

Specyfika umów o zamówienia publiczne



Joanna Marczevska

Prawnik, specjalistka w dziedzinie zamówień publicznych z kilkunastoletnim doświadczeniem, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Wydziału Prawa Uniwersytetu SWPS oraz podyplomowego studium zamówień publicznych Szkoły Głównej Handlowej. Członek Polskiego Stowarzyszenia Zamówień Publicznych.

✉ joanna@marczevska.com.pl

<https://orcid.org/0000-0002-7447-1337>

Public Procurement Contracts

The article presents public procurement contracts by describing their key aspects: the form and procedure for concluding the contract and the period for which it can be concluded. The author points out that the characteristic feature of public procurement contracts is primarily the fact that they can only be concluded after the procedure specified in the public procurement rules has been carried out. In addition, the issue of statutory changes in the content of the public procurement contract in the light of applicable provisions is discussed, and the grounds for the nullification of the contract are analysed. It is emphasised that, as a rule, changes to the contract are prohibited and the statutory conditions for the amendment of the contract are prearranged. In addition, issues related to the invalidity of the contract are analysed. Finally, the article considers whether public procurement contracts implement the principle of contract freedom and to what restrictions they are subject under the provisions of the Polish Public Procurement Law. The study raises even the issue of whether public procurement contracts fall within the class of binding contracts.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, swoboda umów, unieważnienie umowy, zmiana umowy o zamówienie publiczne, umowy adhezyjne, zamawiający, wykonawca

Key words: public procurement, freedom of contracts, annulment of the contract, amendment of the public contract, adhesive contracts, contracting authority, contractor

<https://doi.org/10.32082/fp.v6i56.361>

1. Wstęp

Zamówienia publiczne, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹, to odpłatne umowy zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Oszacowana przez Prezesa Urzędu Zamówień

Publicznych (UZP) wartość rynku zamówień publicznych stanowiła w 2018 r. 9,55% produktu krajowego brutto. Wartość udzielonych zamówień publicznych rośnie z roku na rok – w 2018 r. wynosiła ponad 202 mld zł. Kwestie związane z umowami o zamówienia publiczne są więc istotne, choć pozostawiają pewne wątpliwości. Umowy zawarte w wyniku procedury określonej w ustawie Pzp

1 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. 2019 poz. 1843 (dalej: Pzp).

cechuje kilka zasadniczych różnic w stosunku do klasycznych umów zawieranych w obrocie cywilnoprawnym. Po pierwsze, istotne jest, jaki charakter mają zawierane przez zamawiających umowy. Z jednej bowiem strony proces dojścia do zawarcia umowy jest sformalizowany i wynika ze szczegółowych unormowań ustawy Pzp. Z drugiej strony regulacje dotyczące umów o zamówienia publiczne są poddane przepisom Kodeksu cywilnego, co wynika wprost z ustawy Pzp. Kodeks cywilny² posługuje się dla określenia stron stosunku zobowiązaniowego pojęciami „dłużnik”

Po trzecie, umowy o zamówienia publiczne są szczególnym zobowiązaniem, w którym ograniczeń doznaje kodeksowa zasada swobody umów. Można wskazać na wiele przejawów ograniczeń tej zasady. Należą do nich: niemożność swobodnego wyboru kontrahenta, ograniczony wpływ wykonawcy na określenie przedmiotu zamówienia i warunków realizacji, niemożność dowolnej zmiany zawartej umowy oraz specyficzne zasady odstąpienia od umowy. W orzecznictwie oraz doktrynie wskazuje się niejednokrotnie, że umowy o zamówienia publiczne, z uwagi na powyższe uwa-



Charakterystyczne dla umów o zamówienia publiczne są tryb i forma ich zawarcia, okres, na jaki umowa może być zawarta, możliwość zmiany umowy czy też wyjątkowy katalog przesłanek nieważności umowy.

i „wierzyciel”. Stosownie do art. 353 ust. 1 Kodeksu cywilnego zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. Ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje specyficzny stosunek zobowiązaniowy istniejący pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, jednak jak wskazano w dalszej części, nie podlega wątpliwości, że umowy o zamówienia publiczne pomimo administracyjnoprawnego procesu dojścia do zawarcia umowy są poddane regulacjom cywilnoprawnym.

Po drugie, umowy o zamówienia publiczne są specyficzne ze względu na szczególne regulacje właściwe tylko dla tego typu umów, jak tryb i forma zawarcia umowy, okres, na jaki umowa może być zawarta, możliwość zmiany umowy, przesłanki nieważności umowy. Powyższe, szczególne uregulowania, właściwe jedynie dla umów o zamówienia publiczne, wyróżniają tego typu umowy spośród innych umów określonych w Kodeksie cywilnym.

runkowania, mają charakter adhezyjny, co zostanie wykazane w ostatniej części opracowania.

Umowy o zamówienia publiczne jako szczególne zobowiązania charakteryzują się określoną specyfiką, pomimo iż nie stanowią odrębnej umowy nienazwanej. Zagadnienie zostało przeanalizowane z zastosowaniem metodyki dogmatyczno-prawnej, z powołaniem się na literaturę przedmiotu i orzecznictwo.

