. Szostak, *Kształtowanie warunków zamówienia publicznego w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji*, KPP 2007, Nr 1
305. R. Szostak, *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, Warszawa 2007
306. R. Szostak, *Charakter prawny zaliczki w ramach zamówień publicznych*, PiP 2008, Nr 3
307. R. Szostak, *Zaliczka na poczet kosztów wykonania zamówienia*, Kwartalnik PZP 2009 nr 4
308. R. Szostak *O potrzebie usprawnienia odpowiedzialności organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom ubiegającym się o zamówienie publiczne*, SP 2011 nr 1
309. R. Szostak, *Zamówienia publiczne w starożytności oraz w epoce średniowieczno-feudalnej*, PZP 2012 nr 3
310. R. Szostak, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Kwartalnik PZP 2014
311. R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018
312. R. Szostak (red.), *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2018
313. R. Szostak, *O niektórych postulatach zmian w prawie zamówień publicznych*, w: M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych (monografia naukowa)*, Warszawa 2018

314. R. Szostak, *O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych*, w: M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Warszawa 2019,
315. R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, *Kwartalnik PZP* 2013 nr 4
316. A. Szot, *Klauzula generalna jako ponadgałęziowa konstrukcja systemu prawa*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Lublin–Polonia* 2009, vol. LXIII
317. J. Szpak, *Historia gospodarcza powszechna*, Warszawa 2007
318. J. Sztumski, *Wstęp do metod i technik badań społecznych*, Warszawa, 1984
319. P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007
320. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014
321. A. Szyszkowski, *Glosa do wyroku SN z 13.09.2001 r. IV CKN 381/00*, *MoP* 2002/21
322. M. Szwarc-Kuczer, w: A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej Komentarz*, Warszawa 2012
323. M. Śmigiel, *Wzorce umów jako czynniki kształtujące zobowiązaniowe stosunki prawne – ewolucja instytucji*, w: E. Gniewek (red.), *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina*, Kraków 2000
324. A. Śledzińska, *Umowy administracyjne w prawie i praktyce innych krajów*, w: J. Bocia i L. Dziewięcka-Bokuń (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008
325. H. Talago-Sławoj *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE* w: A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016
326. R. Tanajewska, *Od projektu do odbioru inwestycji – rola Zamawiającego w optymalizacji procesu inwestycyjno-budowlanego* w: M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Olsztyn 2019
327. K. Topolewski, *Wzór umowy a koncepcja automatycznego kształtowania treści stosunku prawnego przez wzorzec umowy*, *PS* 2009, Nr 6
328. E. Traple, *Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy*, *KPP* 1997, Nr 2
329. M. Trybus, M. Andrecka, *Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/UE*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2017, iss. 3
330. R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ KC*, Kraków 2005
331. R. Trzaskowski, *Zakaz dyskryminacji w prawie umów*, w: M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, Tom II, Warszawa 2008
332. R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa 2013

333. R. Trzaskowski w: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom 3. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2017
334. E. Waśkowski, *Teoria wykładni prawa cywilnego*, Warszawa 1936
335. J. Węgrzyn, *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej*, w: M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014
336. Ł. Węgrzynowski, *Niedozwolone postanowienia umowne jako środek ochrony słabszej strony umowy obligacyjnej*, Warszawa 2006
337. E. Wieczorek, w: Z. Brodecki (red.), *Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach*, Kraków 2003
338. M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012
339. B. Więzowska, *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009
340. A. Wilczyńska, *Interes publiczny w prawie stanowionym oraz orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, PPH 2009, Nr 6
341. M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014
342. Z. Witkowski, *Zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa ustroju gospodarczego Trzeciej Rzeczypospolitej Polskiej – wolność działalności gospodarczej*, *Studia Iuridica Toruniensia. Przemiany Polskiego Prawa* 2002
343. K. Wojtyczek, *Bezpośredni skutek przepisów prawa wspólnotowego*, w: D. Kornobis-Romanowska (red.), *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, Warszawa 2004
344. A. Wolter, *Prawo cywilne — zarys części ogólnej*, Warszawa 1977,
345. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne, zarys części ogólnej*, Warszawa 2001
346. K. Wójcik w: A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
347. K. Wójcik, *Z problematyki klauzul generalnych w prawie cywilnym*, SPE 1981, t. XXVII
348. K. Wójtowicz, *Bezpośredni skutek przepisów prawa wspólnotowego w porządku prawnym*, KPP 2004, Nr 2
349. E. Wójtowicz, *Zawieranie umów między przedsiębiorcami*, Warszawa 2010
350. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001
351. A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej Komentarz*, Warszawa 2012
352. J. Wróblewski, *Przepisy odsyłające*, ZNUŁ, Prawo, Seria I, Nauki Humanistyczno-Społeczne, 1964, Nr 35

