

UMOWY O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ZARYSIE



Fundusze Europejskie
Wiedza Edukacja Rozwój



Urząd
Zamówień
Publicznych

Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny



**Efektywne zamówienia publiczne
– wzmocnienie potencjału administracji**

Prof. dr hab. Ryszard Szostak

Katedra Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

UMOWY O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ZARYSIE

Umowy o zamówienia publiczne w zarysie

Skład, łamanie i druk:

COAR Centrum Obsługi
Administracji Rządowej

Wydział Poligrafii

02-903 Warszawa, ul. Powińska 69/71

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

**Opracowanie i druk współfinansowane przez Unię Europejską
w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego**

ISBN: 978-83-88686-49-8

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2018 r.

SPIIS TREŚCI

Objaśnienie ważniejszych skrótów	6
Wstęp	7
I. ZAGADNIENIA WPROWADZAJĄCE	
1. Specyfika umów o zamówienia publiczne	9
2. Krótka klasyfikacja umów obligacyjnych	19
3. Zakaz udzielania zamówień bez dostatecznego pokrycia finansowego	22
4. Publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń przez zamawiającego	28
5. Z problematyki umów ramowych	32
II. PRZEGLĄD PODSTAWOWYCH OGRANICZEŃ SWOBODY KONTRAKTOWEJ	
1. Przygotowanie projektu umowy finalnej	41
2. Konkurencyjne sposoby udzielania zamówień publicznych	56
3. Obowiązek zawarcia umowy finalnej	70
4. Forma i język umowy	79
5. Jawność umów o zamówienia publiczne	87
6. Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych	89
7. Współwykonawstwo (konsorcjum) w zamówieniach publicznych	104
8. Unieważnienie umowy finalnej	112
III. ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY	
1. Uwagi ogólne	121
2. Roszczenia podlegające zabezpieczeniu	123
3. Formy zabezpieczeń	127
4. Ustanowienie wymaganego zabezpieczenia	128
5. Przegląd czynności zabezpieczających	133
6. Niektóre aspekty dochodzenia roszczeń z przedmiotu zabezpieczenia	141
IV. ZASADY WYKONYWANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	
1. Uwagi ogólne	143
2. Rodzaje świadczeń umownych	144
3. Zasada realnego wykonania zamówienia	149

4. Klauzula rebus sic stantibus	159
5. Pierwszeństwo realizacyjne świadczenia niepieniężnego	163
6. Wymagania jakościowe przedmiotu zamówienia	165
7. Wymóg zachowania należytej staranności przez wykonawcę	167
8. Zasady spełnienia świadczenia niepieniężnego	168
9. Zasady swobody walutowej, nominalizmu i terminowej zapłaty	175
V. ZALICZKOWANIE WYKONAWCY	
1. Pojęcie i funkcje zaliczki	183
2. Charakter i warunki zaliczki z art. 145a Pzp	186
3. Zabezpieczenie zwrotu zaliczki	191
4. Rozliczenie zaliczki	192
VI. MODYFIKACJE UMÓW O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE	
1. Uwagi ogólne	195
2. Zastosowanie klauzuli adaptacyjnej	200
3. Przypadek z art. 142 ust. 5 Pzp	204
4. Realizacja dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych	205
5. Zmiana umowy wymuszona okolicznościami nieprzewidywalnymi	208
6. Nieistotne zmiany umowy	209
7. Modyfikacja umowy o zamówienie małej wartości	212
8. Wyjątkowa zmiana wykonawcy	212
9. Uгода w sprawie należności pieniężnej przysługującej zamawiającemu	214
10. Unieważnienie niedozwolonej zmiany umowy	216
VII. ODSTĄPIENIE OD UMOWY O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE	
1. Uwagi ogólne	219
2. Odstąpienie od umowy w interesie publicznym	223
3. Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145a Pzp	225
VIII. ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY ZA NARUSZENIE ZOBOWIĄZANIA	
1. Uwagi ogólne	229
2. Odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadach ogólnych	232
3. Roszczenie z tytułu kary umownej	237

4. Rękojmia za wady przedmiotu zamówienia	242
5. Gwarancja dodatkowa	259
IX. KONCESJE NA ROBOTY BUDOWLANE LUB USŁUGI	
1. Uwagi historyczne	269
2. Rozwój regulacji polskiej	273
3. Cywilnoprawna natura koncesji	275
4. Istotne postanowienia umów koncesyjnych	279
5. Kwalifikacja prawna koncesji	282

OBJAŚNIENIE WAŻNIEJSZYCH SKRÓTÓW

EPS	– Europejski Przegląd Sądowy
FK	– Finanse Komunalne
KPP	– Kwartalnik Prawa Prywatnego
MP	– Monitor Prawniczy
OSN	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPİKA	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
PECL	– <i>Principles of European Contract Law</i> (zasady europejskiego prawa kontraktów)
PiP	– Państwo i Prawo
Pzp	– ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579)
PZP	– Prawo Zamówień Publicznych
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
PS	– Przegląd Sądowy
p. aut.	– ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2017 r., poz. 880)
p. bud.	– ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2017 r., poz. 1332)
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RP	– Radca Prawny
SP	– Studia Prawnicze
ST	– Samorząd Terytorialny
ZP – D	– Zamówienia Publiczne – Doradca
udfp	– ustawa z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1311)
ufp	– ustawa z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 2077)

WSTĘP

Rosnące znaczenie problematyki umów o zamówienia publiczne łączy się przede wszystkim z różnymi trudnościami wynikającymi z licznych ograniczeń swobody kontraktowej, które są usprawiedliwione przede wszystkim ochroną interesu publicznego oraz koniecznością zachowania dostatecznej efektywności transakcji finansowanych ze środków publicznych, a także obowiązkiem dochodzenia roszczeń przysługujących publicznym instytucjom zamawiającym. Nie bez znaczenia są też modyfikacje uniwersalno dyspozytywnych rozwiązań kodeksowych, podyktowane zasadami przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz innymi wymogami o charakterze proceduralnym. Tymczasem w piśmiennictwie brak rozwiniętych opracowań poświęconych tej problematyce. Celem niniejszej publikacji jest próba choćby tylko częściowego usunięcia zaistniałej luki, zwłaszcza w zakresie ogólnych zagadnień umów o zamówienia publiczne. Część szczegółowa, obejmująca pogłębioną charakterystykę prawną poszczególnych typów kontraktowych, wymaga osobnego opracowania. Zakresem rozważań objęto podstawowe kwestie dotyczące kształtowania, zawierania, wykonywania i rozliczania umów o zamówienia publiczne. Uwzględniono krajowe, jak i europejskie rozwiązania normatywne, aktualne kierunki interpretacyjne zarysowane w piśmiennictwie, narastający dorobek orzecznictwa, a także doświadczenia bieżącej praktyki.

Książka składa się z dziewięciu rozdziałów. Pierwszy, poświęcony uwarunkowaniom ogólnym, stanowiącym niezbędne tło objaśnianej tematyki. W drugim dokonano przeglądu podstawowych ograniczeń swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych, wynikających z unormowań bezwzględnie obowiązujących. Trzeci rozdział dotyczy sposobów zabezpieczania ściągalności roszczeń przysługujących publicznym instytucjom zamawiającym, doniosłych z punktu widzenia efektywności zamówień publicznych. Następny rozdział traktuje o trudnych w praktyce i orzecznictwie zasadach wykonywania zamówień publicznych. Kolejny poświęcono natomiast bardzo doniosłej, lecz praktycznie zaniedbanej, kwestii zaliczkowania wykonawcy zamówienia publicznego. W szóstym rozdziale monografii przedstawiono zreformowaną ostatnio problematykę granic i warunków dopuszczalnych zmian w umowach o zamówienia publiczne. Następnie zarysowano trudną problematykę ustawowego odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne. Nieco więcej uwagi poświęcono poszczególnym rodzajom odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego, ze względu na liczne trudności interpretacyjne w praktyce. Ostatnia część opracowania dotyczy koncesji na roboty budowlane oraz na usługi.

Opracowanie dedykowane jest przede wszystkim młodym pracownikom nauki i studentom, przedstawicielom Palestry oraz kadry zarządzającej z zakresu finansów i zamówień publicznych.

Kraków, listopad 2017 r.

I. ZAGADNIENIA WPROWADZAJĄCE

1. Specyfika umów o zamówienia publiczne

Wyrażenie „zamówienie publiczne” występuje w dwóch znaczeniach, jako synonim umowy albo jako określenie jej przedmiotu. Dlatego z jednej strony według art. 2 pkt 13 Pzp przez zamówienie rozumie się umowę odpłatną, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, natomiast z drugiej strony w przepisach art. 139 i n. Pzp operuje się pojęciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując pośrednio na samo świadczenie dostaw, usług lub robót budowlanych. Dlatego umowa o zamówienie publiczne, to czynność prawna na podstawie której zamawia się niezbędne na potrzeby publiczne świadczenia (zamówić = obstalować, zapewnić). Wzbogacający nazwę przymiotnik „publiczne” nie wskazuje bynajmniej bezpośrednio na charakter regulacji tego rodzaju zamówień, lecz jest związany bezpośrednio z ich funkcją, odnoszącą się do zaspokajania potrzeb publicznych (zbiorowych). Interesy i potrzeby publiczne przesądziły historycznie o ukształtowaniu tej nazwy, choć nie była ona i nadal nie jest stosowana jednakowo. W państwach środkowo-europejskich zamówienia te nazywano przejściowo „skarbowymi”¹. Jeszcze na gruncie polskich przepisów przedwojennych operowano ogólnie dostawami lub robotami na rzecz Skarbu Państwa, samorządu lub instytucji prawa publicznego. Początkowo, przez wiele wieków, potrzeby państwowe (królewskie) zaspokajano przede wszystkim w drodze danin naturalnych, z wykorzystaniem pracy osobistej ludności. Oparta na zasadzie dobrowolności i równorzędności stron umowa cywilnoprawna połączona z odpłatnością w pieniądzu okazała się bardziej efektywna. Wprawdzie umowne sposoby nabywania świadczeń na potrzeby publiczne stosowano szeroko już w starożytności, jednak w średniowiecznej epoce feudalnej ponownie zeszły na margines, podobnie zresztą jak i cały obrót gospodarczy. Renesans nadszedł dopiero wraz ze stabilizacją polityczną, odbudową szlaków handlowych i rozwojem wymiany towarowej oraz reaktywowaniem umów konsensualnych, uzupełniających proste transakcje realne z zakresu życia codziennego². Istotnym bodźcem była postępująca recepcja prawa rzymskiego. Na ziemiach polskich początki zorganizowanych zamówień publicznych, przy większym zastosowaniu umów majątkowych, sięgają okresu zjednoczenia państwa przez Władysława Łokietka oraz reform umacniających struktury administracji królewskiej, wprowadzonych przez Kazimierza Wielkiego³. Wszystkie, nawet drobne, zamówienia poddano kontroli zwierzchniej, wprowadzono też rejestry wydatków na zamówienia publiczne, w ramach rachunków dworskich oraz prowadzonych w tzw. podrzędstwach.

Ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych, wynikające z narastających sukcesywnie przepisów prawa i rozmaitych aktów administracyjnych, a także wzmożony nadzór i kontrola administracyjna, przesądziły o wyraźnej specyfice tych umów na tle kontraktów majątkowych zawieranych w obrocie powszechnym. W szczególności istotne są ograniczenia zorientowane na ochronę interesu publicznego i efektywne wydatkowanie środków

¹ Por. R. Szostak: Regulacja prawna zamówień publicznych w Polsce w ujęciu historycznym, PZP 2012, Nr 4, s. 3 i n.

² Więcej R. Szostak: Zamówienia publiczne w starożytności oraz w epoce średniowieczno-feudalnej, PZP 2012, Nr 3, s. 3 i n.