2. Charakterystyka umowy o zamówienie publiczne i forma jej zawarcia

2.1. Ogólna charakterystyka

Mówiąc o zamówieniach publicznych, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 13 ustawy Pzp, należy pod tym pojęciem rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Umowy o zamówienia publiczne są więc szczególnymi zobowiązaniami, których stroną są każdorazowo podmioty mające status zamawiającego, wedle powołanej ustawy.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się prze-

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2019 poz. 1145, 1495 (dalej: k.c.).

pisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Przepisy Kodeksu cywilnego zastosowanie znajdują przede wszystkim w zakresie wad oświadczenia woli, zasad reprezentacji, działania w cudzym imieniu, terminów, jak przepisy księgi III dotyczące zobowiązań³. Stosowanie przepisów k.c. nie następuje odpowiednio, lecz wprost, a wyłączenie przepisów kodeksowych uzależnione jest od istnienia odrębnej regulacji w ustawie Pzp⁴. W odniesieniu do wielu instytucji cywilistycznych adaptacja ogólnych

umów nazwanych. Możliwe jest również zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, która będzie miała charakter umowy nienazwanej lub charakter mieszany. Powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych, co oznacza, że nie było wolą ustawodawcy wyodrębnienie samodzielnego typu umowy nazwanej i do umów o zamówienie publiczne powinno się stosować poszczególne typy umów nazwanych, przewidzianych w k.c., oraz przepisy ogólne



Adaptacja ogólnych reguł Kodeksu cywilnego na grunt zamówień publicznych powinna następować z uwzględnieniem właściwości (natury) stosunku powołanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

nych reguł na grunt zamówień publicznych powinna następować z uwzględnieniem właściwości (natury) stosunku powołanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zawsze bowiem reguły kodeksowe przystają do sytuacji wyznaczonych rygoryzmem formalnym prawa zamówień publicznych⁵.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest odrębnym typem umowy nazwanej⁶. Umowy nazwane to te, których *essentialia negotii* określają przepisy prawa, np. sprzedaż, dostawa, umowa o dzieło, zlecenie, umowa o roboty budowlane i in. Ustawa Pzp nie określa elementów przedmiotowo istotnych umowy o zamówienie publiczne, lecz odsyła do poszczegól-

dotyczące zobowiązań, z uwzględnieniem jednak uregulowań przyjętych w ustawie Pzp⁷.

Kontynuując rozważania na temat charakterystyki umów o zamówienia publiczne, należy wskazać, że zasadniczą kwestią jest wzajemność świadczeń. Obie strony umowy zobowiązane są w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Świadczenia są zatem – w przekonaniu stron – równoważnościowe i wymienne w tym znaczeniu, że celem świadczenia każdej ze stron jest uzyskanie odpowiadającego mu świadczenia kontrahenta⁸. Każda ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zarazem dłużnikiem i wierzycielem – świadczenie wykonawcy polega na wykonaniu dostaw, usług lub robót budowlanych, a świadczenie zamawiającego na ich opłaceniu. Wzajemny charak-

3 P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1147.

4 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Lex*, Warszawa 2014, s. 767.

5 Tamże.

6 P. Granecki, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 1148.

7 Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08, Lex nr 1713249.

8 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 769.

ter umowy o zamówienie publiczne należy uznać za jej cechą konstytutywną⁹.

Ważną cechą umów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą jest ich jawność, która wynika z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp. Umowy te podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej¹⁰.

2.2. Wymóg formy pisemnej pod rygorem nieważności oraz możliwość podpisania umowy elektronicznie

Zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej, co stanowi ograniczenie swobody wyboru formy zawarcia umowy. Niezachowanie formy pisemnej skutkuje bezwzględną nieważnością umowy. W kon-

Zamawiający zobowiązani są w obecnym stanie prawnym prowadzić postępowania o wartości przekraczającej progi unijne za pomocą komunikacji elektronicznej, co sukcesywnie zostanie rozszerzone również na postępowania o mniejszej wartości. Wydaje się więc, że skoro elektroniczność ma na celu usprawnianie procedur, to pomimo iż ustawa wskazuje formę pisemną pod rygorem nieważności, dopuszczalne jest również zastosowanie elektronicznych podpisów do zawierania umowy o zamówienie publiczne. Przemawia za tym fakt, iż stosownie do art. 78¹ ust. 2 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Skoro więc ustawa Pzp (ani projekt ustawy Pzp) nie wyłącza zastosowania tego przepisu, to przez odesłanie do Kodeksu cywilnego (art. 14 ustawy Pzp oraz art. 8 projektu nowego Pzp) należy go stosować.



Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest odrębnym typem umowy nazwanej.

sekwencji czynność ta nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych i jest nieważna od początku z mocy prawa. Nie jest jednak tak, że czynność taka nie wywołuje żadnych skutków, w przypadku bowiem wykonania umowy powstaje kwestia zwrotu świadczeń czy odszkodowania¹¹.

W obliczu zmian związanych z elektroniczną zamówień publicznych można postawić pytanie, czy podpisanie umowy o zamówienie publiczne w świetle art. 139 ust. 2 ustawy Pzp (którego treść powtórzono w art. 432 nowej ustawy Pzp¹², która wejdzie w życie w styczniu 2021) możliwe jest jedynie poprzez złożenie odrębnego podpisu, czy też dopuszczalne jest podpisanie umowy elektronicznie.

Jeśli więc ustawa ustanawia formę pisemną pod rygorem nieważności, a strony podpiszą tę umowę za pomocą podpisu elektronicznego, należy uznać, że dochowana zostanie ustawowa forma czynności prawnej.