353. M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986
354. W. Wyrzykowski, *Umowa o generalną realizację inwestycji (EPC/„pod klucz”)*, Warszawa 2013
355. H. Wysoczański, *Prawo do zmiany oraz polecenie zmiany treści umowy o roboty budowlane w świetle warunków FIDIC*, Warszawa 2017.
356. S. Wyszogrodzka, *Dyssens w polskim prawie cywilnym*, KPP 2004, Nr 4
357. M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre problemy prawne związane z korzystaniem z nienormatywnych wzorców umownych*, Rej. 1995, nr 9
358. M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019
359. Z. Ziemiński, *Glosa do wyroku SN z 28.11.1967 r., I PR 415/67*, OSPiKA 1968, Nr 10, poz. 210
360. Z. Ziemiński, *Kompetencja i norma kompetencyjna*, RPEiS 1969, Nr 4,
361. Z. Ziemiński, *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wrocław 1972
362. Z. Ziemiński, *Socjologia prawa jako nauka prawa*, Poznań 1975
363. Z. Ziemiński, *Stan dyskusji nad problematyką klauzul generalnych*, PiP 1989, Nr 3
364. Z. Ziemiński, *O zawilościach związanych z pojmowaniem kompetencji*, PiP 1991, Nr 4
365. B. Ziętara, *Historia powszechna średniowiecza*, Warszawa 1994
366. A. Ziółkowski, *Historia Powszechna. Starożytność*, Warszawa 2009
367. M. Ziółkowska, *Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych*, PZP 2013, Nr 4
368. M. Zirk-Sadowski, *Postulat etyki bezkodeksowej a stosunek prawa od moralności*, AUL FI 1979, Nr 25
369. F. Zoll, *Kontrola ogólnych warunków umów i innych klauzul jednostronnie narzucanych w ujęciu porównawczym, rozprawa doktorska, pod kierunkiem B. Gawlika (niepublikowana)*, Biblioteka WPIA UJ, Kraków 1996
370. F. Zoll, *Potrzeba i kierunek nowelizacji kodeksowego ujęcia problematyki wzorców umownych*, „Biuletyn Rady Legislacyjnej” 1997, nr 1
371. F. Zoll, *Natura prawna wzorców umownych*, PiP 1998, nr 5
372. C. Żuławska, *Wokół zasady wolności umów (art. 353¹ k.c. i wykładnia zwyczaju)*, Acta Universitatis Wratislaviensis Nr 1690, Prawo CCXXXVIII, Wrocław 1994
373. C. Żuławska, *Zasady prawa gospodarczego*, Warszawa 1995
374. C. Żuławska, w: *Komentarz do KC, Księga III, Tom I*, Warszawa 1996, 2011
375. C. Żuławska w: G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, Tom 1, Warszawa 2006

Wykaz stron internetowych

1. P. Bogdanowicz, J. Roliński (red.), *Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA*, Warszawa 2019
<https://stowarzyszeniepzp.pl/>
2. M. Falkowska, *Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2023,
<https://www.gov.pl/web/uzp/funkcjonowanie-systemu-zamowien-publicznych--raporty-z-przeprowadzonych-badan--relacja-z-konferencji-oraz-pelna-tresc-raportu>,
3. M. Gadomski, *Coraz mniej ofert w przetargach publicznych. Resort stawia na negocjacje i dialog*
<https://www.portalsamorzadowy.pl/finanse/coraz-mniej-ofert-w-przetargach-publicznych-resort-stawia-na-negocjacje-i-dialog,109277.html>
4. J. Jerzykowski, *Zaliczki w zamówieniach publicznych*, s. 3 i
https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0021/37326/Zaliczki-w-PZP.pdf
5. A. Kowalewska, J. Szut, *Nowe podejście do zamówień publicznych Raport z badań 2010/2011*
<https://www.parp.gov.pl/storage/publications/pdf/15737.pdf>
6. W. Nielsen, *Technical report: Policies that promote SME participation in public procurement. Business Environment Working Group (Donor Committee for Enterprise Development)*, 2017 Paris:
[OECD, enterprise-development.org/wp-content/uploads/DCED-BEWG-SME-Procurement](https://www.oecd.org/enterprise-development/wp-content/uploads/DCED-BEWG-SME-Procurement)
Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych
https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf,
7. Kontrola UZP z 29.11.2017 r., KND/10/17/DKD,
https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/36122/_inf-o-wyniku-KND-10-17-002.pdf
8. Opinia UZP *Przeniesienie własności nieruchomości jako forma wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego*
<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/przeniesienie-wlasnosci-nieruchomosci-jako-forma-wynagrodzenia-wykonawcy-zamowienia-publicznego>
9. Opinia UZP *Zlecenie spółkom komunalnym przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywania zadań własnych”*
www.uzp.gov.pl
10. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r.
<https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrow>

11. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r.
<https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>
12. Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień
https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/28031/Zielona20Ksic499ga_modernizacja20europejskiego20rynku20zamac3b3wiec58420publicznych.pdf
13. Raport dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych, Warszawa 2018
https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/36414/Raport-kary_umowne_2018.pdf

Wykaz aktów prawnych

Akty prawa unijnego oraz międzynarodowego

1. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r., Rzym (Dz.U.2004.90.864/2 z późn. zm.)
2. Dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 185, s. 5)
3. Dyrektywa Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. Urz. WE L 13, s. 1)
4. Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U.U.E.L.1989.395.33 z późn. zm.)
5. Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U.U.E.L.1992.76.14 z późn. zm.)
6. Umowa międzynarodowa wielostronna z dnia 15 kwietnia 1994 r. - Porozumienie w sprawie zamówień publicznych, Marakesz (Dz. U. UE. L. z 1994 r. Nr 336, str. 273 z późn. zm.)
7. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U.U.E.L.2004.134.1 z późn. zm.)
8. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.U.E.L.2004.134.114 z późn. zm.)
9. Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.)

10. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiające szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (Dz. U. UE. L. z 2006 r. Nr 371, str. 1 z późn. zm.)
11. Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U.U.E.L.2007.335.31. z późn. zm.)
12. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U.U.E.L.2009.216.76 z późn. zm.)
13. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U.U.E.L.2014.94.1 z późn. zm.)
14. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.U.E.L.2014.94.65 z późn. zm.)
15. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U.U.E.L.2014.94.243 z późn. zm.)