³ Tamże.

publicznych. Od XIX w. doszły jeszcze ograniczenia wymuszone zasadą równego dostępu do zamówień, z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, wzmacniające nie tylko efektywność samych wydatków, lecz także chroniące interesy przedsiębiorców ubiegających się o coraz liczniejsze zamówienia publiczne, zwiększające popyt oraz korzystnie stymulujące rozwój gospodarczy. Najpierw ograniczenia swobody kontraktowej miały krajowy wymiar normatywny, lecz wraz z postępem integracji europejskiej uzyskały znaczenie transgraniczne.

W prawie polskim brak legalnej definicji umowy cywilnoprawnej, wystarcza potoczne znaczenie tego pojęcia. Synonimem słowa „umowa” jest termin „kontrakt”, choć ostatnio to drugie wyrażenie nabiera swoistego znaczenia i zazwyczaj stosowane bywa na oznaczenie transakcji transgranicznych. Umowa jest czynnością prawną obejmującą dwa (lub więcej) zgodne i wzajemnie odpowiadające sobie co do treści oświadczenia woli stron (konsens), złożone w celu ustanowienia, zmiany lub zniesienia prawa podmiotowego bądź stosunku prawnego. Sama zatem wola indywidualna stron zawierających umowę stanowi wystarczającą moc sprawczą jej obowiązywania i skuteczności, zarówno jako czynności kreującej więź prawną, jak i wyznaczającej treść prawa lub stosunku prawnego. Zajmujące równorzędną pozycję strony są wolne co do tego jaką umowę chcą zawrzeć, działają bowiem w ramach przysługującej im autonomii woli. W zamówieniach publicznych umowę projektuje jednak zamawiający, a zawierana jest na ogół w trybie zbliżonym do adhezyjnego. Oświadczenia woli stron uważa się za zgodne, gdy da się stwierdzić, że mają one ten sam sens, ustalony w razie potrzeby według właściwej wykładni złożonych oświadczeń. W razie braku pełnego konsensu umowa w ogóle nie dochodzi do skutku. Dopiero po nawiązaniu umowy można ewentualnie powoływać się na ewentualne wady i stwierdzać jej nieważność albo uchylając się od skutków prawnych wadliwego oświadczenia woli – doprowadzić do unieważnienia. Mimo że umowa dochodzi do skutku poprzez zgodne oświadczenia woli stron, stanowi integralną całość. Po zawarciu nie podlega już rozkładowi na poszczególne oświadczenia woli, które stanowiłyby podstawę dla obowiązków każdego z kontrahentów.

Wolność umowna, wynikająca z konstytucyjnie gwarantowanych praw i swobód, przesądza nie tylko o możliwości nieskrępowanego decydowania o tym, czy zawrzeć umowę i z kim ją zawrzeć, lecz także i o swobodzie kształtowania jej treści, a nawet o wyborze formy i sposobu nawiązania umowy. Jest to zasada uniwersalna. Każdy uczestnik życia społeczno-gospodarczego ma suwerenną kompetencję decydowania o zawarciu (niezawarciu) umowy, jak i o ewentualnej zmianie bądź rozwiązaniu umowy. Nikt nie może drugiego „wciągnąć” przymusowo do umowy, czy narzucić mu partnera kontraktowego, ani nawet wymusić określonego sposobu (techniki) zawarcia umowy. Każdy, także podmiot publiczny, suwerennie decyduje o tym, czy swoje potrzeby gospodarcze zaspokoi świadczeniem innej osoby (umownie), czy też we własnym zakresie oraz jaki ewentualnie rodzaj umowy będzie w konkretnym przypadku dogodny, można np. samochód kupić, wziąć w leasing albo nająć. W sferze zamówień publicznych swoboda kontraktowa nie została całkowicie wyłączona, doznaje jedynie ograniczeń ustawowych, poza którymi zachowuje w pełni swoją aktualność⁴.

⁴ Por. R. Szostak: Zakres i struktura prawa zamówień publicznych, PZP 2013, Nr 3, s. 12 i n, Z. Gordon: Kształtowanie treści umów i stosunków umownych (w:) Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, red. H. Nowicki, Wrocław 2015, s. 326 i n. oraz W. Robaczyński: Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych (w:) Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 136 i n.

Ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych wprowadza się z założenia tylko w wymiarze niezbędnym. W szczególności udzielenie zamówienia (zawarcie umowy) należy poprzedzić nakazaną ustawowo procedurą, pod rygorem nieważności. Przetarg albo inna procedura przedumowna ma bowiem zapewnić dostateczną efektywność zamówienia, udzielanego wiarygodnemu kontrahentowi, na ekwiwalentnych warunkach, a także równy (konkurencyjny) dostęp do zadania finansowanego ze środków publicznych. Ponadto, z uwagi na bezpieczeństwo transakcji, obowiązuje ograniczenie co do wyboru formy umowy (osłona dowodowa), specjalne zaś funkcje zamówień, zorientowanych na zaspokajanie potrzeb publicznych, wymuszają jeszcze dodatkowo pewne ograniczenia co do treści umowy. Poza specyfiką, narzuconą tymi ograniczeniami, umowy o zamówienia publiczne funkcjonują tak samo jak zwykłe kontrakty cywilnoprawne. W szczególności ustawa w ogóle nie ingeruje w to, kiedy i jakie transakcje z zakresu zamówień publicznych mają być zawierane⁵, chyba że pewne typy są wyraźnie zakazane, zwłaszcza jeśli natura ich sprzeczna jest z interesem publicznym. Najczęściej jednak wielu typów kontraktowych nie praktykuje się w sferze zamówień publicznych ze względów funkcjonalnych, gdy wykraczają poza statutowy zakres działalności instytucji państwowych lub samorządowych, np. umów o rentę, dożywocie, czy z zakresu spadkobrania⁶. Jeśli jednak doszłoby do zawarcia umowy niemieszczącej się w zakresie działania zamawiającego, będzie ona ważna, o ile nie naruszy wyraźnego zakazu ustawowego (np. nawiązana w okolicznościach przestępstwa), natomiast kwestią otwartą pozostaje możliwość ewentualnego uchylecia się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu lub podstępny (art. 88 kc) albo w warunkach wyzysku (art. 388 kc), a także zastosowanie odpowiedzialności osobistej urzędników dopuszczających się marnotrawstwa lub innego zachowania na szkodę interesu publicznego. W konsekwencji nie do przyjęcia był pogląd zgłaszany przejściowo w piśmiennictwie⁷, a nawet – niestety – w orzecznictwie⁸, że umowę o zamówienie publiczne można rozpatrywać w kategoriach pozakodeksowego typu umowy nazwanej. Od razu został on poddany krytyce⁹, jako pozbawiony jakiegokolwiek umocowania ustawowego, podobnie zresztą jak i dalej idące stanowisko o możliwości uznania umowy o zamówienie publiczne za umowę administracyjną¹⁰. Na ukształtowaną od dawna typologię kontraktów cywilnoprawnych wpływają bowiem zasadniczo elementy przedmiotowe, związane ze świadczeniami stron

⁵ Por. zwłaszcza V. Emmerich: *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 644 i n., A. Boesen: *Vergaberecht Kommentar zum 4 Teil des GWB*, Köln 2000, s. 171 i n. oraz R. Szostak: *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 33–34.

⁶ Przepisy art. 36 kc o specjalnej zdolności prawnej osób prawnych (limitowanej normatywnie pod rygorem bezskuteczności umowy) zostały uchylone w 1990 r.

⁷ Por. zwłaszcza A. Fermus-Bobowiec: *Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna*, „Radca Prawny” 2012, Nr 131 (dodatek), s. 8.

⁸ Por. jednostkowy wyrok Sądu Najwyższego z 13 września 2001 r. (IV KKN 381/00), OSNC 2002, Nr 6, poz. 75 (uzasadnienie).

⁹ Por. R. Szostak w głosie do wyroku Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2003 r. PS 2005, Nr 1, s. 180 i n. Późniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego były zdecydowanie przeciwne rozpatrywaniu umowy o zamówienie publiczne w kategoriach samodzielnego kontraktu nazwanego.

¹⁰ Por. zwłaszcza J. Niczyporuk: *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych (w:) Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 35 i n.

i ich konfiguracją, a podmiotowe tylko o tyle, o ile z mocy ustawy rzutują wyraźnie na konstrukcyjny układ zobowiązania¹¹.

Działające selektywnie ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych nie prowadzą do takich odchyłeń konstrukcyjnych, które podważałyby znaczenie prawne umowy i tradycyjną typologię kontraktów cywilnoprawnych. W świetle bowiem jednolitej linii orzecznictwa, ustabilizowanej wyrokiem Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2003 r. (sygn. akt: III CKN 1320/00)¹², udzielanie oraz realizacja zamówień publicznych następują przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych, a wolą ustawodawcy nie było wyodrębnienie samodzielnego kontraktu nazwanego, lecz jedynie ograniczenie swobody kontraktowej stron¹³. Zamówienia publiczne to zarówno kontrakty nazwane, unormowane szczegółowo w kodeksie cywilnym lub w innej ustawie, jaki i nienazwane, rozwijające się pomimo braku specjalnej regulacji ustawowej w imię swobody kontraktowej, o ile nie prowadzą do sprzeczności z prawem. Stosownie bowiem do art. 353¹ kc strony zawierające umowę mogą ułożyć nawiązujący stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (uczciwego obrotu). Same więc strony określają wszystkie wzajemne prawa i obowiązki oraz przesądzają o skutkach umowy. Wyklucza się przede wszystkim umowy wyraźnie prawem zakazane, zwłaszcza których wykonanie prowadziłoby do przestępstwa, a także umowy choćby tylko częściowo sprzeczne z ustawą lub mające na celu obejście ustawy albo godzące w zasady uczciwego obrotu. Są one nieważne (art. 58 kc). Jeżeli nieważnością dotknięta jest tylko część umowy, pozostałe jej postanowienia pozostają w mocy, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością umowa w ogóle nie zostałaby zawarta (np. gdy przedmiotem zobowiązania jest substancja wyjęta z obrotu). Ingerencja w swobodę kontraktową może też wynikać z zakazów administracyjnych, lecz zdarzają się bardzo rzadko, np. w stanie wojennym albo w innych stanach nadzwyczajnych.

Wybór typu umowy to podstawowy przejaw swobody kontraktowej. Zamawiający inicjujący udzielenie zamówienia suwerennie decyduje – stosownie do potrzeb – o wyborze konkretnego typu umowy oraz tak jak każdy nabywca świadczenia niepieniężnego swobodnie projektuje jej treść, zwłaszcza co do rodzaju i rozmiarów zamawianego świadczenia. Dlatego według definicyjnego art. 2 pkt 13 Pzp przez zamówienia publiczne rozumie się umowy cywilnoprawne, których przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane. Zgodnie zaś z art. 139 ust. 1 Pzp stosuje się do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego, o ile ustawa (*lex specialis*) nie stanowi inaczej. Obecnie unormowania te usuwają wszelkie wątpliwości dotyczące cywilnoprawnej natury umowy o zamówienie publiczne. Jeśliby nawet przepisów tych nie było (tak jak w wielu państwach zachodnioeuropejskich), jest oczywiste to, że zamówienia publiczne od starożytności mają proveniencję cywilnoprawną. Utrzymanie normy

¹¹ Więcej o tym zwłaszcza Z. Żabiński: Systematyka umownych stosunków prawnych pod względem treści, „Studia Cywilistyczne” 1972, t. XIX, s. 97 i n., B. Gawlik: Pojęcie umowy nienazwanej, „Studia Cywilistyczne” 1971, t. XVIII, s. 25, Z. Radwański: Teoria umów, Warszawa 1977, s. 209 i n. oraz M. Sośniak: Grupy i rodzaje umów obligacyjnych w europejskiej doktrynie i ustawodawstwie, „Studia Iuridica Silesiana” 1991, t. XVI, s. 61 i n.

¹² OSNC 2004, Nr 7–8, poz. 112.