2.3. Zakres świadczenia umowy musi być tożsamy z zakresem wynikającym z oferty

Ponieważ do zawarcia umowy o zamówienie publiczne prowadzi formalistyczna procedura wyłonienia wykonawcy, ogromne znaczenie ma regulacja zawarta w art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Stosownie zaś do art. 140 ust. 3 ww. ustawy umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem art. 144 ustawy Pzp. Sformułowanie, że zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, oznacza, że zakres świadczenia powinien *de facto* odpowiadać

⁹ Tamże.

¹⁰ J.E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1051.

¹¹ P. Granecki, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 1154.

¹² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. 2019 poz. 2019.

opisowi przedmiotu zamówienia¹³. Zakres świadczenia wykonawcy to rozmiar tego świadczenia określony w danych jednostkach miary (np. sztukach, metrach, tonach, krotnościach). Niedopuszczalne są więc w świetle ww. regulacji czynności stron skutku-

Pzp w art. 94 precyzyjnie reguluje termin, w którym zamawiający powinien zawrzeć umowę z wyłonionym wykonawcą. Powyższy przepis ustanawia tzw. instytucję *standstill*, czyli minimalnego okresu zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy po zawiadomieniu



Niedopuszczalne są czynności stron skutkujące rozszerzeniem świadczenia wykonawcy ponad określenie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego.

jące rozszerzeniem świadczenia wykonawcy ponad określenie przedmiotu zamówienia¹⁴. Odnosi się to zarówno do zawarcia umowy w szerszym zakresie, jak i do zmian umowy, które mogłyby doprowadzić do rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy¹⁵.

3. Tryb zawarcia umowy o zamówienie publiczne i okres, na jaki może ona być zawarta

3.1. Tryb zawarcia umowy

Bezpośrednim celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą, który zaoferował najkorzystniejsze warunki jej wykonania. Jednocześnie przepisy Pzp chronią zarówno interes publiczny (dążąc do efektywnego wydatkowania środków publicznych), jak i interes wykonawcy, regulując to, w jakim momencie zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, by umożliwić wykonawcom i organom ocenę, czy interesy te nie zostały naruszone¹⁶. Ustawa

wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Celem wprowadzenia powyższej regulacji jest zagwarantowanie wykonawcom możliwości skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej¹⁷. Zamawiający może zawrzeć umowę, co do zasady, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, ewentualnie w terminie co do zasady nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Ustawodawca przewidział również pewne sytuacje, w których utrzymywanie zawieszenia możliwości zawarcia umowy nie jest celowe, jak np. w sytuacji, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przypadku trybu przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę. Jak wskazano wyżej, termin upływający od wyboru najkorzystniejszej oferty do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest okresem, w którym wykonawcy mogą wnieść środki ochrony prawnej na czynności lub zaniechania zamawiającego, jakie miały miejsce podczas postępowania. Stosownie do art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy zamawiający poinformował

13 P. Granecki, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 1161.

14 S. Mosur-Blezel, *Różnice pomiędzy określeniem przedmiotu zamówienia a opisem przedmiotu zamówienia*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 7, s. 64.

15 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 774.

16 Tamże, s. 527.

17 P. Soszyńska-Purtak, *Zawarcie umowy o zamówienie publiczne*, LEX Publikacje Elektroniczne ABC.

wykonawców o czynności podjętej lub zaniechanej, termin do wniesienia odwołania zależy od wartości zamówienia oraz od sposobu przesłania wykonawcom informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania i wynosi: gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, co do zasady 10 dni od dnia przesłania informacji drogą elektroniczną lub faksem, zaś gdy wartość zamówienia jest mniejsza od progów unijnych – 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego drogą elektroniczną lub faksem.

Jak wynika z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zawarcie umowy wbrew powyższym regulacjom stanowi przesłankę do żądania unieważnienia umowy. Na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3 unieważnieniu podlega bowiem umowa w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy zamawiający zawarł ją z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy.

Umowa co do zasady powinna być zawarta przed upływem terminu związania ofertą. W tym bowiem okresie zamawiającemu przysługują środki, poprzez które może oddziaływać na wykonawcę, aby nakłonić go do zawarcia umowy, np. prawo do zatrzymania wadium wraz z odsetkami. Po upływie terminu związania ofertą umowa może być jednak zawarta, jeśli taka będzie wola stron¹⁸. Po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający nie może odstąpić od zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, o ile nie występuje żadna z przesłanek unieważnienia postępowania. Jeśli zamawiający uchyla się od zawarcia umowy, wykonawcy przysługuje roszczenie o zawarcie umowy, dochodzone w trybie art. 64 k.c., a także możliwość żądania podwójnego wadium albo naprawienia szkody, co wynika z art. 70⁴ § 2 k.c.¹⁹ Na mocy art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli to wykonawca, którego

oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Niezwłocznie po zawarciu umowy zamawiający jest obowiązany do zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub do przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