Akty prawa polskiego

1. Dekret z dnia 07.12.1918 r. w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego w celu centralizacji zamówień rządowych (Dz. U. Nr 19, poz. 55)
2. Ustawa z dnia 11.04.1919 r. o utworzeniu Głównego Urzędu Zaopatrywania Armji (Dz. U. Nr 32, poz. 265)
3. Uchwała Sejmu z dnia 30.01.1920 r. w sprawie uchylecia mocy dekretu z dnia 07.12.1918 r. w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego w celu centralizacji zamówień rządowych (Dz.U. z 1920 r. nr 10, poz. 55)
4. Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 17.03.1927 r. o wydzieleniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych przemysłowych, handlowych i górniczych oraz ich komercjalizacji (Dz. U. R. P. Nr 25, poz. 195).
5. Ustawa z dnia 15.02.1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dz. U. Nr 19, poz. 127 z późn. zm.)
6. Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 02.01.1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dz. U. Nr 13, poz. 92).
7. Zarządzenie Ministra Przemysłu i Handlu w porozumieniu z Ministrem Skarbu z dnia 15.07.1938 r. w sprawie przepisów szczegółowych o dostawach i robotach dla

- podległych Ministrowi Przemysłu i Handlu działów administracji państwowej (Mon. Pol. Nr 168, poz. 308)
8. Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. Nr 63, poz. 494),
 9. Ustawa z dnia 19.04.1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej (Dz. U. Nr 21, poz. 180)
 10. Dekret z dnia 16.05.1956 r. o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki społecznionej (Dz. U. Nr 16, poz. 87 ze zm.)
 11. Ustawa z dnia 28.12.1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz. U. z 1958 r. Nr 3, poz. 7)
 12. Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.)
 13. Ustawa z dnia 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 z późn. zm.)
 14. Ustaw z dnia 21.12.1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą (Dz. U. Nr 71, poz. 318)
 15. Ustawa z dnia 05.01.1991 r. Prawo budżetowe (tekst pierwotny Dz. U. Nr 4, poz. 18 z późn. zm.)
 16. Ustawa z dnia 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.)
 17. Ustawa z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 682, z późn. zm.),
 18. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 02.04.1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
 19. Ustawa z 29.08.1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 778)
 20. Ustawa z dnia 22.06.2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2001 r., nr 76, poz. 813)
 21. Ustawa z dnia 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 344.)
 22. Ustawa z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.)
 23. Ustawa z dnia 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.)
 24. Ustawa dnia 07.04.2006 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2006 Nr 79, poz. 551)
 25. Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.)
 26. Ustawa z dnia 13.04.2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560)

27. Ustawa z dnia 04.09.2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171, poz. 1058)
28. Ustawa z dnia 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 30 z późn. zm.)
29. Ustawa z dnia 09.01.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2015 r. poz. 113)
30. Ustawa z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.)
31. Ustawa z dnia 02.12.2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778)
32. Ustawa z dnia 12.10.2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271)
33. Ustawa z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020 z późn. zm.)
34. Ustawa z dnia 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 140)
35. Ustawa z dnia 06.03.2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 221 z późn. zm.)
36. Ustawa z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.)
37. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415).
38. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452).
39. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434)

Wykaz orzecznictwa

Orzecznictwo TSUE

1. wyrok z 14.05.1974 r. w sprawie 4/73 J. *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Ruhrkohle Aktiengesellschaft*, ECLI:EU:C:1975:114
2. wyrok z 16.01.1979 r. w sprawie 151/78, *Sukkerfabriken Nykøbing Limiteret v. Ministry of Agriculture*, ECLI:EU:C:1979:4
3. wyrok z 20.09.1988 r. w sprawie C-31/87 *Beentjes*, EU:C:1988:422, pkt 15,16

4. wyrok z 03.05.1994 r. w sprawie C-328/92, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, Zb.Orz. 1994, s. I-01569
5. wyrok z 15.12.1995 r., w sprawie C-415/93, *Union Royale Belge de Sociétés de Football Association ASBL i inni v. Jean Marc Bosman*, EU:C:1995:463
6. wyrok z 28.03.1996 r. w sprawie C-318/94, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec*, Zb.Orz. 1996, s. I-01949
7. wyrok z 25.04.1996 r., w sprawie C-87/94, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, EU:C:1996:161
8. wyrok z 15.01.1998 r. w sprawie C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria i in.*, EU:C:1998:4;
9. wyroku z 17.09.1998 r. w sprawie C-323/96 *Komisja przeciwko Belgii*, Legalis nr 151469
10. wyroku z 17.12.1998 r. w sprawie T-203/96 *Embassy Limousines & Services v. Parlament Europejski*, ECR 1998, s. II-04239
11. wyrok z 16.09.1999 r., w sprawie C-414/97, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, ECR 1999/8–9A, s. I-558
12. wyrok z 16.09.1999 r. w sprawie C-414/97 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, LEX nr 8427
13. wyrok z 05.10.1999 r. w sprawie CC-240/97 *Królestwo Hiszpanii v. Komisja Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1999:479
14. wyrok z 18.11.1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziiale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562
15. wyrok z 12.07.2001 r. w sprawie C-399/98 *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi i inni v. Comune di Milano*, ECR 2001, s. I-5409, pkt 77
16. wyrok z 27.11.2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99, *Lombardini i Mantovani*, ECLI:EU:C:2001:640
17. wyrok z 04.12.2003 r., w sprawie C-448/01, *EVN AG i Wienstrom GmbH v. Republik Österreich*, EU:C:2003:651
18. wyrok z 14.09.2004 r. w sprawie C-385/02, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb.Orz. 2004, s. I-08121
19. wyrok z 11.01.2005 r. w sprawie C-26/03, *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energiewerwertungsanlage TREA Leuna*, Zb.Orz. 2005, s. I-1 pkt 44-46
20. wyrok z 27.10.2005 r., w sprawie C-234/03, *Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, ECR 2005/10B, s. I-09315
21. wyrok z 10.11.2005 r. w sprawie C-29/04, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Austrii*, Zb.Orz. 2005, s. I-09705
22. wyrok z 06.04.2006 r. w sprawie C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v. Comune di Bari i AMTAB Servizio SpA*, Zb.Orz. 2006, s. I-03303