¹³ Por. też wyroki Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r. (V CK 474/02), ST 2005, Nr 4, s. 64; z 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03, OSP 2005, Nr 2, poz. 22, z aprobowaną glosą R. Szostaka; z 5 października 2006 r. (IV CSK 153/06), OSP 2007, Nr 10, poz. 120, z aprobowaną glosą R. Szostaka; z 13 lipca 2005 r. (I CK 33/05), OSNC 2006, Nr 6, poz. 104; a także z 7 lutego 2013 r. (II CSK 248/12), PZP 2013, Nr 2 s. 77.

wynikającej zwłaszcza z art. 139 ust. 1 Pzp wydaje się jednak konieczne ze względu na przeciwdziałanie utrzymującym się jeszcze w niektórych kręgach różnym nawykowi z poprzedniego okresu ustrojowego, gdy oddziaływanie instrumentów administracyjnoprawnych było większe. W zamówieniach publicznych występują zarówno umowy nazwane (szczegółowo unormowane ustawowo), jak i nienazwane (nieznane ustawodawstwu). Do umów nienazwanych stosuje się przepisy ogólne, zwłaszcza o zobowiązaniach, a także w drodze analogii przepisy o zbliżonych umowach nazwanych¹⁴. Podklasą umów nienazwanych są umowy mieszane, zawierające elementy charakterystyczne dla dwu (kilku) umów nazwanych lub nienazwanych, w odniesieniu do których różnicuje się przepisy, w zależności od poszczególnych elementów stosunku umownego. Nieliczne ograniczenia swobody kształtowania treści umowy rzutują dodatkowo – obok ograniczeń proceduralnych – na specyfikę zamówień publicznych: udzielanych na czas oznaczony, z ustawowo limitowanym podwykonawstwem, szczególnymi warunkami zaliczkowania wykonawcy oraz zabezpieczenia należytej realizacji zamówienia itd. Nie bez znaczenia pozostają też ograniczenia dotyczące wykonywania praw i obowiązków stron, z generalnym obowiązkiem dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu, przy ustawowo wyznaczonych granicach dopuszczalnej modyfikacji zobowiązania.

Powyższe ograniczenia nie przekreślają jednak zupełnie swobody kontraktowej, ponieważ są ograniczone i ukierunkowane wyłącznie na wzmocnienie bezpieczeństwa i efektywności transakcji. Swobody tej nie wyłącza też okoliczność, że umowy o zamówienia publiczne nie są w zasadzie negocjowane indywidualnie. Ich treść kształtuje bowiem zamawiający w sposób zbliżony do umów adhezyjnych, w ramach z góry ustalanych wyczerpująco warunków zamówienia (por. art. 36 Pzp). Przystąpienie przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie do adhezyjnie ukształtowanych warunków zamówienia, odbywa się z pełnym poszanowaniem dobrowolności, równouprawnienia i autonomicznej woli zainteresowanego. Osłabienie faktycznej, a nie prawnej, pozycji wykonawcy „wyrównuje się” ustawowym uprawnieniem wykonawcy do zaskarżenia niedogodnych warunków zamówienia w trybie odwoławczym, w tym krzywdzących postanowień projektowanej umowy, jednak tylko w oparciu o kryterium legalności (art. 179 ust. 1 Pzp)¹⁵. W ramach przesłanek efektywnego zaskarżenia mieści się naruszenie nie tylko zwykłych przepisów ustawy, lecz także i zasad udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności.

Umowa cywilnoprawna stanowi podstawowe źródło zobowiązań, funkcjonuje bowiem jako instrument obrotu gospodarczego, przede wszystkim w obszarze stosunków obligacyjnych, obok bezpodstawnego wzbogacenia (świadczenie bezumowne) oraz wyrządzenia szkody czynem niedozwolonym. Występuje jednak także w ramach stosunków prawa rzeczowego, prawa spółek, ochrony własności intelektualnej, prawa spadkowego itd. W sferze zamówień publicznych mieszczą się zatem wszelkie umowy, nie tylko obligacyjne, byleby dotyczyły świadczeń o bezpośredniej doniosłości gospodarczej: dostaw, usług lub robót budowlanych. Dlatego przykładowo zamówieniem publicznym będzie ustanowienie odpłatnej służebności gruntowej lub innego ograniczonego prawa rzeczowego, choć reżim ustawy prawa zamówień publicznych jest wyłączony w odniesieniu do nieruchomości, z uwagi na wyraźne brzmienie

¹⁴ Przeglądu najważniejszych umów nienazwanych dokonano w: System prawa prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, red. J. Katner, Warszawa 2010, s. 1 i n.

¹⁵ Por. też W. Robaczyński: Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych... op. cit., s. 140 i n.

art. 4 pkt 3 lit. i) Pzp. Ponadto w kategoriach zamówienia publicznego rozpatrywać trzeba nabycie praw udziałowych lub innych praw korporacyjnych w obrocie wtórnym. Do kręgu zamówień publicznych nie wchodzi natomiast porozumienia administracyjne, zawierane pomiędzy organami władzy publicznej albo pomiędzy takimi organami a podległymi im jednostkami niemającymi osobowości prawnej (np. organami gmin a samorządowymi zakładami budżetowymi), z uwagi na brak równorzędności stron i swoisty charakter wewnątrzadministracyjny, a nie cywilnoprawny. Podobnie umów z zakresu prawa pracy nie uznaje się za zamówienia publiczne ze względu na swoisty charakter prawny (art. 4 pkt 4 Pzp), skoro stosunki pracownicze od dawna nie są cywilnoprawne. Nie dotyczy to jednak zatrudnienia na podstawie tradycyjnych umów obligacyjnych: zlecenia, o dzieło, agencji itd. Z drugiej strony stosunki pomiędzy wyodrębnionymi instytucjami: macierzystymi i zależnymi (filialnymi) mogą być, z uwagi na swoją umowno – majątkową naturę, kwalifikowane jako tzw. zamówienia in house i nawiązywane na uprzywilejowanych zasadach (por. art. 4 pkt 13 oraz art. 67 ust. 1 pkt 12–14 Pzp).

Koncesje budowlane lub na usługi są swoistym rodzajem zamówienia publicznego.

Na podstawie koncesji budowlanej zamawiający publiczny powierza wykonanie określonych robót budowlanych przedsiębiorcy w zamian za wynagrodzenie stanowiące: albo wyłączone prawo do eksploatacji obiektu będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z dopłatą w pieniądzu, natomiast w oparciu o koncesję na usługi zamawiający powierza wykonawcy świadczenie określonych usług i zarządzanie nimi w zamian za wynagrodzenie w postaci samego prawa wykonywania tych usług albo w postaci takiego prawa wraz z dopłatą usługi¹⁶. Z kolei do zamówień publicznych *sensu largo* zaliczyć należy umowy z zakresu partnerstwa publiczno – prywatnego, w szczególności przewidujące utworzenie spółki handlowej, w ramach których podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania z podmiotem prywatnym poprzez wniesienie określonego wkładu majątkowego do wspólnego przedsięwzięcia.

Prawem właściwym dla umów o zamówienie publiczne, zawieranych także z zagranicznymi wykonawcami jest prawo polskie. Oznacza to, że strony umowy pozbawione są możliwości wyboru prawa obcego, w myśl tradycyjnej zasady, że umowa o zamówienie publiczne podlega prawu kraju pochodzenia zamawiającego. Tak samo przedstawia się samo udzielanie zamówień. Procedury udzielania zamówień normowane są bowiem prawem krajowym, dostosowanym do dyrektyw europejskich¹⁷. Łącznikiem jest tu osoba (pochodzenie) zamawiającego. Nawet zatem polska placówka dyplomatyczna lub jednostka wojskowa operująca za granicą udziela zamówień z zastosowaniem prawa polskiego. Dlatego stosownie do ogólnego art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W odniesieniu do umów zasadę prawa krajowego potwierdza wprost art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym do umów o zamówienia publiczne udzielone przez polskie instytucje zamawiające stosuje się postanowienie polskiego kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Dotyczy to również krajowych reguł wykładni dyspozycji umownych z art. 65 kc. Według nadrzędnego art. 9 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie

¹⁶ Por. przepisy ustawy z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboto budowlane lub usługi (Dz. U., poz. 1920)

¹⁷ Por. w tym zakresie art. 26 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24 z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE z 2014 L 94, 28.03.2014, s. 65).

prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)¹⁸, zastępującego poprzednio obowiązującą w tym zakresie konwencję rzymską, państwo członkowskie UE może wyjątkowo narzucić unormowanie wyłączające prawo wyboru prawa przez strony umowy pochodzące z różnych państw, jeśli jest uzasadnione „ochroną jego interesów publicznych”. Wyłączenie wyboru prawa właściwego rozciąga się także na reguły wykonywania zobowiązań umownych oraz na zasady odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 9 ust. 3), a ponadto przesądza jeszcze o zachowaniu jurysdykcji krajowej. W konsekwencji polskiemu zamawiającemu nie wolno „poddawać się” obcemu sądownictwu, zwłaszcza co do sporu dotyczącego udzielania zamówienia publicznego (właściwa jest wyłącznie Krajowa Izba Odwoławcza i sąd okręgowy), a także sporu dotyczącego zawarcia i wykonywania umowy o to zamówienie, dla rozpoznania którego właściwy jest odpowiedni sąd krajowy. Brak jednak dostatecznie jasnego unormowania co do możliwości poddania sporu z zakresu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego sądowi polubownemu (arbitrażowi). Wykluczenie dopuszczalności wprowadzenia do umowy o zamówienie publiczne klauzuli arbitrażowej nasuwa się automatycznie w związku z tym, że w zamówieniach publicznych nie ma w ogóle miejsca na zastosowanie – właściwych dla sądownictwa polubownego – reguł słuszności, konieczne jest przestrzeganie prawa i dobrych obyczajów. Ponadto aktualny jest obowiązek dochodzenia roszczeń przez zamawiającego. Do ugodowego zaś sposobu załatwienia sporu może dojść jedynie w granicach obowiązującego prawa. W szczególności ugoda sądowa podlega – jak wiadomo – zatwierdzeniu przez właściwy sąd z punktu widzenia jej dopuszczalności (praworządność) i braku naruszenia interesu publicznego (o ugodzie zob. dalej).

Zamówienia publiczne to umowy o bezpośredniej doniosłości gospodarczej, zawierane w zakresie dostaw, usług lub robót budowlanych. Z pojęcia tego wypadają zatem umowy przygotowawcze, w szczególności umowa przedwstępna, a także umowa ramowa. Wprawdzie nie zostały one całkowicie zakazane w sferze zamówień publicznych, jednak obowiązek każdorazowego przeprowadzenia ustawowo przewidzianej procedury udzielenia zamówienia przesądza o ograniczonym ich zastosowaniu. Zawarcie samodzielnej umowy przedwstępnej (art. 389 kc) jest w zasadzie wykluczone, skoro dominują konkurencyjne sposoby zamawiania dostaw, usług lub robót budowlanych, wyjątek może dotyczyć co najwyżej sytuacji uzasadniającej udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Konstrukcja prawna umowy przedwstępnej stanowi jednak element przejściowego stosunku obligacyjnego, powstającego w wyniku rozstrzygnięcia przetargu albo innej procedury ofertowej, skoro przyjęcie oferty najkorzystniejszej prowadzi do nawiązania w układzie dwustronnym (przetarg jest wielostronny) zobowiązania przewidującego odroczone w czasie obowiązki zawarcia umowy finalnej (art. 94 Pzp)¹⁹. Wykreowana automatycznie umowa przedwstępna (złożenie oferty i jej przyjęcie) stwarza bowiem po obu stronach uprawnienie do dochodzenia zawarcia umowy docelowej (por. art. 70² § 3 w zw. z art. 70³ § 3 zd. 2 kc). Z kolei granice i zasady zastosowania umowy ramowej w sferze zamówień publicznych wyznaczają przepisy art. 99–101b Pzp. Ustala ona sposób zawierania oraz warunki przyszłych umów realizacyjnych, czyli udzielania powtarzalnych zamówień publicznych na świadczenia określonego rodzaju, w ustalonym okresie (do 4 lat). Nie tylko zatem upraszcza udzielanie określonych zamówień temu samemu wykonawcy lub wykonawcom,

¹⁸ Dz. Urz. UE, L177, 4.07.2008, s. 6.