3.2. Okres trwania umowy

W zamówieniach publicznych obowiązuje zasada zawierania umów na czas oznaczony, co wynika z art. 142 ustawy Pzp. Zamawiający co do zasady może zawrzeć umowę na dowolny okres, o ile jest on precyzyjnie określony. Powodem zastosowania ww. zasady, w sposób bardziej restrykcyjny, niż przewidują to Dyrektywy UE, jest przekonanie, że umowy długoterminowe ograniczają konkurencję, utrudniając dostęp do uzyskania zamówienia²⁰. Ustawa Pzp nie ogranicza sposobu określenia terminu realizacji umowy – może być on wskazany za pomocą liczby dni, miesięcy lub lat, konkretnej daty, jak też przysłego zdarzenia o charakterze pewnym²¹. Termin ten musi być określony już na etapie wszczęcia postępowania (w ogłoszeniu i w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia – SIWZ), aby dać wykonawcom możliwość złożenia porównywalnych ofert. Warto jednocześnie zwrócić uwagę, że, jak wynika z praktyki, termin realizacji zamówienia, tj. czas trwania umowy, może stanowić kryterium oceny ofert – wówczas wykonawca, składając ofertę, będzie miał pewność co do czasu trwania umowy, jeśli jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie z postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2012 r.: „Z postanowień art. 142 i 143 Prawa zamówień publicznych wynika, że do *essentialia negotii* umowy o zamó-

i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 5, s. 6.

18 Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08, OTK-A 2010/2/18.

19 P. Soszyńska-Purtak, *Zawarcie umowy o zamówienie publiczne*, LEX Publikacje Elektroniczne ABC oraz J. Rajska, *Aukcja*

20 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 779.

21 J.E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 1062.

wienie publiczne należy określić termin realizacji zamówienia. Art. 36 ust. 1 pkt 4 i art. 41 pkt 6 ustawy wskazują, że termin wykonania zamówienia jest obligatoryjnym elementem tak ogłoszenia o zamówieniu publicznym jak i SIWZ. Określenie tego 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 zatem istotne znaczenie dla sporządzenia oferty, musi być zatem określony w sposób pozwalający wykonawcom określić minimalny i maksymalny czasookres trwania przyszłej umowy w normalnym toku jej realizacji²².

Jako szczególną regulację o charakterze wyjątku należy potraktować zapis art. 142 ust. 2 ustawy Pzp. Umowa dla świadczeń okresowych lub ciągłych, co do zasady, nie może trwać dłużej niż 4 lata, chyba że zachodzi jedna z poniższych przesłanek: wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego; jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego; jest to uzasadnione zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

W ustawie Pzp brak definicji świadczeń okresowych i świadczeń ciągłych, stąd niezbędne jest odniesienie się do regulacji Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym świadczenia okresowe to te, których cechą jest cykliczna powtarzalność, w określonych odstępach czasu – przy czym każde z tych świadczeń jest odrębne, samoistne²². Świadczenia ciągłe zaś to stałe zachowanie, bez możliwości wyróżnienia samodzielnych, odrębnych czynności²³.

Co do zasady, w przypadku zamiaru zawarcia umowy na świadczenia okresowe lub ciągłe na czas dłuższy niż 4 lata, gdy wartość przedmiotu zamówienia przekracza tzw. progi unijne, zamawiający na mocy art. 142 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązany jest zawiadomić o tym fakcie Prezesa Urzędu Zamówień

Publicznych, chyba że dotyczy to umowy: kredytu i pożyczki, rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat; ubezpieczenia, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat; o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, partnerstwa publicznego-prywatnego. W przypadku zaś, gdy w wyniku postępowania ma być zawarta umowa długoterminowa, tj. na czas dłuższy niż 12 miesięcy, ustawa Pzp przewiduje w art. 142 ust. 5 w określonych sytuacjach obowiązek waloryzacji wynagrodzenia w zakresie zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Ustawa Pzp określa w art. 143 szczególne sytuacje, w których zamawiający może zawrzeć umowę na czas nieoznaczony. Na czas nieoznaczony mogą być jedynie zawarte umowy w zakresie dostawy wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci, dostawy gazu z sieci gazowej, dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej, dostawy licencji na oprogramowanie komputerowe, usług przesyłowych lub dystrybucyjnych energii elektrycznej lub gazu ziemnego.

4. Zmiany umowy o zamówienie publiczne

Zasadą, zgodnie z art. 144 ustawy Pzp, jest zakaz istotnych zmian umowy o zamówienie publiczne. Jest on głęboko osadzony w systemie prawa zamówień publicznych. Właściwie niezmienna na przestrzeni lat pozostaje regulacja wyrażona w ww. przepisie, zgodnie z którą zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy²⁴. Celem tego zakazu jest zapobieżenie wsteczemu wypaczaniu wyniku konkurencyjnego postępowania²⁵. Zmianom podlega zaś katalog wyjątków od tej zasady.

Przepisy dotyczące zmian umowy nie są obecnie tak bardzo restrykcyjne, jak te sprzed nowelizacji

22 M. Gutowski (red.) *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–449¹*, Warszawa 2016, s. 746.

23 Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 51.

24 A. Szyszkowski, *Umowy po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych w 2016 roku*, Poznań 2016, s. 7.

25 Wyrok Sądu Rejonowego w Lublinie z dnia 26 czerwca 2009 r., sygn. akt II C 465/08, Lex nr 1732868.

ustawy Pzp, która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r.²⁶ Wykładnia przepisów obowiązujących do tej daty była bardzo formalistyczna. W ówczesnym stanie prawnym liberalna interpretacja przepisów dotyczących zmiany umowy była niedopuszczalna²⁷.

