

Państwo i społeczeństwo

Wybrane zagadnienia

Zasada swobody umów w zamówieniach publicznych

Zasada swobody umów stanowi podstawową regułę prawa zobowiązań, będąc wyrazem autonomii woli, leżącej u podstaw prawa cywilnego. Tradycyjnie przyjmuje się, że obejmuje podjęcie decyzji o zawarciu umowy, wybór kontrahenta, ukształtowanie treści umowy oraz wybór formy. Swoboda umów nie jest jednak absolutna, jej ograniczenia wprowadzane są ze względu na interes innych podmiotów, jak i na interes publiczny. Pojawia się pytanie, czy swoboda umów obowiązuje także w odniesieniu do tych zawieranych w sferze zamówień publicznych, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Występuje tu kilka ograniczeń wolności kontraktowej stron, dotyczących przede wszystkim wyboru wykonawcy oraz treści umowy. Limitowanie swobody stron odnosi się zarówno do zamawiającego, jak i wykonawcy. W artykule zanalizowano poszczególne ograniczenia i wyłączenia swobody stron w procesie udzielania zamówienia i jego realizacji. Ostatecznie autor podtrzymuje pogląd, że mimo istniejących ograniczeń swobody umów, zasada ta nie została w zamówieniach publicznych przekreślona. Wprowadzone przez ustawodawcę ograniczenia nie zmieniają bowiem tego, że w granicach ustawowo chronionych kompetencji strony umowy mogą zdecydować o ukształtowaniu łączącego je stosunku prawnego.

WOJCIECH ROBACZYŃSKI

Zasada swobody umów stanowi podstawową regułę prawa zobowiązań. Jest ona emanacją szerszej zasady autonomii woli, leżącej u fundamentów prawa cywilnego¹. W literaturze podkreślono, że „swobodę kontraktową w sferze stosunków gospodarczych słusznie łączy się z nadrzędną zasadą wolności gospodarczej gwarantowaną konstytucyjnie (art. 20), a nawet szerzej – z wolnością jednostki”². Do wolności jednostki odwoływano się także przed laty w orzecznictwie konstytucyjnym³.

Zasada swobody umów stanowi zatem urzeczywistnienie deklarowanej przez porządek prawny wolności podmiotów prawa cywilnego w kształtowaniu własnej sytuacji prawnej. Autonomia woli jest wyrazem wolności, choć przyznać trzeba, że nie jest to wolność absolutna. Jej ograniczenia wprowadzane są ze względu na interes innych podmiotów, jak i ze względu na dobro publiczne.

Pojawia się pytanie, czy swoboda umów – podstawowa reguła zarówno w obrocie powszechnym, jak i gospodarczym – obowiązuje także w odniesieniu do umów w obrocie z udziałem podmiotów publicznych, w tym także zawieranych w sferze zamówień publicznych. Podstawę zamówień publicznych stanowi kategoria umowy, gdyż w świetle przepisów ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (ustawa zwana dalej p.z.p.)⁴, zamówienie publiczne jest umową⁵.

Niezależnie od specyfiki umów zawieranych w sprawach zamówień publicznych, przyjmuję pogląd, zgodnie z którym umowa w sprawie zamówienia publicznego należy do sfery prawa cywilnego, jest umową cywilnoprawną. Nie jest w tym miejscu moim zamiarem odnoszenie się do trwającej nadal dyskusji, jakie znaczenie ma dla kwalifikowania umów w sprawach zamówień publicznych jako umów prawa cywilnego fakt, że regulacja prawa zamówień publicznych

¹ Z obszernej literatury na temat zob. np. A. Stelmachowski: *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984; P. Machnikowski: *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.

² R. Szostak: *Z problematyki racjonalizacji ograniczeń swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” nr 3977/2019, s. 604.

³ Omawiając wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29.4.2003 (SK 24/02) M. J. Skrodzka i K. Skrodzki zwracają uwagę, że „zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, zasadę swobody umów należy w pierwszej kolejności widzieć nie przez pryzmat swobody prowadzenia działalności gospodarczej, ale wolności jednostki. Przepisy rozdziału II Konstytucji, które formułują ogólne założenie, w myśl którego wolność człowieka podlega ochronie prawnej, a nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje (art. 31 ust. 1 i ust. 2 zd. 2 Konstytucji), zdaje się najbardziej odpowiadać cywilistycznej koncepcji autonomii woli. Zatem to z przepisu art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji w sposób najpełniejszy wynika, że nie wolno nikogo zmuszać do zawarcia umowy lub zakazywać mu zawarcia umowy, ani zmuszać do wyboru określonego kontrahenta, lub narzucać mu jej konkretnych postanowień, o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej”. M.J. Skrodzka, K. Skrodzki: *Źródła zasady swobody umów oraz wybrane aspekty jej granic – w świetle orzecznictwa [w:] Wokół zasad prawa cywilnego*, T. Mróz i S. Prutis (red.), „Białostockie Studia Prawnicze” z. 3, s. 88.

⁴ Dz.U. z 2024 r. poz. 1320.

⁵ Zgodnie z art. 7 pkt 32 p.z.p. przez zamówienie w rozumieniu tej ustawy należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług;

zawiera także szereg elementów o administracyjnoprawnym charakterze. Opieram się na założeniu, że elementy prawa publicznego – choć bardzo widoczne – odnoszą się przede wszystkim do zagadnień procedowania w zakresie udzielania zamówień publicznych, a także elementów kontroli zamówień. Od tej strony patrząc, udział pierwiastka publicznoprawnego w systemie zamówień publicznych jest wyraźny. Jednak sama umowa w sprawie zamówienia publicznego ma za swój przedmiot świadczenie w rozumieniu prawa cywilnego. Jest to umowa wzajemna, w której obie strony – zamawiający i wykonawca – mają wzajemne obowiązki w zakresie spełnienia świadczenia. Każdej z nich dotyczy określający reguły wykonywania zobowiązań art. 354 k.c., zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (§ 1), zaś wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania (§ 2). Zauważyć przy tym trzeba, że w odniesieniu do zamówień publicznych reguła współdziałania została jeszcze dodatkowo podkreślona w art. 431 p.z.p., w świetle którego zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać

przy wykonaniu umowy, w celu należytej realizacji zamówienia.