¹⁹ Więcej o tym R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 163 i n.

lecz przyczynia się także do znacznych oszczędności biurowatycznych oraz finansowych, wynikających ze stabilizacji więzi obligacyjnej w dłuższym horyzoncie czasowym.

Zamówienia publiczne ograniczają się wyłącznie do umów odpłatnych. Każda ze stron uzyskuje lub ma uzyskać określoną korzyść majątkową. Zamawiający zamawia świadczenie dostaw, usług lub robót w zamian za świadczenie wzajemne, na ogół ekwiwalentne, choć nie musi być ono w pieniądzu; może mieć inną postać (rzecзовą lub usługową), byleby nadawało się do wyceny pieniężnej. Z zamówień publicznych wypadają zatem całkowicie umowy nieodpłatne (darowizna, użyczenie, przewóz grzecznościowy). Przy umowach nieodpłatnych zakres obowiązków dłużnika ulega pomniejszeniu, szczuplejsza jest też ochrona wierzyciela²⁰. Wprawdzie co do zasady obowiązuje zakaz dysponowania mieniem państwowym lub komunalnym pod tytułem nieodpłatnym, natomiast nie jest on aktualny w sytuacji odwrotnej, gdy podmiot publiczny staje się nabywcą nieodpłatnego świadczenia niepieniężnego. Przestrzeganie wtedy ograniczeń właściwych dla zamówień publicznych pozbawione byłoby sensu. Przy zamówieniach barterowych zaś zamawiający naraża się na liczne trudności, aby sprostać wymaganiom prawa zamówień publicznych. Stąd bardzo często stosuje się tryb z wolnej ręki, któremu towarzyszy indywidualna wycena wzajemnych świadczeń.

Z przedmiotowego punktu widzenia umowy o zamówienia publiczne mogą obejmować zarówno świadczenia jednorazowe (sprzedaż, dzieło), okresowe (odbiór odpadów), jak i ciągle (dostawa wody, najem, dzierżawa). Same te świadczenia polegają na ogół na działaniu wykonawcy (wydanie przedmiotu, świadczenie usług, zrealizowanie obiektu budowlanego), rzadko zaś na powstrzymaniu się od dozwolonego zachowania (zaniechanie jako usługa). Tak jak w obrocie powszechnym umowy o zamówienia publiczne mogą być zarówno krótko, jak i długoterminowe, o dłuższym niż rok okresie realizacji. Najważniejszy jest jednak podział zamówień na: dostawy, usługi i roboty budowlane, który zasadniczo ma znaczenie proceduralne, odrywa się jednak od przyjętej typologii kontraktów cywilnoprawnych.

Przez dostawy rozumie się nabywanie rzeczy, praw i innych dóbr (energii, zwierząt), w szczególności na podstawie sprzedaży, dostawy, kontraktacji produktów rolnych, a także najmu dzierżawy i leasingu (art. 2 pkt 2 Pzp). Chodzi zatem nie tylko o umowy o przeniesienie własności rzeczy, energii lub praw, lecz także o korzystanie z cudzych rzeczy lub praw. W zakresie „dostawy praw” wyróżnić trzeba nabycie praw autorskich lub wynalazczych, zwłaszcza do gotowego projektu lub innego utworu (sporządzenie utworu na zamówienie to usługa) oraz nabycie praw udziałowych lub innych praw, w tym z papierów wartościowych.

Robotami budowlanymi są prace (dawniej rozpatrywane w kategoriach usług) będące robotami w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych²¹, a nie bezpośrednio w ujęciu p.bud. Dotyczą jednak obiektu budowlanego trwale z gruntem związanego, będącego ich rezultatem. Polegają na budowie (przebudowie) takiego obiektu bądź montażu z gotowych elementów albo też na jego remoncie lub rozbiórce (art. 3 p. bud.). Z kolei wszystkie elementy trwale związane z obiektem budowlanym stanowią jego części składowe na podstawie art. 47–49 kodeksu cywilnego. Wyją-

²⁰ Por. A. Wolter: czynności prawne nieodpłatne *inter vivos*, w projekcie kodeksu cywilnego (w:) Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego, Kraków 1964, s. 497 i n., a także Z. Radwański: Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2007, s. 220 i n.

²¹ Dz. U. z 2016, poz. 1125.

tek dotyczy jednak urządzeń sieciowych (instalacji wodnej, gazowej elektrycznej itd.), które nie należą do części składowych gruntu lub budynku, jeśli wchodzi w skład innego obiektu przynależnego do czynnego przedsiębiorstwa lub zakładu, zwłaszcza zaopatrującego ludność w wodę, prąd lub gaz. Dlatego prace dotyczące bezpośrednio „trwałych” elementów obiektu budowlanego, np. naprawa uszkodzeń budowlanych, układanie chodnika ulicznego, czy podłogi w budynku albo instalowanie urządzeń wyposażenia technicznego budynku (wszelkich alarmów, półek, drzwi, okien, tzw. zabudowy wnęk itd.), a nawet zwykłych tablic reklamowych (trwałych) muszą być kwalifikowane jako „budowlane”. Do robót budowlanych zalicza się jeszcze malowanie obiektu, w tym drogowego, czyszczenie parą lub piaskowanie fasady budynków, ale już nie usługi konserwacyjne lub inne podobne usługi z zakresu bieżącego utrzymania takich obiektów. Zgodnie z powołanym wyżej urzędowym wykazem robót budowlanych zalicza się jednak do nich wyjątkowo sprzątanie terenu budowy, zdejmowanie nadkładu, niwelowanie i równanie terenu budowy, próbne wiercenia, pogłębianie i tzw. odmulanie rowów, a nawet samo kierowanie realizacją projektów budowlanych. Pośród zamówień budowlanych funkcjonują zasadniczo dwie umowy: o roboty budowlane (art. 647 kc) oraz o koncesję budowlaną²². Poza tym zgodnie z art. 2 pkt 8 Pzp w kategoriach zamówień budowlanych rozpatrywać należy też zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a to oznacza zamówienie objęte umową mieszaną podporządkowaną przepisom art. 647 i n. kc (roboty) oraz art. 627 (projekt)kc. Jeżeli jednak zamówienie obejmuje dostawy i prace pomocnicze polegające na instalacji dostarczonej rzeczy (urządzenia), do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw, podobnie jak w przypadku, gdy zamówienie obejmuje równocześnie usługi i pomocnicze roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług. Zastosowanie znajduje tu bowiem zasada, że do zamówień mieszanych stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada głównemu przedmiotowi zamówienia (art. 5c ust. 1 Pzp).

Usługi to wszelkie prace albo inne świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy (art. 2 pkt 10 Pzp). Ze względu na potrzebę uproszczeń pojęcie usług w zamówieniach publicznych oderwano od tradycyjnego ich ujęcia, jako prac i podobnych czynności spełnianych na rzecz innej osoby (od „usługi”). Dlatego do usług zaliczać trzeba także świadczenia z umów o przejęcie ryzyka lub szansy, np. ubezpieczenie, poręczenie i gwarancję. W ramach analizowanego trójpodziału zamówień, pojęcie usług ma charakter dopełniający. Podstawowe znaczenie w grupie usług ma umowa o dzieło (wyczerpująca ponad 90% usług), zawierająca zobowiązanie do osiągnięcia oznaczonego rezultatu pracy (ludzkiej lub uprzedmiotowionej), który z uwagi na postęp techniczny bywa na ogół możliwy do zagwarantowania (usługi naprawcze i konserwacyjne, sprzątania, utrzymania zieleni, odśnieżania, większość leśnych itd.). Jeśli osiągnięcie efektu nie jest potrzebne albo stanowiąc faktyczny cel umowy nie może być wprost zagwarantowane przez wykonawcę z góry w umowie – zamówienie łączy się zazwyczaj z umową zlecenia lub na warunkach zlecenia (art. 734 kc), choć nierzadko zawierane są też umowy przewozu (art. 774 kc), ubezpieczenia (805 kc), o obsługę bankową (art. 725 kc), przechowania (art. 835 kc) i.t.d.

Doniosły jest dwupodział umów na nazwane i nienazwane. Umowy nazwane kreują stosunki stypizowane normatywnie, dające się przyporządkować określonej regulacji usta-

²² Zob. odrębną ustawę koncesyjną powołaną w przypisie 16.

wowej, co najmniej w zakresie elementów przedmiotowo istotnych. Normatywna typizacja umów następuje na mocy kodeksu lub wyjątkowo poza nim (np. na mocy prawa bankowego, czy kodeksu morskiego). Każda umowa nazwana ma więc „swoje przepisy”. Umowy nienazwane zaś to takie, których nie można przyporządkować do określonej regulacji, ale dozwolone są w wymiarze wszelkich świadczeń, byleby nie dotyczyły czynności prawem zakazanych lub sprzeciwiających się zasadom uczciwego obrotu. Umowa nienazwana staje się typem kontraktowym przez jej utrwalenie w praktyce. Decydując się bowiem na umowę nienazwaną (o kaucję, przystąpienie do długu, know – how, spółki cichej itd.) strony kierują się zwykle już wykształconym empirycznie modelem praw i obowiązków, powtarzalnych na tyle, że stają się wzorcowymi. Umowy mieszane „czyste” w całości prezentują cechy odrębne względem jakiegokolwiek normatywnego typu umowy i dlatego przy ich rozpatrywaniu odpada z reguły możliwość stosowania przepisów dotyczących jakiejkolwiek umowy nazwanej. Jednocześnie (tak jak przy każdej umowie) zastosowanie mają ogólne przepisy o zobowiązaniach i umowach. Różne związane z tym niepewności wymagają zatem szczególnej troski stron o precyzyjne unormowanie ich praw i obowiązków bezpośrednio w akcie umownym. Umowy mieszane przysparzają niekiedy trudności praktycznych, skoro polegają w istocie na zespoleniu praw i obowiązków właściwych dla kilku typów umów nazwanych. Jeśli zawierana umowa tylko nieznacznie odbiega od normatywnego wzorca umowy nazwanej, to w całości uważa się ją za umowę nazwaną. Jeśli zaś w umowie nienazwanej można wyróżnić kilka równorzędnych elementów (świadczeń) podpadających pod różne typy umów nazwanych, do poszczególnych jej fragmentów stosuje się przepisy właściwych umów nazwanych (np. umowie o przeniesienie praw do projektu budowlanego towarzyszyć może zobowiązanie w zakresie pełnienia tzw. nadzoru autorskiego, właściwe dla umowy zlecenia). Wreszcie, gdy nie da się w ogóle podporządkować znaczących elementów umowy bezpośrednio żadnej regulacji umów nazwanych, pozostaje jedynie możliwość rozważenia przepisów o umowach podobnych w drodze analogii (np. przy umowie o pełnienie zastępstwa w zakresie serwisu gwarancyjnego).