Obecnie ustawa Pzp przewiduje odmienną regulację w zakresie wyjątków co do zakazu zmiany zawartej umowy. Zgodnie bowiem z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zach-

w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego; zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego; wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Ustawa przewiduje również możliwość zmian umowy w sytuacjach wyjątkowych i zaskakujących, o ile zostały spełnione łącznie następujące warunki: konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spo-



Ustawa zakazuje zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że wystąpiły ustawowe okoliczności uzasadniające zmianę.

dzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. I tak, zmiany umowy są możliwe przede wszystkim w sytuacji, gdy zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Ponadto możliwe są zmiany umowy, które dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki: zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych ani technicznych,

wodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, i wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Wreszcie uregulowana jest również sytuacja zmiany umowy, kiedy wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca. Jest to przesłanka oczywista i pożądana, która jednak na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów nie była możliwa do zastosowania z mocy ustawy. Obecnie można zamienić wykonawcę w stosunku do tego, który złożył ofertę przede wszystkim na podstawie postanowień umownych, przewidzianych w SIWZ, w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy oraz w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców.

26 Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U 2016 poz. 1020.

27 J. Pieróg, K. Pieróg, *Zmiana umowy o zamówienie publiczne*, „Przetargi Publiczne” 2015, nr 11, s. 21.

Przesłanką zmiany umowy jedynie o charakterze matematycznym jest ostatnia z wymienionych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Na mocy ww. przepisu możliwe są zmiany umowy, o ile łączna wartość tych zmian jest mniejsza niż progę unijne i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

nia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ustawie Pzp.

Należy zauważyć, że ww. katalog sytuacji dopuszczalnych zmian umowy w połączeniu z przepisem doprecyzującym pojęcie istotności zmiany umowy jest katalogiem zamkniętym, choć określonym dość elastycznie. Obecną regulację w tym zakresie ocenia się pozytywnie i wskazuje się, iż ma ona znacznie lepszy wpływ na system zamówień publicznych niż poprzednio obowiązująca. Wskazuje się między innymi, że ure-



Sąd Najwyższy uznał, że Kodeks cywilny zezwala na wystąpienie z żądaniem unieważnienia umowy zawartej w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami także uczestnikowi przetargu, jeżeli naruszenie miało wpływ na wynik procedury.

Zmiany umowy są również możliwe zawsze, o ile nie są istotne. W art. 144 ust. 1e ustawy Pzp sprecyzowano pojęcie istotności zmiany umowy. Zgodnie z tym przepisem zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu. Ponadto istotna jest zmiana, która nawet nie zmieniając ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej, powoduje co najmniej jedną z następujących okoliczności: zmiana wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści; zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej; zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej; lub też zmiana polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówie-

gulowanie pojęcia istotnej zmiany wzmocnia istniejącą zasadę trwałości stosunku umownego nawiązanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne²⁸. Wskazuje się, że dzięki obecnie funkcjonującym przepisom trudno wyobrazić sobie sytuację, w której dopuszczalne byłyby zmiany umowy, o ile są one korzystne dla zamawiającego, co możliwe było w poprzednim stanie prawnym i przyczyniało się do powstawania możliwości naruszania zasady równości w postępowaniu²⁹.

Na gruncie poprzednio obowiązującego art. 144 ustawy Pzp wyrażano pogląd aktualny co do zasady w obecnym stanie prawnym, że „do dokonania zmiany umowy o zamówienie publiczne, jak i każdej innej umowy, niezbędna jest zgodna wola stron umowy. Przy czym po stronie wykonawcy ta wola jest wystarczająca do przystąpienia do zmiany, natomiast zamawiający oprócz woli musi jeszcze wykazać zaistnienie szczegól-

28 J. Rokicki, M. Zastrzeżyński, *Zmiany istotne i nieistotne*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 10, s. 43.

29 Tamże.

nych okoliczności, które wcześniej przewidział w ogłoszeniu lub w SIWZ³⁰. Na gruncie ustawy Pzp zgodna wola stron nie jest więc warunkiem wystarczającym do dokonania zmiany umowy, gdyż zamawiającego w tym zakresie wiąże granice określone w ustawie Pzp. Zachowanie sprzeczne z tymi zasadami nieodmiennie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych i wiąże się z sankcjami wobec osób, które takiego naruszenia się dopuściły, przewidzianymi w przepisach dotyczących odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych³¹.

5. Procedura i przesłanki nieważności umowy

W ustawie Pzp pojęcie nieważności umowy uregulowane zostało w art. 146, jednak sankcja nieważności pojawia się także w innych przepisach, o których była już po części mowa. I tak do nieważności umowy odnosi się art. 139 ust. 2 ww. ustawy, który stanowi, że umowa o zamówienie publiczne pod rygorem nieważności powinna mieć zachowaną formę pisemną. Ponadto z art. 140 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do nieważności odnosi się wreszcie art. 144 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym postanowienie umowne zmienione niezgodnie z ustawą podlega unieważnieniu.