Koncentrując się wyłącznie na głównych świadczeniach stron stwierdzić należy, że w zakresie realizacji przedmiotu dostawy, roboty budowlanej lub usługi dłużnikiem jest wykonawca, natomiast w tym zakresie zamawiający jest wierzycielem. Symetrycznie odwrotnie sprawa przedstawia się, gdy chodzi o zapłatę wynagrodzenia, tu role się odwracają. Warto zaznaczyć, że na kwalifikację umowy jako umowy cywilnoprawnej nie wpływa specyficzna terminologia ustawy – Prawo zamówień publicznych, odbiegająca od kodeksowej klasyfikacji umów nazwanych. Szczególnie wyraźnie widać to w przypadku definicji pojęcia dostawy, które w świetle art. 7 pkt 4 p.z.p. oznaczać może umowę o przeniesienie własności (sprzedaż, dostawa w sensie kodeksowym), ale też umowę umożliwiającą korzystanie z cudzej rzeczy (najem, dzierżawa, leasing)⁶. Dodać w tym miejscu trzeba, że nie ma podstaw do wyłączenia z kręgu umów w sprawach zamówień publicznych tzw. umów nienazwanych, nieuregulowanych w przepisach kodeksu cywilnego (dalej k.c.), czy innych ustaw, ale dopuszczalnych, co więcej, szeroko stosowanych w obrocie profesjonalnym na zasadzie swobody umów⁷. Zaznaczmy w tym miejscu, że w literaturze prowadzona jest dyskusja, czy umowa w sprawie zamówienia

⁶ Art. 7 pkt 4 p.z.p. stanowi, że ilekroć w ustawie jest mowa o dostawach, należy przez to rozumieć 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;

⁷ Na znaczenie umów nienazwanych wskazuje m.in. W. J. Katner [w:] *System prawa prywatnego. Tom 9. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, W. J. Katner, Warszawa 2023, s. 14 i nast.

publicznego jest czy nie jest odrębnym typem umowy⁸. Ja jednak przychyliam się do poglądu, że kategoria „umowy w sprawach zamówienia publicznego” wymyka się zatem podziałowi na umowy nazwane i nienazwane, obejmując pod pojęciem zamówienia świadczenia spełniane zarówno w ramach umów nazwanych, jak i nienazwanych (zaznaczam, że za W. J. Katnerem nie przyjmuję koncepcji tzw. umów mieszanych, uznając, że stanowią one jednak umowy nienazwane⁹).

Pojawia się jednak pytanie o wpływ ograniczeń dotyczących sfery decyzyjnej wykonawcy na jego pozycję w kontekście realizacji zasad swobody kontraktowej. Istotne wskazówki w tym zakresie przynoszą uwagi R. Szostaka. Autor zwraca uwagę na cywilnoprawny charakter ograniczeń, podkreślając, że „przystępujący swobodnie do przetargu wykonawcy akceptują jego warunki, godząc się także na organizatorską rolę zamawiającego”. I następnie: „Zamawiający-organizator działa zatem z upoważnienia cywilnoprawnego uczestników przetargu lub innej procedury toczącej się w ramach z góry ustalonych warunków wyznaczających treść stosunku przedkontraktowego. Nie dysponuje żadnym władztwem administracyjnym. Jedyne przysługujące mu środki dyscyplinujące sprowadzają się do możliwości wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie (niedopuszczenia do przetargu) bądź

odrzućcenia oferty sprzecznej z prawem, dobrymi obyczajami lub ustalonymi warunkami zamówienia. Mają one w pełni charakter cywilnoprawny”. W tym kontekście wydaje się, że istniejące ustawowe uwarunkowania, choć bardzo istotne z punktu widzenia konkretnego zamawiającego, nie burzą ukształtowanego modelu jako modelu cywilnoprawnego. Potwierdza to treść art. 8 ust. 1 p.z.p., w świetle którego do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Sądzić należy, że przepis ten nie ma zbyt dużego znaczenia normatywnego, jego rola jest raczej instruktywna. Chodziło o podkreślenie cywilnoprawnego charakteru instytucji stanowiącej efekt postępowania o udzielenie zamówienia. Nie ulega przy tym wątpliwości, że wolą ustawodawcy było podkreślenie cywilnoprawnego charakteru przedmiotowych umów, nie zaś „rozciągnięcie” stosowania przepisów kodeksu cywilnego na umowy o innym charakterze¹⁰. Oczywiście, dostrzeżenie cywilnoprawnego charakteru umowy nie oznacza, że nie obowiązują tu pewne zastrzeżenia, wynikające z przepisów prawa publicznego. Dostrzegły to sądy już w ubiegłych latach. Przykładowo, charakterystyczny

⁸ Por. W. Dubis: *Stosowanie wybranych elementów cywilnoprawnych do umów w sprawie zamówień publicznych* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, H. Nowicki i P. Nowicki (red.), Warszawa 2015, s. 283 i nast.

⁹ Por. W. J. Katner [w:] *System prawa prywatnego...*, op.cit., s. 18.

¹⁰ Cywilnoprawny charakter zamówień publicznych wynika także z treści uzasadnienia projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych – zob. Sejm VIII kadencji, druk nr 3624.

jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 20 czerwca 2013 r.¹¹ W świetle uzasadnienia tego wyroku, art. 139 ust. 1 p.z.p.¹² potwierdza cywilistyczny charakter instytucji zamówień publicznych. Zdaniem Sądu: „Nie zawsze (...) reguły kodeksowe będą przystawać do sytuacji wyznaczonych rygoryzmem formalnym prawa zamówień publicznych. Obrót dokonywany na podstawie wskazanej regulacji, mimo zasadniczo cywilnoprawnego charakteru, wykazuje specyficzne cechy skutkujące koniecznością uwzględnienia również prawa publicznego i założeń systemowych, które stały się dla niej *ratio legis*”. Nie ulega wątpliwości, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest „genetycznie” umową cywilnoprawną, przy czym nie chodzi tu o osiągnięcie celu publicznego za pomocą instrumentu prywatnego. Na tle zamówień publicznych nie można zatem mówić o służebnej w jakimś sensie roli instrumentów cywilnoprawnych, co można zaobserwować w innych sferach poddanych regulacji prawa publicznego.

W literaturze zwrócono uwagę, że „umowę cywilnoprawną administracja wykorzystuje do realizacji swoich zadań publicznych, niejako w uzupełnieniu jednostronnych form działania, które, będąc

wyrazem władztwa administracyjnego, pełnią rolę dominującą”¹³. Podkreśla się przy tym, że choć „podstawową prawną formę działania administracji wciąż stanowi indywidualny akt administracyjny, który jest uregulowany przede wszystkim w Kodeksie postępowania administracyjnego pod postacią decyzji administracyjnej”¹⁴, to jednak charakterystyczne jest przechodzenie w stronę niewładczych form działania administracji, przejawiających się w wykorzystywaniu elementów umownych, i to zarówno w postaci umów cywilnoprawnych, jak i – omawianej szeroko w literaturze z zakresu prawa administracyjnego – umowie administracyjnej¹⁵. Omówienie tych kwestii, niezwykle doniosłych zarówno z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia, pozostać musi jednak poza zakresem niniejszego opracowania¹⁶.