Strony umowy o zamówienie publiczne, zwane „zamawiającym” oraz „wykonawcą” zostały zdefiniowane w ustawie zbyt szeroko (art. 2 pkt 11–12 Pzp), jak na potrzeby stosunku umownego. Po pierwsze, pojęcie „zamawiającego”, postrzeganego w kategoriach „osoby fizycznej albo prawnej, a także jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej obowiązanej do stosowania ustawy”, obejmujące (przy uwzględnieniu dyspozycji z art. 3 ust. 1 Pzp) wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, w tym jednostki budżetowe i samorządowe zakłady budżetowe, łącznie z innymi niezaliczanymi do tego sektora jednostkami pozbawionymi osobowości prawnej (*stationes fisci*), wykracza znacznie poza kodeksowe granice podmiotowości cywilnoprawnej. W szczególności jednostki nieposiadające nawet tzw. ułomnej osobowości prawnej (por. art. 33¹ kc), nie dysponujące jakkolwiek zdolnością cywilnoprawną, nie mogą osiągnąć samodzielności właściwej dla stron stosunków majątkowych. Wprawdzie wolno im udzielać zamówień publicznych, w charakterze jednostek pomocniczych instytucji, w ramach których operują, jednak nie mogą wchodzić w status stron, ponoszących pełną odpowiedzialność za zaciągane zobowiązania. W istocie zatem kierownicy tego rodzaju jednostek (wewnątrz organizacyjnych) działają w charakterze pełnomocników w imieniu i na rachunek Skarbu Państwa albo właściwych jednostek samorządu terytorialnego, funkcjonujących jako strony umów o zamówienia publiczne. *De lege ferenda*,

w imię przejrzystości regulacyjnej, należałoby skorygować powyższy dysonans w drodze odpowiedniej korekty legislacyjnej. Po drugie, pojęcie „wykonawcy” przedstawia się wprawdzie nieco bardziej przejrzysto, lecz przez „jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej” także trzeba rozumieć wyłącznie jednostki mające choćby ułomną osobowość prawną. Stąd przykładowo spółka cywilna nie może być stroną umowy, stanowi jeden z przypadków współwykonawstwa, ponieważ stroną wielopodmiotową umowy o zamówienie publiczne stają się wszyscy współnicy. Podobnie gminny zakład budżetowy nie może ubiegać się o zamówienie publiczne w przetargu zorganizowanym przez gminę (inną jej jednostkę wewnętrzną), może jednak otrzymać od niej polecenie wykonania (in-house) określonego zadania w trybie administracyjnym, wraz ze środkami finansowymi na koszty wykonania. Państwowe lub komunalne osoby zależne mogą jednak, z uwagi na swoje wyodrębnienie prawno-organizacyjne, ubiegać się o zamówienia udzielane na podstawie umów majątkowych przez swoje instytucje macierzyste, także w uproszczonym trybie właściwym dla in-house, w przypadku, gdy te drugie sprawują nad nimi kontrolę analogiczną do kontroli nad jednostkami wewnętrznymi (art. 4 pkt 13 i art. 67 ust. 1 pkt 12–14 Pzp). Poza tym dopuszcza się udzielanie tzw. zamówień skonsolidowanych przez centralnego zamawiającego, wyznaczonego przez Prezesa Rady Ministrów w ramach Skarbu Państwa dla obsługi określonych jednostek wewnątrzorganizacyjnych albo przez organ stanowiący gminy (powiatu, województwa) dla określonych jednostek wewnątrzsamorządowych (art. 15–15c Pzp). Niezależnie od tego możliwe jest udzielenie wspólnego zamówienia publicznego przez wyznaczonego organizatora, w imieniu i na rzecz kilku zamawiających na zasadach zastępowstwa bezpośredniego (art. 16 Pzp). Strona może działać osobiście (w przypadku osób prawnych działa wtedy właściwy organ statutowy) albo za pośrednictwem pełnomocnika lub prokurenta na ogólnych zasadach określonych w art. 98 i n. kc.

2. Krótka klasyfikacja umów obligacyjnych

Umowa gospodarcza to czynność, której co najmniej jedną ze stron jest przedsiębiorcą, zawierającym ją w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa. Dominujące znaczenie w obrocie mają umowy zobowiązaniowe, które nabierają charakteru gospodarczego, jeśli zobowiązanie do spełnienia świadczenia niepieniężnego zaciąga przedsiębiorca (kryterium funkcjonalne). Przy pewnym uproszczeniu umowy gospodarcze mogą być nadal łączone pojęciowo z dawnymi czynnościami handlowymi, choć zaistniałe wskutek głębokich przeobrażeń społeczno-ustrojowych zmiany ustawodawcze sprzeciwiają się już uznaniu umów gospodarczych za prosty odpowiednik dawnych, właściwych dla prawa handlowego, czynności handlowych. Normatywna typizacja większości umów (np. sprzedaży, o dzieło, zlecenia, czy licencji) dokonana została w ujęciu powszechnym, w całkowitym oderwaniu od możliwych obszarów ich zastosowania, bez dostrzegalnego zróżnicowania na typy lub choćby tylko podtypy gospodarcze bądź niegospodarcze. Niektóre jednak typy umów ustawodawca wyraźnie związał podmiotowo wyłącznie z działalnością przedsiębiorców (np. leasingu, komisu, agencji, przewozu, czy ubezpieczenia), choć unormowane zostały w kodeksie cywilnym zawierającym – skądinąd – regulację uniwersalną. Te spośród umów, które z mocy ustawy, a nie z woli stron mogą być zawierane tylko z udziałem przedsiębiorców nazywa się *umowami kwalifikowanymi*

z uwagi na osobę wykonawcy świadczenia niepieniężnego. Stanowią one wyjątek, ponieważ większość zawieranych w obrocie umów gospodarczych podpada pod typy kontraktów powszechnego zastosowania.

Umowy obligacyjne dominują pośród umów organizujących obrót gospodarczy. Ich treść sprowadza się do powinności spełnienia określonego świadczenia (np. umowy najmu, o dzieło, ubezpieczenia, czy przechowania). O wiele mniejsze zaś znaczenie mają umowy rozporządzające, które nie zobowiązują do świadczenia, lecz od razu wywołują skutki w postaci przeniesienia, obciążenia lub zniesienia prawa podmiotowego (np. zwolnienie z długu). Umowy obligacyjne nie tracą swojego charakteru także wtedy gdy wywołują dodatkowo skutki rozporządzające jako umowy zobowiązująco-rozporządzające. Jeżeli bowiem świadczenie polega na przeniesieniu, obciążeniu lub zniesieniu prawa podmiotowego, to z reguły umowa zobowiązaniowa wywołuje również skutki rozporządzające (np. umowa sprzedaży, przelew wierzytelności, czy umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych), chyba że z przepisu szczególnego lub z wyraźnej woli stron wynika co innego. Znakomita większość umów zobowiązujących, rozporządzających i zobowiązująco-rozporządzających, to równocześnie umowy przysparzające, powodujące przesunięcia majątkowe na rzecz innych osób. Do umów gospodarczych ma też zastosowanie znany prawu cywilnemu ogólny podział umów zobowiązujących na umowy jednostronnie i dwustronnie zobowiązujące, w zależności od tego, czy obowiązek świadczenia ciąży tylko na jednej, czy też na obu stronach umowy. Pierwsze są wyjątkowe (np. zwolnienie z długu, poręczenie, darowizna). Drugie zaś mają podstawowe znaczenie w praktyce gospodarczej, pośród których wyodrębnia się dominujące w obrocie umowy wzajemne oraz pozostałe umowy dwustronnie zobowiązujące.

W ramach umowy wzajemnej obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być ekonomicznym odpowiednikiem drugiej, a zatem świadczenia te są ekwiwalentne. Należą do nich takie umowy, jak: sprzedaż, najem, dzierżawa, o dzieło, zlecenie itd. O uznaniu przyrzeczonych świadczeń za równoważne rozstrzyga jednak subiektywna ocena i wola stron, a nie rzeczywista wartość świadczeń w obrocie. Dla istoty umowy wzajemnej nie jest więc konieczne aby strony właściwie oceniały relację między swoimi świadczeniami i rzeczywiste ich walory ekonomiczne. Dopiero gdy dojdzie do rażącego naruszenia równowagi świadczeń w sensie obiektywnym w grę wejść mogą przepisy o tzw. wyzysku. Z uwagi jednak na to szczególne uwarunkowanie, powoływanie się na wyzysk w stosunkach obustronnie profesjonalnych będzie na ogół chybione. Dotyczy to także zamówień publicznych (por. art. 388 kc). Swoiste sprzężenie świadczeń stron przy umowach wzajemnych pociąga za sobą określone konsekwencje prawne. W szczególności nieważność zobowiązania jednej strony powoduje nieważność zobowiązania drugiej strony. Poza tym obowiązują swoiste zasady wykonywania tego rodzaju zobowiązań. W zamówieniach publicznych zdecydowana większość umów ma właśnie charakter wzajemny.

Tradycyjny podział umów na odpłatne oraz nieodpłatne przebiega odmiennie. Umowy odpłatne polegają na tym, że każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową, choć niekoniecznie w postaci pieniężnej; mogą to być świadczenia innego rodzaju (np. usługi lub wierzytelności albo inne prawa), byleby podlegały ocenie pieniężnej. Z kolei w ramach umów nieodpłatnych, obowiązek świadczenia obciąża tylko jedną ze stron, druga ma tylko same uprawnienia (darowizna, użyczenie, zwolnienie z długu). Z uwagi na swoją specyfikę oraz

znaczne zagrożenia dla interesów zbiorowych są one wyłączone z reżimu prawa zamówień publicznych, a zakres i warunki ich zastosowania w sferze publicznej są odmiennie limitowane z mocy przepisów odrębnych.

Umowy kauzalne i abstrakcyjne wyróżnia się w obrębie umów przysparzających²³. Pierwsze stanowiące regułę w obrocie, to umowy przyczynowe (z łac. *causa* = przyczyna), przy których wystąpić musi porozumienie co do przyczyny przysporzenia. Celem dokonywanego przysporzenia może być równoległe nabycie prawa lub innej korzyści majątkowej (np. przy sprzedaży, najmie, umowie o dzieło), uwolnienie się od jakiegoś obowiązku (np. przy zapłacie długu) albo następuje ono wyłącznie dla samej korzyści drugiej strony, bez żadnego ekwiwalentu (np. przy darowiznie). Brak woli w zakresie przyczyn przysporzenia skutkuje nieważnością czynności, choć wola ta nie musi być wyraźnie odzwierciedlona w jej treści, byle była dorozumiana. Jeśli zatem osoba dała drugiej określoną kwotę, lecz brak porozumienia co do tego, czy była to pożyczka (jak twierdzi jedna z nich), czy darowizna (jak twierdzi druga), umowa przenosząca powyższą sumę pieniędzy może być uznana za nieważną. Skuteczność czynności prawnych abstrakcyjnych, zwanych też oderwanymi (np. gwarancji bankowej, weksla lub papieru na okaziciela) nie zależy już od okoliczności istnienia i prawidłowości przyczyny przysporzenia. W ogóle nie bada się tej kwestii. Stąd trudno je obalić nawet w procesie. Z tego powodu są niezwykle sformalizowane.

Według uwarunkowania skuteczności umowy dzielą się na konsensualne i realne.

Pierwsze dochodzą do skutku w wyniku samego porozumienia, czyli złożenia zgodnych oświadczeń stron (konsensu); przy drugich zaś nie jest to wystarczające, lecz potrzebne jest także wręczenie określonej rzeczy. Wymagane wyjątkowo przez prawo wręczenie rzeczy drugiej stronie może nastąpić wraz ze złożeniem oświadczenia woli o zawarciu umowy albo później, ale w związku ze złożeniem oświadczenia, choć wtedy umowa realna dochodzi do skutku dopiero po wręczeniu rzeczy (np. w przypadku zadatku, użyczenia, przechowania, zbycia wierzycielności wyrażonej na mocy dokumentu wartościowego).

Postanowienia tzw. umów losowych uzależniają rozmiar, a nawet niekiedy i samo istnienie powinności świadczenia od przypadku, czyli od okoliczności niepewnych (np. umowy ubezpieczenia, dożywocia, gry i zakładu). Od umów zawartych pod warunkiem różni się tym, że warunek stanowi wyjątkowy element dodatkowy, zastrzegany w ramach umowy ze swej istoty bezwarunkowej, podczas gdy niepewność praw i obowiązków z umowy losowej należy do jej istotnych i konstytutywnych elementów.