Podstawowym przepisem regulującym problem nieważności umowy o zamówienie publiczne jest jednak art. 146 ustawy Pzp ustanawiający katalog przesłanek nieważności umowy. Umowa podlega unieważnieniu w następujących sytuacjach: gdy zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; gdy nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej; gdy zamawiający zawarł umowę z naruszeniem terminów 5 lub 10 dni od wyboru oferty najkorzystniejszej

lub zawarł umowę w przypadku wniesienia odwołania, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Umowa podlega ponadto unieważnieniu, jeśli zamawiający uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem, uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej, zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę oraz gdy zamawiający zawarł umowę przed upływem terminu 14 dni od dnia zamieszczenia informacji o zamiarze zawarcia umowy w wyniku przeprowadzonego zamówienia z wolnej ręki. Niezależnie od ww. przesłanek z treści art. 146 ust. 6 ustawy Pzp wynika ponadto, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Stosownie do ww. przepisów umowa podlega unieważnieniu przy zaistnieniu ww. przesłanek, zaś zgodnie z art. 146 ust. 3 ustawy Pzp unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia, wobec czego należy przyjąć, iż w tym zakresie mamy do czynienia „z względną nieważnością”³² o udzielenie zamówienia publicznego³². Charakteryzuje się ona tym, iż o unieważnienie umowy wystąpić mogą wyłącznie podmioty, którym zostało przyznane przez przepisy takie uprawnienie, i unieważnienie następuje ze skutkiem *ex tunc*, tj. od dnia zawarcia umowy, a decydujące znaczenie ma w tej kwestii wyrok Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu stwierdzający ową nieważność (ma on charakter konstytutywny)³³. W myśl

30 J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 451.

31 M. Bielikow-Kucharska, *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w obszarze zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 165 i n.

32 P. Granecki, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 1198.

33 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 846.

art. 146 ust. 3 ustawy Pzp unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie, może unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest

6. Zasada swobody umów w umowach o zamówienia publiczne

Analiza charakteru umów o zamówienie publiczne byłaby niepełna bez rozważenia, czy do tego rodzaju umów obowiązuje jedna z naczelnych zasad zobowiązań, tj. zasada swobody umów. Wydaje się, że w ramach stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy



Na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych swoboda kontraktowa jest znacząco ograniczona, a więc niezbędne jest przyjęcie dla tego typu zobowiązań również zasady równowagi kontraktowej.

możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu. Wynika z tego, że unieważnienie w tym przypadku nie nastąpi w zakresie zobowiązań już wykonanych, a zatem *a contrario* nieważna będzie tylko niezrealizowana część umowy³⁴.

Dopuszczalność żądania unieważnienia w trybie regulowanym przez ustawę Pzp nie wyklucza możliwości żądania przez zamawiającego jej unieważnienia w drodze powództwa sądowego, którą to możliwość daje art. 146 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 70⁵ k.c. Uprawnienie to na gruncie Prawa zamówień publicznych niesłusznie jednak ograniczono podmiotowo względem rozwiązań kodeksowych³⁵. Pozbawiono bowiem takiej legitymacji drugą stroną umowy, tj. wykonawcę. Tymczasem Kodeks cywilny zezwala na wystąpienie z żądaniem unieważnienia umowy zawartej w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami także uczestnikowi przetargu, jeżeli naruszenie miało wpływ na wynik procedury³⁶.

o zamówienie publiczne należy przyjąć definicję zasady swobody umów *sensu largo*. Definicja opisowa (*sensu largo*) zasady swobody umów przewiduje bowiem, iż jest to ukształtowanie systemu prawa cywilnego, w którym podmioty tego prawa mogą tworzyć i kształtować łączące je stosunki prawne. Podmioty publiczne – jako jedna strona stosunku zobowiązaniowego – wprawdzie uczestniczą w obrocie cywilnym, jednak ponad ich kompetencją do kształtowania swobodnie treści umowy jest ustawowy obowiązek działania w interesie publicznym. Z drugiej zaś strony dla podmiotów prywatnych, tj. ubiegających się o udzielenie im zamówienia publicznego, ponad kompetencją do kształtowania treści stosunku prawnego pozostaje konieczność podporządkowania się reżimowi ustawy Pzp. Na przyjęcie definicji opisowej zasady swobody umów na gruncie zamówień publicznych wskazuje ponadto fakt, iż z szerszego ujęcia tej zasady wyłącza się w doktrynie i orzecznictwie element formy zawieranej umowy. Z przepisów o zamówieniach publicznych wynika, że jedyną formą zawarcia umowy może być forma pisemna.

Na gruncie ustawy Pzp swoboda kontraktowa jest znacząco ograniczona, a więc niezbędne jest przyjęcie dla tego typu zobowiązań również zasady równowagi kontraktowej, której celem jest przede wszystkim przeciwdziałanie nadmiernym zakłóceniom ekwiwalentności tych zobowiązań.

34 Tamże, s. 855.

35 A. Gawrońska-Baran, *Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne*, Warszawa 2014; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 856.

36 Wyrok Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r., sygn. akt V CK 12/2003, Lex nr 106593 z aprobowaną glosą R. Szostaka.