23. wyrok z 19.04.2007 r. w sprawie C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v. Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado*, Zb.Orz. 2007, s. I-02999
24. wyrok z 19.06.2008 r., w sprawie C-454/06, *Press text Nachrichtenagentur GmbH*, ECR2008, I-04401
25. wyrok z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, *Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias*, EU:C:2008:731
26. wyrok z 19.05.2009 r. w sprawie C-538/07, *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, EU:C:2009:317
27. wyrok z 04.06.2009 r. w sprawie C-250/07, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka*, Zb.Orz. 2009, s. I-04369
28. wyrok z 09.06.2009 r. w sprawie C-460/08, *Komisja Europejska v. Republika Grecka*, Zb.Orz. 2009, s. I-00216
29. wyrok z 09.06.2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:357
30. wyrok z 10.09.2009 r. w sprawie C-573/07, *Sea Srl v. Comune di Ponte Nossa*, Zb.Orz. 2009, s. I-08127
31. wyrok z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08, *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano*, EU:C:2009:808
32. wyrok z 16.03.2010 r., w sprawie C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP v. Olivier Bernard and Newcastle UFC*, EU:C:2010:143
33. wyrok z 25.03.2010 r. w sprawie C-451/08, *Helmut Müller GmbH v. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, EU:C:2010:168
34. Wyrok z 18.11.2010 r., w sprawie C-226/09, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia*, Zb.Orz. 2010, s. I-11807, pkt 43
35. wyrok z 24.01.2012 r., w sprawie C-282/10, *Maribel Dominguez v. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*, EU:C:2012:33;
36. wyrok z 26.04.2012 r., w sprawie C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt*, EU:C:2012:242
37. wyroku z 10.05.2012 r., w sprawie C-368/10, *Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów*, EU:C:2012:284
38. wyrok z 29.11.2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord SpA v. Comune di Cagno i Comune di Varese (C-182/11) i Comune di Solbiate i Comune di Varese (C-183/11)*, www.curia.europa.eu
39. wyrok z 19.12.2012 r. w sprawie C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento v. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, www.curia.europa.eu
40. wyrok z 21.03.2013 r., w sprawie C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, EU:C:2013:180
41. wyrok z 13.06.2013 r., w sprawie C-386/11 *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren*, ECLI:EU:C:2013:385

42. wyrok z 10.10.2013 r. w sprawie C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v. Manova A/S*, EU:C:2013:647
 43. wyrok z 08.05.2014 r. w sprawie C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg i Hochschul-Informationssystem GmbH v. Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, www.curia.europa.eu
 44. wyrok z 18.09.2014 r. w sprawie C-549/13 *Bundesdruckerei GmbH przeciwko Stadt Dortmund*, MoP 2014 nr 21, str. 1118
 45. wyrok z 18.12.2014 r. w sprawie C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt przeciwko Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, Legalis nr 1162727
 46. Wyrok z 12.03.2015 r. w sprawie C-538/13, *eViglio Ltd*, ECLI:EU:C:2015:166
 47. wyrok z 22.10.2015 r. w sprawie C-425/14, *Impresa Edilux srl i Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) v. Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani i in.*, EU:C:2015:721
 48. wyrok z 07.04.2016 r. w sprawie C-324/14, *PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta*, EU:C:2016:214
 49. wyrok z 24.05.2016 r. w sprawie C-396/14, *MT Højgaard A/S i Züblin A/S v. Banedanmark*, EU:C:2016:347
 50. wyrok z 02.06.2016 r. w sprawie C-27/15, *Pippo Pizzo v. CRGT Srl*, EU:C:2016:404
 51. wyrok z 14.12.2016 r., w sprawie C-171/15 *Connexion Taxi Services*, EU:C:2016:948, pkt 30
 52. postanowienie z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, *Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z.o.o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu*, EU:C:2017:557
 53. wyrok z 13.07.2017 r., w sprawie C-76/16, *Ingsteel spol. s r. o. i Metrostav a.s. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie*, Legalis nr 2255510
 54. wyrok z 01.03.2018 r. w sprawie C-9/17, *Maria Tirkkonen*, Legalis nr 1784330
 55. wyrok z 28.02.2018 r. w sprawach połączonych C-523/16, C-536/16, *MA.T.I. SUD SpA v. Centostazioni SpA i Duemme SGR SpA przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR)*, EU:C:2018:122
 56. wyrok z 10.09.2020 r. w sprawie C-367/19, *Tax-Fin-Lex v. Ministrstvo za notranje zadeve*, EU:C:2020:685
 57. wyrok z 27.06.2000 r., w sprawach połączonych C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo Edytora SA v. Roció Murciano Quintero i Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades i inni*, EU:C:2000:346
 58. wyrok z 08.12.2022 r. w sprawie C-769/21 *AAS „BTA Baltic Insurance Company” przeciwko Iepirkumu uzraudzības birojs, Tieslietu ministrija*, ECLI:EU:C:2022:973
1. opinia Rzecznika Generalnego z 23.04.2020 r., w sprawie C-521/18, Legalis 2333519
 2. opinia Rzecznika Generalnego z 17.12.2008 r. w sprawie C-250/07, www.curia.europa.eu