Zróźnicowanie na umowy swobodnie negocjowane oraz adhezyjne wynika ze sposobu osiągnięcia porozumienia przez strony. Wzrost znaczenia obrotu masowego spowodował zmniejszenie zainteresowania umową indywidualnie uzgadnianą na rzecz uproszczonych (stypizowanych) i szybkich technik kontraktowania. Coraz częściej zawiera się umowy adhezyjne (z łac. *adhaesio* = przystąpienie)²⁴, kształtowane jednostronnie przez profesjonalistę i proponowane jednakowo wszystkim zainteresowanym kontrahentom, którzy stają przed dylematem całkowitej akceptacji oferowanych warunków albo rezygnacji z transakcji. Taka uproszczona technika oferowania lub zamawiania świadczeń prowadzi wprawdzie do

²³ Por. zwłaszcza W. Czachórski: Czynności prawne przyczynowe i oderwane w polskim prawie cywilnym, Warszawa 1952, s. 11 i n. oraz Z. Radwański: Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2007, s. 217 i n.

²⁴ Por. A. Brzozowski (w): System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. E. Łętowska, Warszawa, s. 415 i n.

narzucenia drugiej stronie warunków kontraktowych, lecz ujednolicenie treści powtarzalnie zawieranych umów tego samego rodzaju i znaczne przyspieszenie procesu kontraktowania sprzyjają różnym korzyściom biurokratyczno-organizacyjnym. Rozwój umów adhezyjnych stwarza jednak liczne zagrożenia, zwłaszcza względem interesów ekonomicznie słabszych uczestników obrotu, wobec których łatwo nadużyć uproszczonych technik kontraktowania. Do adhezyjnego sposobu zawarcia umowy zbliżona jest procedura przetargowa, choć zmierza ona do nawiązania jednostkowej (co do treści) umowy, a zakaz negocjacji indywidualnych wynika wprost z potrzeby równego traktowania konkurentów. Zamawiający – organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzyskuje niewątpliwie przewagę, wprowadzając tylko faktyczną, a nie prawną, projektując umowę finalną łatwo może narzucić drugiej stronie niewygodne lub krzywdzące warunki zobowiązania. Stąd w imię ochrony interesów wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne ustawa dopuszcza możliwość zaskarżania niedozwolonych klauzul umownych, sprzecznych z prawem bądź z zasadami przejrzystości lub proporcjonalności, zwłaszcza formułowanych na „wzrost”, niewyraźnie lub w ogóle niezwiązanych z przedmiotem umowy.

Podział umów na krótko- i długoterminowe podyktowany został względami funkcjonalnymi. Obecnie, mimo braku odrębnych przepisów, umowy długoterminowe wyróżnia się ze względu na szczególne funkcje gospodarcze. Są one zawierane na ogół na czas nieoznaczony bądź na czas oznaczony (dłuższy niż zazwyczaj stosowany w obrocie), nawet na czas przekraczający okres jednego roku (umowa wieloletnia). Obecnie przeżywają swój renesans w miarę normalizacji stosunków w warunkach odradzającej się gospodarki rynkowej (np. w zakresie sukcesywnej sprzedaży, wyłącznej koncesji, stałych przewozów). Szczególnie doniosłą rolę odgrywają one w obrębie zamówień publicznych urzędowo planowanych w skali rocznej bądź kilkuletniej (np. w ramach wieloletnich programów inwestycyjnych jednostek rządowych bądź samorządowych). Umowy długoterminowe stwarzają pomiędzy stronami stabilną więź gospodarczo-prawną, zwłaszcza umożliwiającą efektywną realizację świadczeń trwałych (np. przy najmie, dzierżawie i leasingu) bądź tzw. świadczeń sukcesywnych (np. przy technicznej obsłudze dróg, powtarzalnych dostawach paliw, czy jakiegokolwiek innego ciągle potrzebnego produktu). Stanowią one narzędzie usprawniające stosunki tzw. wielkiego obrotu i z naturalnych względów wpływają na obniżkę cen zbytu. Stabilizują też znacząco sytuację kontrahentów, rozwijając współdziałanie między nimi w oparciu o wzajemne zaufanie. W konsekwencji umowy długoterminowe wpływają wyraźnie na obniżenie całkowitych kosztów transakcji. Jeśli strony same nie wskazały terminu wygaśnięcia zobowiązania długoterminowego, wygasa ono po wypowiedzeniu przez zainteresowanego kontrahenta.

3. Zakaz udzielania zamówień bez dostatecznego pokrycia finansowego²⁵

Środki publiczne mogą być wydatkowane tylko w sposób ustawowo określony, ponieważ obowiązuje wymóg zachowania właściwego tytułu wydatkowego (art. 216 ust. 1 Kon-

²⁵ W opracowaniu wykorzystano fragmenty referatu autorskiego: Zakaz udzielania zamówień publicznych bez dostatecznego pokrycia finansowego (w:) Ustawowe ograniczenia swobody umów – zagadnienia wybrane, red. B. Gniewa, Warszawa 2010, s. 149 i n.

stytucji). Według art. 44 ust. 4 ustawy ufp jednostki sektora finansów publicznych (Skarbu Państwa, samorządu terytorialnego, uczelnie państwowe, instytucje kultury itd.) zawierają umowy cywilnoprawne, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile unormowania odrębne nie stanowią inaczej. Obowiązuje generalny zakaz zaciągania zobowiązań pieniężnych bez należytego pokrycia, związany bezpośrednio z planowaniem wydatków ze środków publicznych. Ograniczenia te częściowo odnoszą się także do podmiotów funkcjonujących poza sektorem finansów publicznych, gospodarujących środkami publicznymi, zwłaszcza przekazanymi w postaci dotacji, w tym ze środków europejskich. Z drugiej strony wszystkie państwowe i samorządowe jednostki organizacyjne, nawet niezaliczane do sektora finansów publicznych, a także instytucje prawa publicznego zależne od państwa lub samorządu terytorialnego, podlegają ograniczeniom przewidzianym w prawie zamówień publicznych. W szczególności, w imię zasady efektywności wydatków publicznych zakazuje się udzielania zamówień niedostatecznie skonkretyzowanych, bez wystarczającego pokrycia finansowego. Według art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp zamawiający unieważnia przetarg lub inne postępowanie, gdy cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najkorzystniejszą ceną przewyższa kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zapewnienie pokrycia łączy się ze zdolnością zamawiającego do terminowej zapłaty należności za zamawiane dostawy, usługi lub roboty budowlane. W odniesieniu do jednostek podlegających obowiązkowemu planowaniu finansowemu zdolność płatnicza zamawiającego wyznaczana wprost dyspozycjami planu wydatków, kreowanego na miarę spodziewanych przychodów, natomiast względem pozostałych instytucji sektora publicznego wynika ze stosunku aktywów obrotowych do wszystkich zobowiązań wymagalnych w danym okresie²⁶. Odmienne też przedstawiają się konsekwencje udzielenia zamówienia publicznego bez dostatecznego pokrycia w zakresie obu rodzajów jednostek zamawiających.

Planowanie wydatków na zamówienia publiczne odbywa się w ramach budżetu rocznego (państwa lub samorządu), podlegającego rozwinięciu na mocy planów finansowych jednostek (art. 35 ust. 1 ufp). Mający charakter wykonawczy w relacji do budżetu plany jednostek budżetowych lub innych powiązanych z budżetem obejmują co najmniej zestawienie należycie prognozowanych przychodów (dochodów) oraz odpowiednie do ich rozmiarów zestawienie wydatków (kosztów), których poszczególne wielkości stanowią nieprzekraczalne limity kwotowe (art. 52 ufp). Planowane nakłady finansowe i inne koszty mogą ulec zwiększeniu tylko w przypadku wyższej realizacji przychodów, pod warunkiem, że ich wzrost nie spowoduje zwiększenia planowanego stanu zobowiązań. Zgodnie z art. 46 ust. 1 ufp jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki i opłaty obowiązkowe oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich. Dysponent części budżetowej lub organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego może ustalić dla podległych lub nadzorowanych jednostek dodatkowe ograniczenia w zaciąganiu zobowiązań lub dokonywaniu wydatków. Plany jednostek niemających osobowości prawnej, a nawet instytucji samodzielnych korzystających z dotacji budżetowych wymagają stosownego „zatwier-

²⁶ Por. W. Pluta: Planowanie finansowe w przedsiębiorstwie, Warszawa 2003, s. 59.

dzenia" celem zapewnienia niezbędnej korelacji z budżetem państwa (samorządu). Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy, oszczędny i efektywny, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań (art. 44 ust. 3 ufp.). Organy zarządzające, a także osoby, którym powierzono określone obowiązki z zakresu gospodarki finansowej lub zamówień publicznych, ponoszą odpowiedzialność karno – administracyjną za zaciągnięcie zobowiązania finansowego bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia, dopuszczenie do dokonania wydatku powodującego przekroczenie kwoty wydatków ustalonej w rocznym planie finansowym jednostki, a nawet za dopuszczenie do spóźnienia w wykonaniu zobowiązania pieniężnego uzasadniającego zapłatę odsetek (por. art. 11–16 udfp).

Wyjątkowo jednak dopuszcza się zaciąganie zobowiązań wieloletnich, nieobjętych budżetem (planem) rocznym, na podstawie szczególnego przepisu prawa lub bezpośredniej dyspozycji budżetowej albo w oparciu o dyspozycję upoważnionego organu. W szczególności, w świetle art. 228 ufp uchwała rady w sprawie wieloletniej prognozy finansowej jednostki samorządu terytorialnego może zawierać upoważnienie dla organu wykonawczego do zaciągania zobowiązań związanych z realizacją objętych nim przedsięwzięć albo z tytułu umów, których realizacja w następnych latach budżetowych jest niezbędna do zapewnienia ciągłości działania jednostki, a z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy. Organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego może też upoważnić wójta (zarząd) do „przekazania” uprawnień kierownikom poszczególnych jednostek wewnątrz organizacyjnych do zaciągania zobowiązań wieloletnich. Powyższy tryb jest podyktowany przede wszystkim tym, że wydatki na zamówienia wieloletnie planowane w kolejnych latach mają charakter obligatoryjny, muszą mieć pokrycie, bez względu na hierarchię środków w budżecie. Nie dotyczy to przypadku, gdy zapłata z tytułu zobowiązania wynikająca z umowy krótkoterminowej uległa odroczeniu, wskutek spóźnienia się wykonawcy z wykonaniem wzajemnego świadczenia niepieniężnego.

Kontrasygnata zobowiązań finansowych przez skarbników samorządowych wynika z przepisów ustrojowych. Zaciągnięcie zobowiązania bez dostatecznego pokrycia nie pociąga nieważności umowy cywilnoprawnej, przewidziano inne rozwiązanie, a mianowicie kontrolę administracyjno-finansową w formie tzw. kontrasygnaty zobowiązania, której pominięcie pociąga bezskuteczność zawieszoną umowy. Znaczenie prawne tej kontroli nie jest – niestety – jednakowe, zróżnicowanie ma charakter podmiotowy. Według art. 46 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym²⁷ oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt (burmistrz lub prezydent miasta) albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie bądź wraz z inną upoważnioną osobą. Kierownicy jednostek organizacyjnych nie posiadający osobowości prawnej (jednostek budżetowych, zakładów budżetowych) działają jednoosobowo na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez wójta. Jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata głównego księgowego lub osoby przez niego upoważnionej. Skarbnik, który odmówił kontrasygnaty, dokona jej jednak na pisemne polecenie zwierzchnika, powiadamiając o tym radę gminy oraz regionalną izbę obrachunkową. Analogiczne rozwiązania przewidują przepisy art. 48 ustawy z 5 czerwca

²⁷ Dz. U. z 2017 r., poz. 1815.

1998 r. o samorządzie powiatowym²⁸, a także art. 57 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa²⁹. Jednakże oświadczenie woli w sprawach majątkowych w imieniu powiatu składają dwaj członkowie zarządu lub jeden członek wraz z osobą upoważnioną przez zarząd, można też upoważnić pracowników starostwa, kierowników powiatowych służb, inspekcji i straży oraz innych jednostek wewnątrzorganizacyjnych do składania oświadczeń woli związanych z prowadzeniem bieżącej działalności powiatu. Oświadczenie woli w imieniu województwa składa zaś marszałek województwa wraz z członkiem zarządu, chyba że statut województwa stanowi inaczej. Tryb i znaczenie kontrasygnaty głównego księgowego są takie same.