Do podstawowych ograniczeń zasady swobody umów w ustawie Pzp należą przede wszystkim te związane z narzuconym przez ustawę obowiązkiem zamawiającego opracowania opisu przedmiotu zamówienia oraz zapisów umowy oświadczenie. Z jednej strony zrozumiałe jest, że zamawiający udziela zamówienia publicznego w celu określonym przez siebie bezpośrednio i pośrednio przez obowiązujące przepisy. W związku z tym, zgodnie z zasadami logiki, to zamawiający kreuje zakres świadczenia, które chce uzyskać od wykonawcy w wyniku przeprowadzonej procedury. Z drugiej jednak strony sposób realizacji tego świadczenia co do zasady również określa arbitralnie zamawiający poprzez opracowanie wzoru umowy z wykonawcą. Pożądane byłoby, aby zamawiający, kierując się zasadą swobody umów, brali pod uwagę w tym zakresie sugestie wykonawców. Wynika to po pierwsze z konieczności zapewnienia choćby w podstawowym wymiarze możliwości realizacji zasady swobody umów. Po drugie poddanie pod rozagę opinii wykonawców miałooby pragmatyczne znaczenie. Wykonawca, będąc bowiem profesjonalistą w danym sektorze, często posiada większe niż zamawiający doświadczenie w realizacji danych inwestycji i projektów, a co za tym idzie – część regulacji dotyczących sposobu spełnienia świadczenia mogłaby być i powinna być ustalana po rozważeniu opinii tego podmiotu.

Kolejnym, oczywistym ograniczeniem jest kwestia niemożności swobodnego wyboru kontrahenta na gruncie ustawy Pzp. Zamawiający ma bowiem obowiązek dokonać wyboru wykonawcy nie w sposób dowolny, oceniając subiektywnie, który podmiot będzie najlepiej przygotowany do realizacji zamówienia, lecz musi ustalić warunki udziału w postępowaniu, opierając się na jednoznacznych zapisach pozwalających na wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie zrealizować umowę o zamówienie publiczne. Ponadto zamawiający poza weryfikacją podmiotową wykonawcy ma również obowiązek dokonać opisu kryteriów oceny ofert. Ustawa narzuca pewne regulacje z tym związane, np. konieczność zastosowania kryterium ceny, o wadze co do zasady nie wyższej niż 60%. Zamawiający jest więc związany po pierwsze regulacjami ustawy co do sposobu ustalania kryteriów, jak i jest zobligowany dokonać oceny ofert na podstawie uprzednio ustalonych kryteriów. Ograniczenie zasady swobody umów

polega więc w tym aspekcie na tym, że zamawiający nie może finalnie dokonać wyboru wykonawcy wedle uznania, lecz na podstawie ustawowych wytycznych, przy zachowaniu zasad wynikających z ustawy Pzp, np. zasady równości wykonawców.

Niekiedy słusznie wskazuje się, że biorąc pod uwagę dwie strony umowy o zamówienie publiczne, brak możliwości wyboru kontrahenta, jako ograniczenie po stronie zamawiającego, niejako rekompensowany jest przez ograniczenie po stronie wykonawcy, tj. brak jego wpływu na opis przedmiotu zamówienia i zapisy umowne. Po pierwsze bowiem ustawodawca, ustanawiając formalistyczną procedurę wyboru wykonawcy, kierował się zapewne zasadami transparentności i przejrzystości z uwagi na dbałość o wydatkowanie środków publicznych. Nie sposób więc wyobrazić sobie, że zamawiający samodzielnie decydowałiby o tym, komu powierzyć realizację zamówienia, bez ustalenia podstawowych zasad w tym zakresie, gdyż mogłoby dochodzić do negatywnych praktyk i naruszeń. Po drugie zasadne wydaje się, aby to zamawiający jako gospodarz postępowania mógł dokonać opisu wymaganego świadczenia i warunków jego uzyskania. Ingerencja wykonawcy, choć w niektórych aspektach pożądana, co wskazywano powyżej, co do zasady w stopniu nadmiernym również mogłaby stanąć na przeszkodzie transparentności procedury przetargowej i zasadzie uczciwej konkurencji.

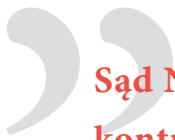
Ponadto wiele ograniczeń ustawa Pzp ustanawia wprost w przepisach dotyczących umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą – umowa nie może być zawarta na dowolny okres, musi być zawarta w formie pisemnej, jak również może zostać unieważniona w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp.

Podsumowując, aby zachować funkcje zasady swobody umów, muszą być spełnione różne przesłanki, takie jak równa prawna i faktyczna pozycja kontraktowa oraz swobodna i uczciwa konkurencja rynkowa. Z uwagi na dużą skalę ograniczeń zasady swobody umów w ustawie Pzp oraz wynikającą z nich poniekąd dominującą pozycję zamawiającego zasada swobody umów na gruncie ustawy Pzp ma raczej wymiar formalny, a umowy o zamówienia publiczne należy uznać za *quasi*-umowy adhezyjne.

Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą, przejawiające się m.in. w możliwości samodziel-

nej konstrukcji umowy, wynika oczywiście z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym, a rekompensatą ryzyk dla wykonawcy jest właściwa wycena oferty, na co wskazał m.in. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r.³⁷ Z tej właśnie przyczyny Sąd wskazał, że umowy o zamówienia publiczne mają charakter adhezyjny, tj. przez przystąpienie.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 r. wskazał, że zawarcie umowy następuje w trybie ofertowym według wzorca umownego i dlatego zakwalifikował ten typ umowy jako umowę adhezyjną³⁹. Sąd wskazał ponadto, że na gruncie ustawy Pzp zasada wolności kontraktowej doznaje ograniczeń, gdyż treść umowy nie podlega w tym przypadku negocjacom.