Należy więc stwierdzić, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, chyba że przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowią inaczej, zatem wyłączenie przepisów kodeksu cywilnego uzależnione jest od istnienia odrębnej regulacji w tej ustawie. Jeżeli zaś zastosowanie znajdują poszczególne normy składające

¹¹ Sygn. akt I ACa 80/13.

¹² Chodzi tu o „starą” ustawę p.z.p., tj. ustawę z 2004 r., co jednak – ze względu na zbliżoną postać regulacji omawianej kwestii – nie ma znaczenia z punktu widzenia analizowanego problemu.

¹³ A. Fermus-Bobowiec: *Wybrane zagadnienia dotyczące wykorzystania umowy cywilnoprawnej jako instrumentu działania administracji*, „Zeszyty Naukowe KUL 61” nr 4/2018, s. 125. Zob. także powołaną tam literaturę.

¹⁴ P. Sancewicz: *Umowa jako prawna forma działania administracji publicznej w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” nr 1/2019, s. 56.

¹⁵ Zob. m.in. wskazane wyżej opracowanie P. Sancewicza: *Umowa jako prawna forma...*, op.cit. oraz wskazaną przez tego autora literaturę z tego zakresu.

¹⁶ Obszernie na temat niewładczych form działania administracji zob. A. Błaś [w:] *System prawa administracyjnego. Tom 5. Prawne formy działania administracji*, R. Hauser (red.), Z. Niewiadomski i A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 217 i nast.

się na prawo cywilne, to konsekwentnie obowiązują także ogólne zasady wywiezione z tych norm. Wśród nich także, a może przede wszystkim, zasada swobody umów.

Obowiązywanie wspomnianych ograniczeń swobody w umowie w sprawie zamówienia publicznego stać się może punktem wyjścia do rozważań na temat zakresu zasady swobody umów w tym segmencie obrotu. Przyjętym standardem jest, że zasady prawa cywilnego podlegają pewnym ograniczeniom, nie mając na ogół absolutnego charakteru. Nie inaczej jest w przypadku zasady swobody umów, co wprost wynika z art. 353¹ k.c. Ograniczenia te dotknąć mogą także podmioty zawierające umowy w sprawach zamówień publicznych. Co więcej, w zamówieniach publicznych mamy do czynienia ze szczególnym nawarstwieniem dyrektywnych rozwiązań, ograniczających pole decyzji stron, zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy. Ograniczenia te nie powinny jednak wykaczać poza minimum niezbędne dla zapewnienia prawidłowej realizacji zadań publicznych. Trafnie zwrócono uwagę w literaturze, że „(...) wszelkie ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych muszą być zasadne i umiarkowane. Niezbędna jest ich racjonalizacja, zarówno w sferze stanowienia prawa, jak i jego wykładni”¹⁷. Nie zmienia to jednak faktu, że pewne ograniczenia

są konieczne i z tego względu przewidziane w systemie prawnym. Przytoczyć tu można stanowisko zaprezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 26 września 2017 r. Zdaniem KIO: „Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa p.z.p. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy – ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia w zgodzie z jego oczekiwaniami oraz zgodnie z przyjętym przez niego założeniem”¹⁸.

W przypadku, gdy mowa o podmiotach publicznych, kwestia prawidłowości korzystania z przyznanego przez ustawę zakresu swobody umów staje się istotnym zagadnieniem podnoszonym w toku działalności organów kontrolnych. Dotyczy to także kontroli przeprowadzanych przez Najwyższą Izbę Kontroli. Trzeba się zatem zastanowić także nad tym, jakie znaczenie może mieć ustalenie dopuszczalnego zakresu swobody umów z punktu widzenia ocen dokonywanych przez NIK.

Odwołując się do wypowiedzi piśmiennictwa można wyróżnić swobodę co do zawarcia umowy, tj. swobodę umów *sensu largo* (w tym swobodę w zakresie wyboru kontrahenta oraz decydowania o zmianie lub rozwiązaniu umowy) oraz swobodę kształtowania treści umowy (swoboda umów *sensu stricto*)¹⁹. Stosownie do tego,

¹⁷ R. Szostak: *Z problematyki racjonalizacji ograniczeń...*, op.cit., s. 608.

¹⁸ KIO 1862/17.

¹⁹ A. Tomanek: *Swoboda umów a umowy dodatkowe stron stosunku pracy*, „Roczniki Administracji i Prawa”, XXI, z. specjalny 2021, s. 428-429 i powołana tam literatura.

tradycyjnie analizuje się swobodę umów na czterech zasadniczych płaszczyznach. Płaszczyzny te wyznaczone są przez swobodę:

- w zakresie decyzji o zawarciu umowy,
- w zakresie wyboru kontrahenta,
- co do treści umowy,
- co do wyboru formy umowy²⁰.

Jedynie dwie ostatnie płaszczyzny są wyraźnie uregulowane – art. 353¹ k.c. i art. 60 k.c., pozostałe wynikają z ogólnych reguł prawa cywilnego. Zresztą swoboda co do treści umowy też mogłaby być wywiedziona z całokształtu regulacji cywilnoprawnej, jednak przepis ten wprowadzono w toku reformy kodeksu cywilnego w 1990 r., aby podkreślić znaczenie przejścia z gospodarki centralnie sterowanej na gospodarkę rynkową.

Na powyższych płaszczyznach pojawiają się istotne ograniczenia, np. w obrocie z udziałem konsumentów, jednak w myśl dominującego poglądu nie przekreślają one obowiązywania swobody umów jako zasady. Czy dotyczy to także zamówień publicznych? Dalsze rozważania poświęcone będą próbie odpowiedzi na to pytanie, przy czym rozważania przede wszystkim koncentrować się będą na wybranych aspektach swobody umów (i jej ograniczeń), które występują zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy. Okazuje się, że w zależności od tego, którego podmiotu sytuację prawną analizujemy, zakres swobody i jej ograniczeń jest najczęściej różny.