3. opinia Rzecznika Generalnego z 12.04.2005 r. w sprawie C-231/03, Zb.Orz. 2005, s. I-7287), pkt 43

Orzecznictwo TK

1. wyrok TK z 11.01.2000 r., K 7/99, OTK Nr 1/2000, poz. 2
2. wyrok TK z 24.02.2003 r., K 28/02, OTK Seria A Nr 2/2003, poz. 13
3. wyrok TK z 29.04.2003 r. SK 24/02, OTK-A 2003, Nr 4, poz. 33
4. wyrok TK z 08.12.2003 r., K 3/02, OTK-A 2003, Nr 9, poz. 99
5. wyrok TK z 13.09.2005 r. K 38/04, OTK-A 2005, Nr 8, poz. 92
6. wyrok TK z 21.11.2005 r. P 10/03, OTK-A 2005, Nr 10, poz. 116
7. wyrok TK z 27.11.2006 r., K 47/04, OTK Seria A Nr 10/2006, poz. 153

Orzecznictwo SN

1. wyrok SN z 09.07.1974 r., I CR 353/74, Legalis nr 18150
2. wyrok SN z 06.01.1976 r., I CR 713/75, Legalis nr 19196
3. wyrok SN z 07.01.1980 r., II CR 464/79, OSN 1980, Nr 7–8, poz. 145
4. uchwała SN z 22.05.1991 r., III CZP 15/91, OSNC 1992/1/1
5. uchwała SN z 02.08.1994 r., III CZP 96/94, OSN 1995, Nr 1, poz. 11
6. uchwała SN z 28.04.1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135
7. uchwała SN z 15.02.1996 r., III CZP 5/96, OSNC 1996, Nr 5, poz. 69
8. uchwała SN z 24.05.1996 r., III CZP 36/96, OSP 1996, Nr 11, poz. 208
9. uchwała SN z 03.03.1997 r., III CZP 3/97, OSNC 1997, Nr 6–7, poz. 71
10. uchwała SN z 27.10.1997 r., III CZP 49/97, OSNC 1998, Nr 3, poz. 36
11. wyrok SN z 22.01.1998 r., III CKN 365/97, OSNC 1998, Nr 9, poz. 144
12. postanowienie SN z 19.04.2018 r., II UK 315/17, Legalis nr 1769922
13. wyrok SN z 20.01.2000 r., I CKN 358/98, Legalis nr 79834
14. wyrok SN z 30.11.2000 r., I CKN 970/98, OSN 2001, Nr 6, poz. 93
15. wyrok SN z 27.04. 2001r. , V CKN 1335/00, Legalis nr 79789
16. wyrok SN z 15.05.2001 r., I CKN 974/00, Legalis nr 277261
17. wyrok SN z 31.05.2001 r., V CKN 247/00, Legalis nr 292000
18. postanowienie SN z 13.09.2001 r., IV CKN 381/00, OSNC 2002, nr 6, poz. 75
19. wyrok SN z 13.09.2001 r., IV CKN 475/00, Legalis nr 79818
20. wyrok SN z 04.10.2001 r., I CKN 328/99, Legalis nr 79822
21. wyrok SN z 04.10.2001 r., I CKN 458/00, Legalis nr 76555

22. wyrok SN z 28.11.2001 r., IV CKN 1756/00, Legalis nr 61221
23. wyrok SN z 05.02.2002 r., II CKN 800/99, Legalis nr 53776
24. wyrok SN z 19.09.2002 r., II CKN 1089/00 i II CKN 1090/00, OSN 2003, Nr 12, poz. 166
25. wyrok SN z 15.11.2002 r., V CKN 1374/00, OSP 2003, Nr 11, poz. 144
26. uchwała SN z 13.02.2003 r. III CZP 95/02, OSNC 2003, Nr 11, poz. 146
27. wyrok SN z 19.03.2003 r., I CKN 174/01, Legalis 124541
28. wyrok SN z 27.06.2003 r., IV CKN 302/2001, OSNC 2004/9 poz. 147
29. wyrok SN z 10.04.2003 r., III CNK 1320/00, OSNC Nr 7-8 poz. 112
30. wyrok SN z 13.01.2004 r., V CK 97/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 34
31. wyrok SN z 20.05.2004 r., II CK 354/04, OSNC Nr 5/2005, poz. 91
32. wyrok SN z 26.08.2004 r., I CK 210/04, BSN 2005, Nr 2
33. wyrok SN z 08.10.2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, Nr 9, poz. 162
34. uchwała SN z 19.10.2005 r., III CZP 73/05, OSNC 2006, Nr 7–8, poz. 121
35. wyrok SN z 21.10.2005 r., III CK 73/05, OSNC 1999/7-8 poz. 124
36. uchwała SN z 24.11.2006 r., III CZP 85/05, OSNC 2006, Nr 10, poz. 161
37. wyrok SN z 05.12.2006 r., II CSK 327/06, Legalis nr 165206
38. wyrok SN z 19.04.2007 r., I CSK 27/07, OSNC–ZD 2008, Nr A, poz. 25
39. wyrok SN z 18.03.2008 r., IV CSK 478/07, LEX nr 371531
40. wyrok SN z 27.02.2009 r., V CSK 337/08, LEX nr 488738
41. wyrok SN z 26.03.2010 r., I CSK 444/09, LEX nr 583733
42. wyrok SN z 22.04.2010 r., V CSK 321/09, Legalis nr 381608
43. uchwała SN z 17.12.2010 r. III CZO 103/10, OSNC 2011, nr 7-8, poz. 83
44. wyrok SN z 25.05.2011 r., II CSK 528/10, Legalis nr 440104
45. wyrok SN z 07.02.2013 r., II CSK 248/12, Legalis nr 701210
46. wyrok SN z 23.05.2013 r., IV CSK 660/12, Legalis nr 728657
47. wyrok SN z 28.08.2013 r., V CSK 362/12, Legalis nr 846782
48. wyrok SN z 18.02.2016 r., II CSK 197/15, LEX nr 2019505
49. wyrok SN z 15.02.2017, II CSK 236/16, Legalis nr 1577921
50. wyrok SN z 22.03.2017 r., III CSK 148/16, Legalis nr 2946199
51. wyrok SN z 04.07.2019 r., IV CSK 363/18, Legalis nr 1968997
52. postanowienie SN z 29.05.2020, I CSK 561/19, Legalis 2559788
53. wyrok SN z 20.01.2011 r., I CSK 218/10, BSN 2011, Nr 3, poz. 15
54. wyrok SN z 24.02.2021 r., III CSKP 60/21, Legalis nr 2535866
55. postanowienie SN z 16.03.2021 r., II CSK 524/20, Legalis nr 2543556