Sąd Najwyższy uznał, że zasada wolności kontraktowej w przypadku umów o zamówienia publiczne doznaje ograniczeń, gdyż treść umowy nie podlega negocjacom, a co za tym idzie – umowy te mają charakter adhezyjny.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r. wyraźnie stwierdził, że uprzywilejowana pozycja zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania³⁸. W uzasadnieniu wyroku wskazano, że nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z ustawy Pzp, która zastrzega określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in. treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia kreowanej przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czyni go niewątpliwie stroną silniejszą. W związku z tym, jak zauważył Sąd w powołanym wyżej wyroku, przewaga zamawiającego, która wynika z jego działania w interesie publicznym, powoduje, że charakter umowy o zamówienie publiczne może być przyrównywany do umów przystąpienia.

Podobnie orzeka Krajowa Izba Odwoławcza. W wyroku z dnia 10 września 2014 r. Krajowa Izba wskazała, że zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa, a takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp. Izba podkreśliła, że zamawiający ma prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwe było zrealizowanie zamówienia. Izba wskazała na ograniczenia co do zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. Izba stwierdziła, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to w ocenie Izby, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej zamawiającego, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, ale z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Skład orzekający powołał się ponadto na fakt, że podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający

37 Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt sygn. akt X Ga 67/08, www.uzp.gov.pl.

38 Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. XXIII Ga 924/14, Lex 1564924.

39 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt II CSK 197/15, Lex nr 2019505.

określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Analogicznie w wyroku z dnia 20 czerwca 2012 r. Izba uznała, 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 swobody umów. Izba w odpowiedzi na wykazywaną przez wykonawcę pozycję zamawiającego narzucającego konkretne zapisy umowy upatrywała w tym właśnie względzie szczególnego charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴⁰.

Wydaje się, że ustalanie przez organizatora warunków przetargu jest ogólną regułą prowadzenia przetargu, co wynika również z art. 70¹ Kodeksu cywilnego i należy wskazać, że jest ona uzasadniona. Jest to konieczność organizacyjna, gdyż nie sposób wyobrazić sobie sytuację, w której występuje wiele podmiotów składających ofertę, z których każdy miałby własną koncepcję brzmienia umowy. Takie postępowanie byłoby niedopuszczalne ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp.

Choć w orzecznictwie wskazuje się na szczególnie charakter i tryb zawierania umów w ramach zamówień publicznych i kwalifikuje się te umowy jako umowy adhezyjne, to należy również mieć na uwadze, że szczególnie charakter tych umów nie daje podstaw, aby interpretować tego typu umowy wyłącznie przez pryzmat interesów zamawiających podmiotów publicznych, wręcz przeciwnie – przy wykładni tych umów należy odwoływać się również do słusznych interesów obu stron umowy⁴¹.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony do jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające również z innej zasady prawa cywilnego, tj. art. 5 k.c. Zgodnie z ww. przepisem nie można czynić ze swego prawa użytku,

który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego⁴². Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie może być uważane za wykonywanie prawa i nie powinno korzystać z ochrony.

7. Uwagi końcowe

Podsumowując, umowy o zamówienia publiczne nie stanowią odrębnej kategorii umów nienazwanych, lecz z uwagi na szczególne uregulowania wynikające z ustawy Pzp charakteryzują się określoną specyfiką. Niemniej każda umowa zawarta w wyniku procedury określonej w ustawie Pzp może być konkretnie stypizowaną w Kodeksie cywilnym umową, np. umową o roboty budowlane, umową sprzedaży czy też umową leasingu.

Zobowiązania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą mają szczególny charakter z wielu powodów, ale przede wszystkim z uwagi na administracyjnoprawny proces udzielania zamówienia publicznego, szczególne zasady zmiany umowy, unieważnienia umowy i odstąpienia od niej. Umowy o zamówienia publiczne bywają również określane jako umowy adhezyjne z powodu licznych ograniczeń zasady swobody umów w stosunku do tego typu kontraktów.

Bibliografia

- Bielikow-Kucharska M., *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w obszarze zamówień publicznych*, Warszawa 2016.
- Gawrońska-Baran A., *Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne*, Warszawa 2014.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny, t. 1: Komentarz. Art. 1–449¹*, Warszawa 2016.
- Mosur-Blezel S., *Różnice pomiędzy określeniem przedmiotu zamówienia a opisem przedmiotu zamówienia*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 7.
- Nowicki J.E., Bazan A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Pieróg J., Pieróg K., *Zmiana umowy o zamówienie publiczne*, „Przetargi Publiczne” 2015, nr 11.
- 40 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1183/12, Lex nr 1211620.
- 41 Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 20 sierpnia 2014 r., sygn. akt II Ca 450/14, www.uzp.gov.pl.
- 42 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2014 r., sygn. akt KIO 487/14, Lex nr 1455085.

- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014.
- Rajski J., *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 5.
- Rokicki J., Zastrzeżyński M., *Zmiany istotne i nieistotne*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 10.
- Soszyńska-Purtak P., *Zawarcie umowy o zamówienie publiczne*. LEX Publikacje Elektroniczne ABC.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych Komentarz Lex*, Warszawa 2014.
- Szyszkowski A., *Umowy po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych w 2016 roku*, Poznań 2016.