Swoboda w zakresie decyzji o zawarciu umowy

W zakresie podjęcia decyzji o zawarciu umowy swoboda umów bywa ograniczana, także w obrocie powszechnym i gospodarczym. Przykładem mogą być choćby ubezpieczenia obowiązkowe, w tym zwłaszcza obowiązkowe ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, stosowane zarówno w zakresie odpowiedzialności za szkody komunikacyjne, jak i w związku z prowadzeniem określonych rodzajów działalności gospodarczej lub zawodowej. Obowiązek zawarcia umowy leży także m.in. po stronie przedsiębiorcy świadczącego powszechne usługi, który może odmówić zawarcia umowy o świadczenie usługi tylko w niektórych określonych w ustawie przypadkach (por. np. art. 16 ust. 1 Prawa pocztowego²¹). W interesującej nas sferze publicznej obowiązek zawarcia umowy po stronie zamawiającego wynikać może z ustawy, jednak nie z Prawa zamówień publicznych, lecz z ustawy regulującej określone zadania publiczne, które mają być regulowane właśnie umową (np. gospodarowanie odpadami, organizacja dowozu dzieci do szkół), zawieraną z kontrahentem wyłonionym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warto zaznaczyć, że tym tłem pojawia się interesujący problem udzielania zamówień *in house* i związane z tym zagadnienie obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Nie zmienia

²⁰ Zasadność wyodrębniania ostatniej z wymienionych płaszczyzn jako determinującej swobodę umów bywa w literaturze kwestionowana. Zob. P. Machnikowski: *Swoboda umów według art. 353¹ KC...*, op.cit., s. 3-4.

²¹ Ustawa z 23.11.2012 – Prawo pocztowe (Dz.U. z 2023 r. poz. 1640, ze zm.).

to jednak faktu, że ustawowy obowiązek zawarcia umowy powstaje²².

Wspomniane wyżej wyjątkowe rozwiązania, nakazujące zawarcie umowy, nie przekreślają jednak tezy o generalnej samodzielności podmiotów publicznych w zakresie sposobu realizacji określonych zadań²³. Okoliczność, że niektóre z tych zadań muszą być realizowane na podstawie umów zawieranych (obligatoryjnie) przez podmiot publiczny może oznaczać wprowadzenie wyjątków od zasady, ograniczających ją w nawet dość poważnym stopniu. Nie oznacza to natomiast pozbawienia swobody umów waloru zasady ogólnej, także w sferze podjęcia decyzji o zawarciu umowy.

Rolą organu kontroli w powyższych przypadkach jest ustalenie, czy zrealizowano ustawowy obowiązek zawarcia umowy i czy dokonano tego w sposób prawidłowy. Przy nieobowiązaniu takiej powinności, oceny kontroli dotyczyć mogą decyzji o zawarciu umowy jako realizującej określony cel. Warto zaznaczyć, że ze względu na treść art. 5 ust. 2 ustawy o NIK²⁴, istotne ograniczenia dotyczą wyboru celów przez jednostki samorządu terytorialnego (JST). W przeważającym zakresie kwestia ta pozostaje poza zakresem kompetencji NIK. Szerszy natomiast jest zakres dopuszczalnej oceny wyboru celu w przypadku podmiotów państwowych.

Wydaje się, że – patrząc modelowo – w omawianym aspekcie ograniczenia

swobody umów nie dotyczą wykonawców zamówienia publicznego. Działają oni jako przedsiębiorcy, zatem ich decyzja o wzięciu udziału w postępowaniu celem wyłonienia wykonawcy zamówienia publicznego jest oparta na analizie ekonomicznej i organizacyjnej, bez elementów zewnętrznego przymusu prawnego.

Swoboda przy wyborze kontrahenta

Druga spośród wyróżnionych płaszczyzn swobody umów naznaczona jest istotnym ograniczeniem, jakim jest nakaz określonego sposobu wyboru kontrahenta. Co do zasady, przede wszystkim w przypadku trybów konkurencyjnych, zamawiający nie ma swobody w zakresie wyboru drugiej strony umowy. Następuje on na podstawie z góry ustalonych parametrów wyboru, przewidzianych w dokumentach postępowania, w zgodzie z regułami ustawowymi. Należy przywołać tu w szczególności art. 239 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Rolą zamawiającego jest wówczas zastosowanie wcześniej ustalonych i zakomunikowanych parametrów dla oceny konkretnych ofert. W przypadku postępowania niekonkurencyjnego zakres swobody jest oczywiście szerszy, jednak też nie nieograniczony – ograniczenia wynikać mogą chociażby

²² Zob. w tej kwestii R.P. Krawczyk: *Samodzielność samorządu terytorialnego – realizacja zadań publicznych a swoboda zawierania umów* [w:] *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Zasada suwerenności. Problemy wybrane*, s. 59 i n.

²³ Por. A. Trela: *Powierzenie zadań z zakresu gospodarki komunalnej a swoboda zawierania umów*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” z.3/2015, s. 243 i n.

²⁴ Ustawa z 23.12.1994 o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 2022 r. poz. 623).

z przepisów prawa finansów publicznych, nakazujących realizację zadania w sposób celowy i oszczędny²⁵. W piśmiennictwie słusznie podkreśla się, że zamawiający ma obowiązek dokonania 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”²⁶.

Chociaż w odniesieniu do wyboru kontrahenta po stronie zamawiającego występują istotne ograniczenia, to patrząc z punktu widzenia wykonawcy o swobodzie umów w tym aspekcie nie można w ogóle mówić. W odniesieniu do konkretnego stosunku prawnego, który miałby być wykreowany przez udzielenie zamówienia, druga strona umowy, a zatem zamawiający, jest znany i jasno oznaczony. To, że dany zamawiający inicjuje takie postępowanie o udzielenie zamówienia oznacza oczywiście, że wykonawca może podjąć tylko decyzję o ubieganiu się o uzyskanie zamówienia na podstawie umowy, która będzie zawarta z tym właśnie kontrahentem. O ile wykonawców starających się o udzielenie zamówienia może być wielu, o tyle zamawiający (w ramach danego postępowania) jest co do zasady tylko jeden. Może się oczywiście zdarzyć, że w zbliżonym czasie ogłoszone zostaną przez dwóch

zamawiających (np. sąsiednie gminy) odrębne, choć zbliżone merytorycznie przetargi. Dla wykonawcy stwarza to szansę na podjęcie decyzji o charakterze gospodarczym, na rzecz którego zamawiający chciałby zrealizować zamówienie. Nie oznacza to jednak po jego stronie swobody wyboru kontrahenta, gdyż swobodę tę oceniać należy w odniesieniu do konkretnego stosunku umownego, który ma powstać, a tymczasem w każdym postępowaniu jest tylko jeden kontrahent po stronie zamawiającego, z góry określony.

Swoboda co do treści umowy – perspektywa zamawiającego

Swobodę w zakresie ukształtowania treści umowy można określić jako swobodę umów *sensu stricto*. W tym aspekcie ogniskują się zasadnicze dyskusje na tle obrotu gospodarczego, w tym także z udziałem podmiotów publicznych. Choć w tym segmencie obrotu nie mniej podstawowe znaczenie mają kwestie obowiązku zawarcia umowy i sposobu wyboru kontrahenta, to jednak ustalenie treści nawiązywanego stosunku prawnego ma znaczenie podstawowe. Zaznaczyć trzeba, że o ile w zakresie swobody co do zawarcia umowy i co do wyboru kontrahenta występują bardzo daleko idące ograniczenia swobody umów, o tyle w aspekcie ustalania treści umowy po stronie zamawiającego nie ma takich szczególnych ograniczeń, które burzyłyby tezę o swobodzie kontraktowej w tym zakresie. Nie oznacza to jednak, że takie ograniczenia nie występują.