56. wyrok SN z 13.05.2021 r., sygn. akt. I CSKP 62/21, Legalis nr 2573206

Orzeczenia NSA

1. postanowienie NSA z 27.09.2011 r., sygn. akt II GSK 1842/11, LEX nr 1367196
2. wyrok NSA z 08.05.2014 r., II GSK 249/13, LEX nr 1575466

Orzeczenia SA

1. wyrok SA w Warszawie 14.10.2010 r., VI ACa 217/10, Legalis nr 877827
2. wyrok SA we Wrocławiu z 09.04.2013 r., I ACa 239/13, Legalis nr 999381
3. wyrok SA w Łodzi z 30.01.2013 r., I ACa 1008/12, Legalis nr 1033914
4. wyrok SA w Łodzi z 20.06.2013 r., I ACa 80/13, LEX nr 1342287
5. wyrok SA w Warszawie z 08.10.2014 r., VI ACa 1660/13, LEX nr 1567106
6. wyrok SA w Szczecinie z 22.01.2016 r., I ACa 974/15, Legalis nr 1460563
7. wyrok SA w Krakowie z 28.02.2017 r., I ACa 1440/16, Legalis nr 1657218
8. wyrok SA w Gdańsku z 21.03.2017 r., I ACa 739/16, Legalis nr 1674127;
9. wyrok SA w Łodzi z 27.03.2018 r., I ACa 1380/17, LEX nr 2519251
10. wyrok SA w Warszawie z 27.11.2018 r., V Ca 861/17, niepubl
11. wyrok SA w Szczecinie z 26.04.2019 r., I ACa 12/19, Legalis nr 2178598
12. wyrok SA w Krakowie z 02.07.2019 r., I ACa 1079/18, Legalis nr 2276813
13. wyrok SA w Katowicach z 08.10.2019 r., I ACa 445/18, LEX nr 2972946
14. wyrok SA w Warszawie z 03.12.2019 r., I ACa 266/19, LEX nr 2777462
15. wyrok SA w Warszawie z 10.03.2021 r., V ACa 732/19, OSA 2021, Nr 6, poz. 15

Orzeczenia SO

1. postanowienie SO w Bydgoszczy z 17.03.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl.
2. wyrok SO w Warszawie w wyr. z 20.01.2004 r. V Ca 2344/03, niepubl.
3. wyrok SO we Wrocławiu z 15.06.2005 r., II Ca 512/05, niepubl.
4. wyrok SO w Poznaniu z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl.
5. wyrok SO w Gdańsku z 27.11.2006 r., III Ca 1019/06, niepubl.
6. wyrok SO we Wrocławiu z 14.04.2008 r., X Ga 67/08, LEX nr 1713249
7. wyrok SO w Warszawie z 23.11.2012 r., V Ca 2497/12, Legalis nr 2489681
8. wyrok SO w Warszawie z dnia 14.05.2014 r., V Ca 408/14 Legalis nr 2126159
9. wyrok SO w Gliwicach z 30.12.2014, II C 141/14, www.orzeczenia.ms.gov.pl

10. wyrok SO w Gdańsku z 10.07.2015 r., I C 2/15 Legalis nr 2008423
11. wyrok SO w Warszawie z 08.10.2015, IV C 450/15, www.orzeczenia.ms.gov.pl
12. wyrok SO w Warszawie z 16.07.2016 r., XXIII Ga 924/14, Legalis nr 2131766
13. wyrok SO z Nowym Sączu z 27.05.2020 r., III Ca 252/20, Legalis nr 2395881
14. wyrok SO w Katowicach z 07.07.2020 r., XIX Ga 513/20, niepubl.
15. wyrok SO w Warszawie z 18.12.2020 r., XXIII Ga 1350/20, Legalis nr 2675710
16. wyrok SO w Warszawie z 02.07.2021 r., XXIII Zs 44/21, Legalis nr 2607714
17. wyrok SO w Warszawie z 09.11.2021 r. XXIII Zs 103/21, Legalis nr 2640314
18. wyrok SO w Warszawie z 19.04.2022 r., XXIII Zs 14/22, Legalis 2713838
19. wyrok SO w Warszawie z 10.08.2022 r., XXIII Zs 74/22, Legalis nr 2853483
20. wyrok SO w Warszawie z 31.05.2023 r., XXII Zs 32/23; Legalis nr 2969150