Odmienne natomiast znaczenie ma kontrasygnata zobowiązań finansowych zaciąganych przez samorządowe osoby prawne należące do sektora finansów publicznych, zwłaszcza przez instytucje kultury oraz zakłady opieki zdrowotnej, w odniesieniu do których z uwagi na brak rozwiązań odrębnych obowiązują zasady ogólne z art. 54 ust. 3 ufp. Wyjątkowe zaś unormowanie zawiera art. 262 ufp stanowiący, że czynności prawnych polegających na zaciąganiu kredytów i pożyczek przez jednostki samorządu terytorialnego oraz udzielaniu przez nie poręczeń i gwarancji, a także emisji papierów wartościowych dokonuje dwóch członków zarządu wskazanych w uchwale przez zarząd (jednak w gminie wójt jednoosobowo), dla których ważności konieczna jest kontrasygnata skarbnika. Znaczenie prawne kontrasygnaty skarbnika może być zatem dwojakie: wymaga się jej bowiem albo dla „skuteczności” albo dla „ważności” zaciąganego zobowiązania pieniężnego.

Treść i forma kontrasygnaty nie zostały unormowane ustawowo, skoro stanowi ona jedynie dodatkowy akt kontrolny o charakterze administracyjnym, warunkujący skuteczność czynności cywilnoprawnej, nie podlega wymaganiom właściwym dla oświadczeń woli (art. 60–61 kc). W szczególności, nie może być ona utożsamiana ze zgodą osoby trzeciej na zawarcie umowy (art. 63 kc); skarbnik nie wchodzi bowiem w żaden status osoby trzeciej, lecz działa wyłącznie w stosunku „wewnętrznym”³⁰. Jego oświadczenie ma jedynie charakter wewnątrzadministracyjny, choć stanowi samodzielny warunek (*conditio iuris*) czynności cywilnoprawnej skutkującej zewnętrznie, a nie element przygotowawczy procedury jej dokonywania. Treść oświadczenia skarbnika może zatem przedstawiać się różnie, byleby wynikało z niej, że udzielono niezbędnej kontrasygnaty. Wystarcza zwykła forma pisemna, nawet w postaci stosownej adnotacji, zamieszczonej bezpośrednio na dokumencie umowy bądź złożenia samego podpisu przez skarbnika obok podpisu osoby zaciągającej zobowiązanie. Samo przez się oznacza to brak zastrzeżeń co do prawidłowości dokumentu oraz zabezpieczenia pokrycia finansowego według planu finansowego jednostki (art. 54 ust. 3 ufp). Zwykła forma pisemna kontrasygnaty jest praktykowana także względem zobowiązań zaciąganych w formie aktu notarialnego³¹. W odniesieniu zaś do drobnych zamówień publicznych udzielanych ustnie lub w zwykłej formie elektronicznej kontrasygnata może przybrać formę swoistą, np. adnotacji na rachunku.

²⁸ Dz. U. z 2016 r., poz. 814

²⁹ Dz. U. z 2016 r., poz. 486

³⁰ Por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 31 stycznia 1995 r. (ICRN-187/94) oraz wyrok Sądu Najwyższego z 15 grudnia 1999 r. (I CRN-304/98), niepublikowane, a także wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r. (III CKN-608/98), OSNC 2000, Nr 9, poz. 172.

³¹ A. Oleszko: Pytania i odpowiedzi, „Rejent” 1992, Nr 2, s. 126.

Kontrasygnata nie jest składnikiem zobowiązania pieniężnego, lecz stanowi jedynie dodatkową (administracyjną) przesłankę jego skuteczności. Dlatego dominuje pogląd, że brak kontrasygnaty pociąga tylko wadliwość umowy, uzasadniającą sankcję w postaci tzw. bezskuteczności zawieszonej³². Oświadczenie bez kontrasygnaty jest ważne, lecz nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych. Brak kontrasygnaty może być następnie usunięty, zwłaszcza przez późniejsze jej udzielenie. W piśmiennictwie krytycznie oceniono jednak stanowisko judykatury, w świetle którego spełnienie świadczenia pieniężnego z umowy dotkniętej brakiem kontrasygnaty przesądza w istocie o jej dorozumianym (następczym) udzieleniu³³. Druga strona umowy może – jak się zdaje – wyznaczyć jednostce samorządu terytorialnego stosowny termin do udzielenia kontrasygnaty, a po jego bezskutecznym upływie staje się wolna. Sama umowa popada zaś definitywnie w stan nieważności. Naruszenie przepisów o wstępnej kontroli finansowej (kontrasygnacie) zobowiązań jest karalne w ramach osobistej odpowiedzialności karnoadministracyjnej.

Bezpośredni skutek nieważności bezwzględnej umowy ustawa łączy jedynie z brakiem kontrasygnaty zobowiązań pożyczkowo-kredytowych, o których mowa w art. 262 ufp. Charakter tej sankcji nie jest jednak dostatecznie jasny, skoro w przypadku, gdy skarbnik odmówi kontrasygnaty, dokonuje jej na pisemne polecenie organu wykonawczego. Jeśli zatem ma być ona dokonywana pod rygorem nieważności bezwzględnej czynności zobowiązującej, powinna nastąpić przed zawarciem tej czynności (umowy) lub w bezpośrednim związku z tym zdarzeniem.

Następstwa bezprawnej kontrasygnaty nie zostały określone ustawowo, zwłaszcza udzielonej na zaciągnięcie zobowiązania bez dostatecznego pokrycia finansowego. Wobec braku stosownej dyspozycji nie może być mowy o nieważności zobowiązania, czy innej sankcji cywilnoprawnej. Przed trwałą utratą zdolności płatniczych jednostkę samorządu terytorialnego chroni ustawowo wyznaczony maksymalny limit zadłużenia oraz nadzór regionalnej izby obrachunkowej. Przejściowy niedobór finansowy pociąga zaś ograniczenie wydatków, a dopiero w razie braku interwencji może przyczynić się do zwiększenia zadłużenia. Stan niewypłacalności jest mało prawdopodobny z uwagi na znaczne mienie, służące wprowadzić zaspokajaniu potrzeb publicznych, ale nie wyłączone z egzekucji. Poza tym wydatki nieprzewidziane, których obowiązkowe płatności wynikają z tytułów wykonawczych, wyroków sądowych lub ugód, mogą być dokonywane bez względu na poziom środków finansowych zaplanowanych na ten cel (art. 256 ufp). Odpowiednia zmiana planu wydatków powinna nastąpić w trybie tzw. przeniesienia wydatków, zwłaszcza z rezerw budżetowych. Niezależnie od tego organ zarządzający oraz skarbnik jednostki samorządu terytorialnego ponoszą odpowiedzialność karnoadministracyjną za dopuszczenie do przekroczenia planu wydatków.

Zobowiązania zaciągane przez samorządowe osoby prawne, Skarb Państwa bądź państwowe osoby prawne podlegają łagodniejszej kontroli przez głównego księgowego,

³² Obok wyroków powołanych w przypisie 11, zob. także wyrok Sądu Najwyższego z 17 lipca 2009 r. (IV CSK-117/09), Rzeczpospolita z 27 lipca 2009 r., Prawo co dnia, s. xx 17??, a także A. Agopszowicz, Z. Gilowska: Ustawa o gminnym samorządzie terytorialnym, Komentarz, Warszawa 1999, s. 319, M. Pyziak-Szafnicka: Glosa do wyroku SN z 7 marca 2000 r. (III CKN-608/98), „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2001, Nr 1, poz. 4, R. Szostak: Glosa do tego samego wyroku, ST 2001, Nr 5, s. 34 oraz J. Glumińska-Pawlic: Sprawozdawczość i kontrola finansowa jednostek samorządu terytorialnego [w:] Finanse samorządowe, red. C. Kosikowski, Warszawa 2006, s. 466 i n.

³³ M. Pyziak-Szafnicka: Glosa... op. cit., s. 12–13.

z punktu widzenia zgodności z planem jednostki (art. 54 ust. 3 ufp). Dowodem dokonania tej kontroli jest podpis głównego księgowego złożony na dokumencie dotyczącym zaciąganego zobowiązania, który oznacza brak zastrzeżeń co do prawidłowości i legalności zobowiązania oraz jego zgodności z planem finansowym jednostki. Główny księgowy, w razie ujawnienia nieprawidłowości, zwraca dokument właściwemu rzeczowo pracownikowi (kierownikowi), a w razie nieusunięcia nieprawidłowości odmawia jego podpisania. Kierownik jednostki może jednak wstrzymać realizację zakwestionowanej operacji albo wydać w formie pisemnej polecenie jej realizacji. W tym drugim przypadku kierownik zawiadamia niezwłocznie dysponenta części budżetowej (ministra, wojewodę), a w przypadku samorządowej osoby prawnej – organ wykonawczy właściwej jednostki samorządu terytorialnego, uzasadniając realizację zakwestionowanej operacji. Zawiadomienie to ma na celu sprowokowanie ewentualnej kontroli ze strony organu nadrzędnego. Brak zaś wyraźnej sankcji o charakterze cywilnoprawnym, nawet możliwości wzruszenia zawartej umowy (czynności). W razie zaciągnięcia zobowiązania w sprzeczności z planem finansowym kierownik jednostki, a także główny księgowy ponoszą odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Deklaracja kwoty zamierzonej do wydatkowania na zamówienie publiczne obciąża każdego zamawiającego, także spoza sektora publicznego na podstawie art. 86 ust. 3 Pzp, najpóźniej w związku z otwarciem ofert w obecności konkurentów. Głównym celem tego przepisu jest zapobieganie nieuczciwym praktykom ze strony niektórych zamawiających, polegającym na unieważnianiu postępowania z powodu rzekomego braku środków. Przed otwarciem ofert zamawiający, nie znając jeszcze poszczególnych propozycji ofertowych, nie może sugerować się szansami konkurentów na uzyskanie zamówienia, z drugiej zaś strony oferenci nie mogą już „dostosować się” ze swoimi propozycjami do stanowiska zamawiającego. Podobne rozwiązania występują w innych krajach UE, choć na ogół kwotę przewidzianą na sfinansowanie zamówienia podaje się już w ogłoszeniu o zamówieniu³⁴. Deklarację zamawiającego rozpatrywać trzeba w kategoriach wiążącego oświadczenia woli, poczynwszy od chwili jego złożenia konkurentom. Stanowi ono uzupełnienie warunków zamówienia³⁵. W istocie wzbogaca ono przyrzeczenie zamawiającego w zakresie wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej, jeśli zaoferowana cena (wynagrodzenie) nie przekroczy kwoty z góry deklarowanej przez zamawiającego. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna wynikać z rzetelnego oszacowania wartości zamówienia (art. 32 Pzp) z uwzględnieniem VAT oraz mieć pokrycie według planu finansowego jednostki zamawiającej. W piśmiennictwie zaznaczyl się pogląd, że także w odniesieniu do zamawiającego niepodlegającego obowiązkowi planowania wydatków, kwota powyższa powinna mieć realne pokrycie w zasobach finansowych zamawiającego³⁶. Jednakże w obu przypadkach odpowiedzialność odszkodowawcza nie łączy się bezpośrednio z wadliwą deklaracją pokrycia finansowego, lecz z unieważnieniem postępowania o udzie-

³⁴ Por. urzędowy formularz ogłoszenia o zamówieniu publikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, stanowiący załącznik II do rozporządzenia Komisji (WE), Nr 1564/2005 z dn. 7 września 2005 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE 2005, L-257, s. 1, 1.10.2005).