²⁵ Por. art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z 27.8.2009 o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1270, ze zm.), zwanej dalej u.f.p.

²⁶ J. Marczeńska: *Specyfika umów o zamówienia publiczne*, „Forum Prawnicze” 2019, s. 41.

Zgodnie z art. 353¹ k.c. 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. Ograniczenia swobody umów w odniesieniu do treści umowy wynikać mogą zatem z różnych elementów, ale jeśli nie chodzi tu o ograniczenia związane z istotą prawa zamówień publicznych, lecz o wszelkie „ogólne” ograniczenia, wskazane w treści powołanego art. 353¹ k.c. Omówienie ograniczeń o charakterze ogólnym, występujących w całej sferze obrotu cywilnego wykraczałoby znacznie poza zakres niniejszego opracowania. Skoncentrować się trzeba raczej na tych ograniczeniach (ustawowych), które wynikają z przepisów o zamówieniach publicznych. Gdy chodzi o ustawę – Prawo zamówień publicznych, zauważyć należy, że występują w niej rozwiązania ustawowe w bardzo istotny sposób wpływające na treść umowy²⁷. W pierwszym rzędzie podkreślić trzeba, że art. 436-439 p.z.p. nakładają obowiązki w zakresie zamieszczenia w treści umowy określonych postanowień, w tym w szczególności dotyczących zasad wypłaty wynagrodzenia²⁸. Nie ma potrzeby, aby wyliczać wszystkie postanowienia umowne, które z woli ustawodawcy powinny znaleźć się w umowie, lecz jedynie najistotniejsze:

- z art. 436 pkt 1-3 p.z.p. wynikają obowiązki określenia w umowie: planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, a także, w razie potrzeby, planowanych terminów wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określonych w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną (pkt 1), warunków zapłaty wynagrodzenia (pkt 2) oraz łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony (pkt 3);
- w art. 436 pkt 4 lit. b p.z.p. przewiduje się – w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy – powinność określenia zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia we wskazanych tam sytuacjach, jeżeli będą miały one wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę;
- w art. 437 p.z.p. stwierdza się konieczność zawarcia w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, szeregu dodatkowych postanowień, w tym odnoszących się do wysokości kar umownych związanych z nieprawidłowym ukształtowaniem relacji z podwykonawcami (pkt 7) – *nota bene* przewidziano w ten sposób obowiązek wprowadzenia w tym zakresie kar umownych do treści umowy;
- z art. 438 p.z.p. wynika obowiązek uwzględnienia postanowień umowy

²⁷ Na treść umowy w pierwszym rzędzie wpływają te przepisy zawarte w różnych ustawach, które przewidują, że określone zadania publiczne mają być osiągnięte przy zastosowaniu procedur właściwych dla zamówień publicznych. Jest to już jednak inny problem, bo chodzi wówczas o określenie przedmiotu umowy. Warto jednak zastanowić się nad pozostałymi elementami treści umowy, nie zaś nad wskazaniem jej przedmiotu.

²⁸ Por. L. Piotr-Krajecka: *Umowa w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2021, s. 19-20.

dotyczących weryfikacji zatrudniania pracowników na podstawie umów o pracę, w przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi;

- zgodnie z art. 439 ust. 1 p.z.p. umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawierać musi postanowienia na temat zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Powyższe regulacje mają oczywisty wpływ na treść umowy w sprawie zamówienia publicznego, nakazując dodanie do niej określonych postanowień. Niewątpliwie stanowi to ograniczenie swobody stron (a w zasadzie zamawiającego, który projektuje umowę) w odniesieniu do treści stosunku prawnego.

Przeciwnie należy rozumieć ograniczenia wprowadzone przez art. 433 p.z.p., zabraniający zamawiającemu stosowania w projekcie umowy (a w konsekwencji i w samej umowie) pewnych postanowień, szczególnie niekorzystnych dla wykonawcy. Zgodnie z art. 433 p.z.p. projektowane postanowienia umowy nie mogą bowiem przewidywać:

- odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

- poniesienia konsekwencji przez wykonawcę za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Warto zauważyć, że samo istnienie niebezpieczeństwa wprowadzenia do umowy postanowień niedozwolonych niejako pośrednio świadczy o występowaniu po stronie zamawiającego pewnej swobody w zakresie kształtowania treści umowy. Do zagadnienia tego wrócimy jeszcze w końcowej części niniejszego opracowania.

Zaznaczyć także należy, że ustawa – Prawo zamówień publicznych przewiduje konkretne ograniczenia swobody umów, gdy chodzi o modyfikację umowy. Podkreślić trzeba, że według powszechnego w literaturze poglądu, możliwość zmiany treści umowy na etapie jej wykonywania wynika z ogólnej zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. Zasada ta bywa istotnie ograniczana w odniesieniu do zamówień publicznych, w ramach których możliwość modyfikacji umowy już po jej zawarciu jest możliwa tylko w pewnych, limitowanych przypadkach. Literatura z tej dziedziny jest bardzo rozbudowana, jeszcze pod rządami obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych (kwestię modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego regulował wówczas art. 144 p.z.p. z 2004 r.)²⁹. Omówienie, czy choćby zasygnalizowanie poruszanych w związku

²⁹ Z obszernej literatury zob. przykładowo: G. Klich: *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016; J. E. Nowicki: *Zmiany umowy w praktyce*, „Monitor Zamówień Publicznych” nr 6/2016 oraz obszerniejsze opracowanie P. Bogdanowicza: *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019.

z tym problemów wymagałoby poświęcenia im odrębnego opracowania. Zagadnienie to było poruszane także na łamach „Kontroli Państwowej”³⁰. Dla potrzeb niniejszej publikacji należy zaznaczyć, że z art. 454 ust. 1 p.z.p. wynika, że w aktualnym stanie prawnym istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie „istotności” zmiany wyjaśnione jest ogólnie w art. 454 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym zmiana umowy jest ważna, jeżeli powoduje, że jej charakter przekształca się w sposób zasadniczy w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści (pkt 1), narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie (pkt 2), w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy (pkt 3) lub polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, co nie było wcześniej przewidziane w warunkach umownych (pkt 4).

Natomiast zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia jest dopuszczalna w sytuacjach określonych w art. 455 ust. 1 i 2 p.z.p.