Orzecznictwo KIO

1. wyrok KIO z 21.02.2008 r., KIO/UZP 97/08, LEX nr 374435
2. wyrok KIO z 08.04.2008 r., KIO/UZP 343/10, LEX nr 576584
3. wyrok KIO z 07.01.2008 r., KIO/UZP 28/07, KIO/UZP 100/07, LEX nr 393449
4. wyrok KIO z 16.06.2009 r., KIO/UZP 694/09, LEX nr 508277
5. wyrok KIO z 10.07.2009 r., KIO/UZP 807/09, Legalis nr 165835
6. wyrok KIO z 05.08.2009 r., KIO/UZP 961/09, LEX nr 512943
7. wyrok KIO z 26.11.2009 r., KIO/UZP 1547/09, LEX nr 536851
8. wyrok KIO z 08.04.2010 r., KIO/UZP 343/10, Legalis nr 230851
9. postanowienie KIO z 12.04.2010 r., KIO 387/10, Legalis nr 819019
10. wyrok KIO z 28.12.2010 r., KIO 2685/10, Legalis nr 322320
11. uchwała SN z 17.12.2010 r., III CZP 103/10, OSNC 2011 nr 7-8, poz. 83, str. 98
12. wyrok KIO z 16.02.2011 r., KIO 225/11, Legalis nr 300261
13. wyrok KIO z 26.07.2011 r., KIO 1470/11, Legalis nr 365049
14. wyrok KIO z 06.06.2012 r., KIO 1014/12, Legalis nr 496101
15. wyrok KIO z 21.08.2012 r., KIO 1700/12, Legalis nr 2489681
16. wyrok KIO z 19.09.2012 r., KIO 1897/12, Legalis nr 2706893
17. uchwała KIO z 04.10.2012 r., KIO/KD 81/12, LEX nr 1230125
18. wyrok KIO z 13.11.2012 r., KIO 2408/12, Legalis nr 683844
19. wyrok KIO z 16.01.2013 r., KIO 2926/12, Legalis nr 754780
20. wyrok KIO z 17.01.2013 r., KIO 14/13, Legalis nr 734402
21. wyrok KIO z 06.03.2013 r., KIO 411/13, Legalis nr 743532

22. wyrok KIO z 29.05.2013 r., KIO1166/13, LEX nr 1349988
23. wyrok KIO z 30.05.2013 r., KIO 798/16, Legalis nr 1483299
24. wyrok KIO z 03.06.2013 r., KIO 1166/13, Legalis nr 2848418
25. wyrok KIO z 15.07.2013 r., KIO 1567/13, Legalis nr 741478
26. wyrok KIO z 16.07.2013 r., KIO 1578/13, Legalis nr 743514
27. wyrok KIO z 13.09.2013 r., KIO 2070/13, LEX nr 1409216
28. wyrok KIO z 29.11.2013 r., KIO 2665/13, Legalis nr 78745
29. wyrok KIO z 15.05.2014 r., KIO 875/14, Legalis nr 981561
30. wyrok KIO z 03.06.2014 r., KIO 1023/14, Legalis nr 1034240
31. wyrok KIO z 06.11.2014 r., KIO 2177/14, Legalis nr 1180078
32. wyrok KIO z 22.01.2015 r., KIO 2832/14, Legalis nr 1219233
33. wyrok KIO z 18.05.2015 r., KIO 897/15, LEX nr 1746880
34. wyrok KIO z 21.05.2015 r., KIO 941/15, LEX nr 1798004
35. wyrok KIO z 15.06.2015 r. KIO 1139/15, Legalis nr 1351663
36. wyrok KIO z 22.07.2015 r., KIO 1500/15, Legalis nr 1361560
37. wyrok KIO z 04.09.2015 r., KIO 1815/15, Legalis nr 1396659
38. wyrok KIO z 12.02.2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16, LEX nr 2008755
39. wyrok KIO z 08.04.2016 r., KIO 437/16, Legalis nr 1469046
40. uchwała KIO z 05.05.2016 r., KIO/KD 29/16, LEX nr 2039443
41. wyrok KIO z 10.05.2016 r., KIO 654/16, Legalis nr 1482190
42. wyrok KIO z 02.06.2016 r. KIO 1032/15, Legalis nr 1352038
43. wyrok KIO z 24.08.2016 r., KIO 1477/16, Legalis nr 1537213
44. wyrok KIO z 14.09.2016 r., KIO 1607/16, Legalis nr 270817
45. wyrok KIO z 08.11.2016 r., KIO 1978/16, Legalis nr 1538423
46. wyrok KIO z 25.11.2016 r., KIO 2135/16, Legalis nr 1544052
47. wyrok KIO z 08.12.2016 r, KIO 2164/16, Legalis nr 1558692
48. wyrok KIO z 09.03.2017 r., KIO 338/17, Legalis nr 1580871
49. wyrok KIO z 14.03.2017 r. KIO 371/17, Legalis nr 1581098
50. wyrok KIO z 23.03.2017 r., KIO 454/17, Legalis nr 1581449
51. wyrok KIO z 26.04.2017 r., KIO 683/17, Legalis nr 1618285
52. wyrok KIO z 29.09.2017 r., KIO 1902/17, Legalis nr 1704742
53. wyrok KIO z 06.01.2018 r., KIO 47/18, Legalis nr 1755713
54. wyrok KIO z 16.02.2018 r., KIO 155/18, LEX nr 2476253
55. wyrok KIO z 06.06.2018 r., KIO 980/18, KIO 983/18, LEX nr 2528926
56. wyrok KIO z 22.01.2019 r., KIO 2608/18, Legalis nr 1883269

57. wyrok KIO z 18.03.2019 r., KIO 358/19, Legalis nr 2658357
58. wyrok KIO z 08.05.2019 r., KIO 744/19, Legalis nr 1974000
59. wyrok KIO z 28.05.2019 r., KIO 864/19, Legalis nr 2250625
60. wyrok KIO z 09.09.2019 r., KIO 1636/19, Legalis nr 2245571
61. wyrok KIO z 04.10.2019 r., KIO 1850/19, Legalis nr 2256756
62. wyrok KIO z 13.12.2019 r., KIO 2416/19, LEX nr 2770734
63. wyrok KIO z 10.06.2020 r., KIO 969/20, Legalis nr 2457975
64. wyrok KIO z 26.06.2020 r., KIO 1052/20, Legalis nr 2443565
65. wyrok KIO z 14.07.2020 r., KIO 1066/20, Legalis nr 2450002
66. wyrok KIO z 25.09.2020 r., KIO 1877/20, Legalis nr 2495487
67. wyrok KIO z 01.10.2020 r., KIO 2223/20, Legalis nr 2505899
68. wyrok KIO z 13.11.2020 r., KIO 2729/20, Legalis nr 2505905
69. wyrok KIO z 07.12.2020 r., KIO 2983/20, Legalis nr 2611414
70. wyrok KIO z 22.01.2021 r., KIO 3439/20, Legalis nr 2537459
71. wyrok KIO z 01.02.2021 r., KIO 33/21, LEX nr 3146782
72. wyrok KIO z 02.02.2021 r., KIO 3512/20, Legalis nr 2539064
73. wyrok KIO z 16.02.2021 r., KIO 121/21, Legalis nr 2560406
74. wyrok KIO z 04.03.2021 r., KIO 356/21, Legalis nr 2562743
75. wyrok KIO z 05.03.2021 r., KIO 89/21, KIO 90/21, Legalis nr 2559679
76. wyrok KIO z 05.03.2021 r., KIO 418/21, Legalis nr 2648627
77. wyrok KIO z 22.03.2021 r., KIO 469/21, Legalis nr 2570200
78. wyrok KIO z 20.05.2021 r., KIO 989/21, Legalis nr 2607327
79. wyrok KIO z 21.05.2021 r., KIO 1066/21, Legalis nr 2612982
80. wyrok KIO z 24.05.2021 r., KIO 959/21, KIO 1205/21, Legalis nr 2605051
81. wyrok KIO z 02.08.2021 r., KIO 1905/21, Legalis nr 2656602
82. wyrok KIO z 03.09.2021 r., KIO 2293/21, Legalis nr 2624626
83. wyrok KIO z 07.09.2021 r., KIO 2194/21, Legalis nr 2624623
84. wyrok KIO z 29.09.2021 r., KIO 2377/21, Legalis nr 2625088
85. wyrok KIO z 13.10.2021 r., KIO 2746/21, Legalis nr 2675963
86. wyrok KIO z 27.10.2021 r., KIO 2751/21, Legalis nr 2675942
87. wyrok KIO z 27.10.2021 r., KIO 2940/21, Legalis nr 2701133
88. wyrok KIO z 18.11.2021 r., KIO 3221/21, Legalis nr 2704967
89. wyrok KIO z 26.11.2021 r., KIO 3283/21, KIO 3291/21, KIO 3293/21, LEX nr 3353751
90. wyrok KIO z 26.11.2021 r., KIO 3267/21, LEX nr 3353745

91. wyrok KIO z 29.11.2021 r., KIO 3285/21, KIO 3317/21, LEX nr 3353752
92. wyrok KIO z 28.01.2022 r., KIO 64/22, Legalis nr 2682150
93. wyrok KIO z 01.02.2022 r., KIO 66/22, Legalis nr 2682151
94. wyrok KIO z 15.02.2022 r., KIO 206/22, Legalis nr 2672804
95. wyrok KIO z 02.03.2022 r. KIO 440/22, Legalis nr 2728173
96. wyrok KIO z 14.03.2022 r., KIO 500/22, Legalis nr 2727728
97. wyrok KIO z 19.04.2022 r., KIO 907/22, Legalis 2711765
98. wyrok KIO z 29.04.2022 r., KIO 1001/22, Legalis nr 2716127
99. wyrok KIO z 04.05.2022 r., KIO 1085/22, LEX nr 3362688
100. wyrok KIO z 10.05.2022 r., KIO 1093/22, Legalis nr 2790260
101. wyrok KIO z 03.06.2022 r., KIO 1088/22, Legalis nr 2790267
102. wyrok KIO z 10.06.2022 r. KIO 1415/22, Legalis nr 2844307
103. wyrok KIO z 05.07.2022 r., KIO 1601/22, LEX nr 3438580
104. wyrok KIO z 18.07.2022 r., KIO 1652/22, LEX nr 3457969
105. wyrok KIO z 02.01.2023 r., KIO 3406/22, Legalis nr 2989375
106. wyrok KIO z 16.01.2023 r., KIO 22/23, Legalis nr 2887732
107. wyrok KIO z 26.09.2023 r., KIO 2572/23, Legalis nr 3016908