Gdy chodzi o przypadki uzasadniające modyfikację umowy bez przeprowadzenia

nowego postępowania o udzielenie zamówienia, wymienione w art. 455 ust. 1 p.z.p., wskazać należy, że dopuszczalna może być:

- zmiana umowy niezależnie od wartości tego przekształcenia, o ile zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian;
- b) określają warunki ich wprowadzenia;
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy (pkt 1);

- modernizacja polegająca na zastąpieniu dotychczasowego wykonawcy przez nowego:

- a) w sytuacji, gdy taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych;

- b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy;

- c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców (pkt 2);

³⁰ Zob. W. Robaczyński: *Umowna modyfikacja zamówienia publicznego*, „Kontrola Państwowa” nr 6/2016.

- zmiana dotycząca realizacji przez dotychczasowego wykonawcę dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, o ile stały się one niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego;

- b) inny wykonawca spowodowałby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego;

- c) wzrost ceny wywołany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość modyfikacji nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków (pkt 3);

- konieczność modernizacji umowy, w tym w szczególności wysokości ceny, spowodowana okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną modyfikacją nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy (pkt 4).

Natomiast co do przypadków uzasadniających modyfikację umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, wymienionych

w art. 455 ust. 2 p.z.p., wskazać należy, że w grę wchodzi przekształcenia umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy, w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo 15%, w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Podkreślić trzeba, że w zakresie treści umowy w sprawie zamówienia publicznego istnieje szerokie pole do dokonywania ocen przez organy kontroli, w tym oczywiście także przez NIK. Z natury rzeczy podmiotem kontrolowanym jest wówczas zamawiający, gdyż najczęściej jest on jednostką publiczną, podlegającą kontroli NIK na podstawie art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o NIK. To na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania, w tym odpowiedniego zredagowania wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ramach kontroli przede wszystkim chodzi o sprawdzenie, czy umowa zawiera wszystkie elementy wymagane przepisami prawa, w tym w szczególności przewidziane w powołanych wyżej art. 436-439 p.z.p. Należy opowiedzieć się za poglądem, że w toku kontroli jest także zasadne badanie, czy umowa nie zawiera postanowień niedozwolonych na mocy art. 433 p.z.p. W obu przypadkach oceny dokonywane są z punktu widzenia legalności. Jednak także w zakresie tych elementów treści umowy, które nie są obligatoryjne, kompetencje organu kontroli obejmują ocenę określonych postanowień umownych (lub ich braku). Dotyczy to m.in. różnego

rodzaju postanowień zabezpieczających interesy publicznego zamawiającego, w tym np. o karach umownych³¹. Można zatem powiedzieć, że obok oceny elementów obowiązkowych, kontrola NIK odnosić się może do sposobu realizacji przysługujących zamawiającemu uprawnień, wynikających z zasady swobody umów. Kryterium oceny w takich przypadkach będzie najczęściej gospodarność.

Perspektywa wykonawcy

Powyżej zaprezentowane zostały uwagi na temat swobody kontraktowej i jej ograniczeń w przedmiocie treści umowy, przede wszystkim z punktu widzenia realizacji przez zamawiającego obowiązków w zakresie właściwego ujęcia treści projektu umowy. Patrząc natomiast od strony wykonawcy jako drugiej strony umowy zauważyć można, że jego sfera szeroko rozumianej swobody w odniesieniu do umowy jest także ograniczona. W sensie organizacyjnym i gospodarczym te ograniczenia są, jak się wydaje, jeszcze poważniejsze, niż ograniczenia po stronie zamawiającego. Na przykład na tle umowy o roboty budowlane zauważono w literaturze, że „(.) przy udzielaniu zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych podmiotem inicjującym i organizującym postępowanie jest zamawiający (inwestor). Wykonawca robót w tym przypadku

nie posiada tak dużej swobody negocjacji kontraktu, jak poza sferą zamówień publicznych”³². Jak już zaznaczono, wykonawca ma oczywiście prawną swobodę co do decyzji o przystąpieniu do postępowania mającego na celu udzielenie zamówienia publicznego. Tu jednak swoboda wykonawcy praktycznie się kończy, gdyż nie ma on możliwości wyboru kontrahenta, ponieważ to zamawiający jest z góry wskazany jako potencjalna druga strona zawartej przez tego wykonawcę umowy (w razie pomyślnego dla niego wyniku postępowania przetargowego). Z punktu widzenia swobody co do treści umowy najważniejsze jest, że ze względu na przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym wzór umowy stanowi część dokumentacji przetargowej, wykonawca nie ma także praktycznego wpływu na treść postanowień zawieranej umowy, poza warunkami wskazanymi przez niego w złożonej ofercie, stanowiącej przedmiot oceny dokonywanej przez zamawiającego. Można zatem powiedzieć, że z tego punktu widzenia umowa ta ma charakter umowy adhezyjnej³³, nieprzewidującej elementu negocjacji. Dotyczy to jednak przede wszystkim podstawowych trybów udzielenia zamówienia (przetarg nieograniczony – art. 132 p.z.p., przetarg ograniczony – art. 140 p.z.p.). W odniesieniu do innych trybów elementy negocjacyjne występują,

³¹ Nie chodzi tu o instrumenty zabezpieczenia należytego wykonania umowy w rozumieniu art. 449-453 p.z.p., których zastosowanie jest obligatoryjne.

³² M. Potyraj: *Umowa o roboty budowlane w zamówieniach publicznych*, „Acta Iuris Stetinensis” nr 3/2016, s. 85.

³³ Można też spotkać określenie „quasi-umowa adhezyjna”. Por. J. Marczewska: *Specyfika umów o zamówienia publiczne...*, op.cit., s. 41. Jednak zastrzeżenie „quasi” nie jest w tym przypadku potrzebne, gdyż sugerowałoby istnienie – obok umów adhezyjnych – innej grupy umów, zbliżonych do nich, ale nimi jednak niebędących. Rodzi to niepotrzebne wątpliwości interpretacyjne.

nawet w istotnym stopniu (np. negocjacje z ogłoszeniem – art. 152 p.z.p., dialog konkurencyjny – art. 169 p.z.p.). Biorąc pod uwagę wspomniane ograniczenia powstaje pytanie, czy z tego względu uznać należy, że mamy w odniesieniu do wykonawcy do czynienia z wyłączeniem swobody umów w tym zakresie. Czy jednak sama adhezyjność umowy przesądza o braku swobody rozumianej jako kodeksowa swoboda kontraktowa? Zauważyć trzeba, że na gruncie art. 353¹ k.c. o ograniczeniu swobody umów można mówić w przypadku, gdy ograniczenia są w jakiś sposób stronom narzucone przez porządek prawny, czy to bezpośrednio (ustawa), czy też pośrednio (natura stosunku prawnego, zasady współżycia społecznego, czy zasady słuszności). Nie jest zatem wystarczające stwierdzenie faktycznego braku możliwości wpływu przez jedną ze stron na treść umowy. Jako przykład wskazać można regulacje dotyczące pozycji konsumenta. Adhezyjny charakter umów zawieranych w tym segmencie obrotu nie przekreśla swobody umów jako zasady prawa. To względy faktyczne, ekonomiczne powodują nierównowagę stron, czemu przeciwdziałać mają rozwiązania chroniące konsumenta. O ograniczeniu swobody umów w obrocie konsumenckim nie przesądza zatem to, że są to umowy adhezyjne, ale że na przedsiębiorcę prawo nakłada takie ustawowe ograniczenia, które wyrównać mają nierównowagę ekonomiczną. Te rozwiązania powodują ograniczenie swobody umów w sferze obrotu konsumenckiego. W tym kontekście wydaje się jednak, że w odniesieniu do zamówień publicznych sytuacja przedstawia się odmiennie. Chociaż w obrocie

konsumenckim adhezyjny charakter umowy nie wynika z przyczyn prawnych, lecz ekonomiczno-organizacyjnych (potrzeba racjonalizacji masowego obrotu), o tyle na gruncie zamówień publicznych „adhezyjność” wynika z realizacji ustawowego obowiązku przez zamawiającego. Rozwiązanie legislacyjne przewidujące obowiązek ukształtowania z góry treści postanowień umownych i ich zakomunikowania stronom umowy na etapie wszczęcia postępowania z pewnością jest ustawowym ograniczeniem swobody umów, zarówno po stronie zamawiającego (nie ma on w większości przypadków możliwości ustalenia warunków umownych w ramach negocjacji), jak i po stronie wykonawcy (z mocy ustawy nie ma on wpływu na treść tych warunków, poza możliwością złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej). Takie rozwiązania powodują więc ograniczenie swobody umów, a nie sama adhezyjność rozumiana jako określone ujęcie sposobu zawarcia umowy.

Dodać można, że wykonawcy dotyczą omówione we wcześniejszej części kwestie związane z ograniczeniem swobody w sferze modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego na gruncie art. 454 i 455 p.z.p., nie muszą być one zatem tu powtarzane.

Swoboda co do treści umowy – perspektywa wykonawcy

Ostatnią płaszczyzną swobody umów wyznaczoną jest przez swobodę wyboru formy umowy. Na gruncie kodeksu cywilnego zasada ta jest deklarowana przez art. 60 k.c. Zgodnie z tym przepisem, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, wola

osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej zamiar w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). W tym obszarze prawo zamówień publicznych wprowadza jednak zasadniczy wyjątek. Jak wynika z treści art. 432 p.z.p., umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają specyficznej formy. Należy zatem przyjąć, że art. 432 p.z.p. stanowi przepis szczególny względem ogólnego art. 60 k.c. Konsekwentnie trzeba uznać, że w sferze formy umowy na gruncie zamówień publicznych mamy do czynienia z wyłączeniem swobody stron. Ustawa nakazuje zastosowanie konkretnej formy, tj. pisemnej, w dodatku pod rygorem nieważności, co samo w sobie stanowi wyjątek od ogólnej zasady wyrażonej w art. 74 § 1 k.c., zgodnie z którą zastrzeżenie formy pisemnej bez rygору nieważności ma ten skutek, że w razie niezachowania zastrzeżonej formy nie jest w sporze dopuszczalny dowód z zeznań świadków lub z przesłuchania stron na okoliczność dokonania czynności. Nie powoduje natomiast jej nieważności, gdyż jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności (art. 73 § 1 k.c.).

Wydaje się, że wyłączenie swobody umów w zakresie formy umowy nie stanowi bardzo dotkliwego ograniczenia dla podmiotów funkcjonujących w obrocie, gdyż swoboda umów w tym aspekcie

nie ma znaczenia „ideowego”, a raczej porządkujące, zaś wprowadzony wymóg zachowania formy pisemnej nie może być oceniony jako realizujący nadmierne oczekiwania. Trzeba wziąć pod uwagę także inne rozwiązania, np. wynikające z przepisów o rachunkowości, w świetle których trudno wyobrazić sobie „unikanie” formy pisemnej przy umowach, w których przedmiot zamówienia jest przecież wartościowo poważny, tj. równy lub wyższy od kwoty 130 tys. zł (bez podatku od towarów i usług), a taki jest obecnie próg stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych (art. 2 ust. 1 pkt 1 p.z.p.).

Wpływ ograniczeń na swobodę umów w zamówieniach

Przyglądając się zarysowanym ograniczeniom zasady swobody kontraktowej w odniesieniu do umów w sprawie zamówienia publicznego, postawić należy pytanie, czy w związku z tymi ograniczeniami można mówić o przekreśleniu tej zasady w prawie zamówień publicznych. Wydaje się, że wyprowadzenie takiego wniosku nie byłoby racjonalne. Dostrzeżenie wyjątków od reguły, choć rozbudowanych, samej reguły nie przekreśla. Pozostaje ona wyznacznikiem pewnego kierunku interpretacyjnego, wskazując na pryncypia realizowane przez ustawodawcę. W razie wątpliwości w konkretnych przypadkach sytuacja prawna stron może być oceniana przez pryzmat swobody umów jako zasady ogólnej. Warto tu przytoczyć twierdzenie R. Szostaka, który zauważa, że „funkcjonuje ona jako zasada kierunkowa, a jej zasadności nie udało się podważyć nawet w okresie gospodarki centralnie planowanej pomimo ograniczeń bardziej

rozległych i uciążliwych”³⁴. Przekonująco podkreśla też ekonomiczne znaczenie swobody umów w zamówieniach publicznych. Jego zdaniem: „Swoboda kontraktowa to naturalny czynnik stymulujący postęp techniczny, dobrą jakość świadczenia, elastyczność w kontraktowych sposobach zaspokajania potrzeb gospodarczych, konkurencję i efektywność ekonomiczną transakcji. W zamówieniach publicznych chodzi jeszcze o możliwy wpływ na unowocześnienie i innowacyjność tak zwanego obrotu zaopatrzeniowego oraz świadczenia usług publicznych”³⁵. W tym kontekście jako zbyt daleko idące należy uznać spotykane w literaturze wypowiedzi wskazujące, że suma ograniczeń przewidzianych w prawie zamówień publicznych przekreśla znaczenie tej zasady. Zgodnie z takim poglądem „z uwagi na dużą skalę ograniczeń zasady swobody umów w ustawie p.z.p. oraz wynikającą z nich poniekąd dominującą pozycję zamawiającego zasada swobody umów na gruncie ustawy p.z.p. ma raczej wymiar formalny (...)”³⁶. Jeżeli jednak nawet uznać umowy w sprawach zamówień publicznych jako w znacznej części o charakterze adhezyjnym, to jednak nie przekreśla to materialnego znaczenia swobody umów. Sama adhezyjność umowy (także np. w obrocie konsumenckim) nie przekreśla swobody umów jako reguły.

Na zakończenie należy odnieść się do jednej kwestii. Otóż we wcześniejszej części rozważań zasygnalizowano, że jako istotny argument wskazujący

na obowiązywanie swobody umów w prawie zamówień publicznych wyznaczyć należy konstrukcję kontroli niedozwolonych postanowień umownych w rozumieniu art. 433 p.z.p. Jak już wyżej skonkretyzowano, przepis ten zabrania zamawiającemu stosowania w projekcie umowy określonych, niekorzystnych dla wykonawcy postanowień. W razie wprowadzenia choćby jednej ze wskazanych w art. 433 p.z.p. niedozwolonych klauzul, zamawiający może być zmuszony do dokonania stosownej zmiany postanowień projektowanej umowy na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (zgodnie z art. 513 pkt 1 p.z.p. odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarciu umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy). Uznać należy, że wdrożenie mechanizmu kontroli wzorców umownych świadczy o tym, że co do zasady zamawiającemu służy w tym zakresie prawo do kształtowania treści postanowień projektowanego stosunku prawnego zamówienia publicznego, jednak w granicach wyznaczonych przepisami prawa. Pozostaje to w zgodzie z regułą dotyczącą ograniczeń swobody umów, wyrażoną w art. 353¹ k.c.

Podsumowując niniejsze rozważania należy przyjąć tezę o obowiązywaniu zasady swobody umów także w odniesieniu

³⁴ R. Szostak: *Z problematyki racjonalizacji ograniczeń...*, op.cit., s. 604.

³⁵ Tamże, s. 608.

³⁶ J. Marczeńska: *Specyfika umów o zamówienia publiczne...*, op.cit., s. 41.

do umów w sprawach zamówień publicznych. Istniejące ograniczenia, istotne pod pewnymi względami bardziej dla zamawiających, pod innymi zaś dla wykonawców, nie przekreślają obowiązywania zasady generalnej, wyznaczającej właściwe miejsce dla umów w sprawach zamówień publicznych w całym systemie relacji kontraktowych. Wprowadzone przez ustawodawcę ograniczenia nie zmieniają bowiem kwestii, że w granicach ustawowo

chronionych kompetencji strony umowy mogą zdecydować o ukształtowaniu łączącego je stosunku prawnego.

dr WOJCIECH ROBACZYŃSKI
prof. UŁ, Katedra Prawa Cywilnego,
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Łódzkiego
ORCID: 0000-0001-7904-7677

słowa kluczowe: swoboda umów, zamówienia publiczne, zamawiający, wykonawca, prawo zobowiązań, podmiot publiczny

Bibliografia:

1. Błaś A. [w:] *System prawa administracyjnego. Tom 5. Prawne formy działania administracji*, R. Hauser (red.), Z. Niewiadomski i A. Wróbel, Warszawa 2013.
2. Bogdanowicz P.: *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019.
3. Dubis W.: *Stosowanie wybranych elementów cywilnoprawnych do umów w sprawie zamówień publicznych* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, H. Nowicki i P. Nowicki (red.), Warszawa 2015.
4. Fermus-Bobowiec A.: *Wybrane zagadnienia dotyczące wykorzystania umowy cywilnoprawnej jako instrumentu działania administracji*, „Zeszyty Naukowe KUL 61” nr 4/2018.
5. Katner W. J. [w:] *System prawa prywatnego. Tom 9. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Warszawa 2023.
6. Klich G.: *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016.
7. Krawczyk R. P.: *Samodzielność samorządu terytorialnego – realizacja zadań publicznych a swoboda zawierania umów* [w:] *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Zasada suwerenności. Problemy wybrane*.
8. Machnikowski P.: *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
9. Marczevska J.: *Specyfika umów o zamówienia publiczne*, „Forum Prawnicze” 2019.
10. Nowicki J. E.: *Zmiany umowy w praktyce*, „Monitor Zamówień Publicznych” nr 10/2016.
11. Piotr-Krajecka L.: *Umowa w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2021.
12. Potyraja M.: *Umowa o roboty budowlane w zamówieniach publicznych*, „Acta Iuris Stetinensis” nr 3/2016.
13. Robaczyński W.: *Umowna modyfikacja zamówienia publicznego*, „Kontrola Państwowa” nr 6/2016.

14. Sancewicz P.: *Umowa jako prawna forma działania administracji publicznej w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” nr 1/2019.
15. Skrodzka M. J., Skrodzki K.: *Źródła zasady swobody umów oraz wybrane aspekty jej granic – w świetle orzecznictwa* [w:] *Wokół zasad prawa cywilnego*, T. Mróz, S. Prutis (red.), Białystok 2008.
16. Stelmachowski A.: *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984.
17. Szostak R.: *Z problematyki racjonalizacji ograniczeń swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” nr 3977/2019.
18. Tomanek A.: *Swoboda umów a umowy dodatkowe stron stosunku pracy*, „Roczniki Administracji i Prawa” z. specjalny 2021.
19. Trela A.: *Powierzanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej a swoboda zawierania umów*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” z. 3/2015.
20. Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk nr 3624.

ABSTRACT

Principle of Freedom of Contract in Public Procurement – Selected Issues

The article is concerned with the issue of the principle of freedom of contract in public procurement. The principle of freedom of contract is the basic principle for liabilities, being an incarnation of the principle of the autonomy of will that is fundamental in the civil law. It is traditionally assumed that such freedom comprises decisions on engaging in a contract, selection of a contractor, shaping the contract contents, and the choice of contract form. Freedom of contract is not absolute though, and restrictions are justified with the interest of other entities, as well as with public interest. The question arises whether freedom of contract is also binding with regard to public procurement contracts concluded on the basis of the provisions of the Act of 11th September 2019 *Public Procurement Law*. In this area, there are several restrictions on contract freedom, related especially to the selection of a contractor and the contract contents. Limited freedom of parties relates both to the contracting party and to the contractor. In the article, the author has analysed individual restrictions and excluding parties' freedom in the process of procurement granting and implementation. However ultimately, the author maintains that, despite the restrictions on contractual freedom introduced, the principle has not been excluded in public procurement. The restrictions introduced by the legislature do not change the fact that, within the statutory protected competence, the parties may decide on shaping their legal relationship.

Prof. Wojciech Robaczyński, PhD, Civil Law Department, Faculty of Law and Administration, University of Łódź, ORCID: 0000-0001-7904-7677, Regional Branch of NIK in Łódź

Key words: freedom of contract, public procurement, contracting party, contractor, liability law, public entity