³⁵ Por. R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op.cit., s. 85

³⁶ Por. zwłaszcza G. Wicik, P. Wiśniewski: Prawo zamówień publicznych – Komentarz, Warszawa 2007, s. 492–493 i powołane tam orzecznictwo.

lenie zamówienia z braku środków, z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp). Brak środków pieniężnych na realizację umowy o zamówienie publiczne nie stanowi „niemożliwości świadczenia” – w rozumieniu art. 475 i 493 kc, uprawniające wykonawcę do odszkodowania lub do odstąpienia od umowy wzajemnej, może on co najwyżej powstrzymać się z realizacją umowy ze względu na stan majątkowy drugiej strony (art. 490 §1 kc)³⁷. Są jednak wyjątki, np. wynikający z art. 649⁴ kc, dotyczący umów o roboty budowlane.

Unieważnienie postępowania z braku środków finansowych wynika z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że ją zwiększy do sumy oferty najkorzystniejszej. Rozszerzenie, w wyniku nowelizacji ustawy, przesłanek unieważnienia postępowania ma takie znaczenie, że już wtedy gdy ujawni się, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę zadeklarowaną uprzednio przez zamawiającego, można unieważnić postępowanie, z pominięciem pracochłonnej niekiedy oceny ofert. Pozytywnie ocenić należy także wyraźne dopuszczenie możliwości zwiększenia pokrycia finansowego w związku z wyborem oferty. W praktyce bowiem były z tym trudności. Nie do przyjęcia jest natomiast pogląd, że chodzi tu wyłącznie o weryfikację właściwej dyspozycji planu wydatków, w oderwaniu od szacunkowej wartości zamówienia³⁸. Dyspozycja planistyczna nie ma przecież indywidualnego charakteru i nie wskazuje bezpośrednio na wartość przedmiotu zamówienia, lecz jedynie ma maksymalny limit wydatku. Wykluczyć trzeba zatem jakiegokolwiek swobodne zwiększenie zaplanowanego pokrycia, na dodatek automatycznie „do ceny najkorzystniejszej oferty”, tym bardziej, że w praktyce zdarzają się oferty z nadmiernie wygórowanymi cenami, a samo planowanie dotknięte bywa niekiedy „błędami przewidywania”. Dlatego bezpośrednią podstawą „zwiększenia kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty” musi być szacunkowa wartość zamówienia, po jej należytej weryfikacji. Przeciwna wykładnia unormowania mogłaby sprzyjać praktykom korupcyjnym, połączonym z „ustawianiem” wyniku przetargu. Poza tym także w świetle ustawowego wymogu efektywnego wydatkowania środków, zamawiający nie może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia większej kwoty, aniżeli wynika to z rzetelnego oszacowania jego wartości.

4. Publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń przez zamawiającego

Rozwinięciem obowiązku dochodzenia roszczeń są liczne ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych. Ma on jednak głównie wymiar organizacyjny. Jest motywowany przede wszystkim potrzebą zachowania dostatecznej efektywności transakcji (wiarygodny wykonawca, zdolny do należytego wykonania zamówienia oraz ekwiwalentna umowa), a także ochroną innych interesów zbiorowych, związanych bezpośrednio z realizacją zamówień publicznych, narażonych na różne uszczuplenia. Obowiązek dochodzenia roszczeń stanowi jedną z podstawowych kategorii działającego repulsywnie prawa

³⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2003 r. (III KKN-1320/00), OSNC 2004, Nr 7–8 poz. 112.

³⁸ Por. I. Skubiszak-Kalinowska: Zawarcie umowy o zamówienie publiczne pod warunkiem, ZP-D 2005, Nr 11, s. 39–40.

gospodarczego publicznego³⁹. W świetle bowiem reguł prawa prywatnego ochrona interesu indywidualnego zależy w pełni od swobodnej woli uprawnionego wierzyciela, który może nawet w ogóle zrezygnować z dochodzenia słusznych pretensji, natomiast przepisy publicznoprawne narzucając obowiązek ochrony interesów skarbowych, komunalnych lub innych interesów publicznych, przewidują swoisty obowiązek dochodzenia roszczeń, także cywilnoprawnych. Powinność realizacji zobowiązań publicznoprawnych, zwłaszcza podatkowych jest tak oczywista, że nie wymaga specjalnego uzasadnienia. Istota ograniczenia dyspozycyjności podmiotów publicznych w odniesieniu do zobowiązań cywilnoprawnych podlega stymulacji ustawowej dwu lub jednostronnej, zwłaszcza w postaci koniecznych zakazów, np. wprowadzania klauzul niekorzystnych dla zamawiającego, łagodzenia ustawowych podstaw odpowiedzialności kontrahenta, dokonywania zmian w umowie z naruszeniem wymogu realnego wykonania zobowiązania, czy rzetelnej kontroli podstaw zapłaty albo nawet nakazów zorientowanych zwłaszcza na nieuchronne egzekwowanie przez stronę publiczną przysługujących jej roszczeń. Jednak sama natura i konstrukcja umowy cywilnoprawnej opartej na zasadzie równorzędności stron pozostają bez zmian. Publicznoprawna ingerencja działa bowiem selektywnie i dotyczy na ogół tylko strony publicznej (zamawiającego), której nie wolno się godzić na pogorszenie sytuacji prawnej nawet w drodze rozwiązań powszechnie dopuszczalnych w obrocie, chyba że co innego wynika z ustawy. Umocnienie obowiązku dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych następuje zwłaszcza w trybie nadzoru i kontroli wewnętrznej.

Pomimo swojego systemowego znaczenia obowiązek dochodzenia roszczeń, a także ogólna zasada ochrony interesu publicznego, nie doczekały się – niestety – generalnej normy konstytucyjnej, brak też uporządkowanej regulacji ustawowej. Występują jedynie unormowania wycinkowe, związane głównie z zarządem mieniem publicznym, choć w paru normach konstytucyjnych wspomina się ogólnie o „ochronie interesów publicznych” (por. np. art. 146 ust. 4 pkt 4). Według nowej ustawy z 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym⁴⁰ gospodarują nim właściwe organy administracyjne lub inne podmioty, zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, z zachowaniem szczególnej staranności (art. 4 ust. 2). Kierownicy państwowych jednostek organizacyjnych reprezentując Skarb Państwa w odniesieniu do powierzonego im mienia na zasadach właściwych dla *stationes fisci*, mogą udzielać pełnomocnictw także kierownikom podporządkowanych jednostek. W przypadku naruszenia granic umocowania stosuje się odpowiednio art. 103 § 1 i 2 kc, natomiast za pogwałcenie wymagań prawidłowej gospodarki i szczególnej staranności w zarządzaniu sprawami majątkowo-skarbowymi grozi im odpowiedzialność karno-administracyjna bądź karno-sądowa. Podobne wymagania obowiązują w zakresie

³⁹ Już w czasach rzymskich uważano, że nie wolno odstępować od przepisów ustanowionych dla dobra ogółu. Por. zwłaszcza S. Wróblewski: *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, Kraków 1916, s. 18 i n. oraz W. Litewski: *Rzymskie prawo prywatne – prawo materialne*, Kraków 1988, s. 13–14. Na obowiązek dochodzenia roszczeń jako podstawową zasadę prawa gospodarczego wskazują F. Longchamps: *Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na Zachodzie Europy*, Wrocław–Kraków 1968, s. 62, A. Chelmoński: *Swoiste zasady administracyjnego prawa gospodarczego* (w:) *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 53–64, S. Włodyka: *op. cit.*, s. 12, Z. Radwański: *“Prawo cywilne – część ogólna”*, Warszawa 1999, s. 3–4, a także C. Kosikowski: *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2000, s. 23 oraz K. Horubski: *Administracyjno prawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 507 i n.

⁴⁰ Dz. U. z 2016 r., poz. 2016.

gospodarowania mieniem innych państwowych osób prawnych⁴¹. W świetle przepisów ustrojowych regulujących status organów wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego i podległych im urzędników także obowiązuje wymóg zachowania szczególnej staranności w zarządzaniu mieniem komunalnym i obowiązek ochrony tego mienia pod rygorem odpowiedzialności prawnej⁴².

Rozproszenie regulacji utrudnia sprawowanie urzędowej kontroli gospodarowania majątkiem i sprawami publicznymi, a także wymiar odpowiedzialności osobistej urzędników za uchybienia⁴³. Dlatego w celu doprecyzowania podstaw odpowiedzialności za niedochodzenie roszczeń pieniężnych wprowadzono niedawno dodatkowy przepis art. 42 ust. 5 ufp, zgodnie z którym jednostki sektora finansów publicznych są obowiązane do rzetelnego ustalenia przypadających im należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny, a także do terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania. Ogólne normy przewidujące ustalenie i pobieranie dochodów okazały się niewystarczające na tle konstytucyjnego wymogu dostatecznej „określoności czynu zabronionego”⁴⁴. W rezultacie art. 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁴⁵, wprowadzający karalność zaniechania obowiązku dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych, obecnie funkcjonuje już o wiele lepiej, bez większych trudności interpretacyjnych. W zamówieniach publicznych obowiązek dochodzenia roszczeń pieniężnych występuje jednak rzadko i odnosi się właściwie tylko do żądania zapłaty kary umownej lub odszkodowania pieniężnego albo zwrotu uprzednio uiszczonej ceny (wynagrodzenia), w wyniku odstąpienia od umowy lub obniżki ceny z tytułu wadliwości przedmiotu zamówienia. Analogiczną do art. 42 ust. 5 ufp konkretyzację obowiązku dochodzenia roszczeń rozważyć trzeba zatem w odniesieniu do świadczeń niepieniężnych, zwłaszcza wynikających z udzielonych zamówień publicznych na usługi lub roboty budowlane, łącząc ją z ustawową powinnością sprawowania szczególnego nadzoru nad realizacją zamówienia (*vide* art. 20a Pzp). Przepis taki stanowiłby też swoiste rozwinięcie zasady realnego wykonania zobowiązania na gruncie zamówień publicznych. Tymczasem wolno odstąpić od podejmowania względem zobowiązanego czynności zmierzających do wykonania zobowiązania tylko wtedy, gdy zachodzą przesłanki ustawowe do odstąpienia od egzekucji⁴⁶. Na tle tego deficytu regulacji, w tak ważnej kwestii, nasuwa się ponadto postulat wprowadzenia ogólnej normy wskazującej wprost, nie tylko na ochronę majątku publicznego, lecz przede wszystkim na obowiązek dochodzenia roszczeń. Jej brak sprzyja niekiedy w praktyce reaktywowaniu utopijnej koncepcji, wywo-

⁴¹ Niekiedy jednak reguły zarządu sprawami majątkowymi wyprowadza się z ogólnego zakazu „działania na szkodę interesu publicznego” (art. 231 kk), czy nawet wprost na szkodę państwowej osoby prawnej.

⁴² Por. zwłaszcza art. 50 i 60 powołanych wyżej ustaw: z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, art. 56 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym oraz art. 70 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa.

⁴³ Więcej K. Horubski: Administracyjnoprawne instrumenty... op. cit., s. 507 i n.

⁴⁴ Por. uzasadnienie do projektu ustawy z 11 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności.

⁴⁵ Zob. przypis 29.

⁴⁶ W szczególności według art. 824 §1 pkt 3 kpc postępowanie egzekucyjne podlega umorzeniu, jeżeli jest oczywiste, że z egzekucji nie uzyska się sumy wyższej od kosztów egzekucyjnych. Poza tym obowiązują specjalne ograniczenia egzekucyjne w odniesieniu do określonych przedmiotów użytku osobistego (art. 829 kpc), środków pomocowo-alimentacyjnych i środków europejskich (art. 831 kpc), nie podlegającej zajęciu części wynagrodzenia za pracę (art. 833 kpc) itd.

dzącej się z poprzedniego okresu ustrojowego, o rzekomej wyższości interesu zbiorowego (publicznego) nad indywidualnym (prywatnym). Tymczasem na gruncie konstytucyjnej zasady równości wobec prawa oba rodzaje interesów traktowane są jednakowo, w granicach tego samego odniesienia normatywnego (np. regulacji umów). Zresztą na ogół interes prywatny pozostaje w zgodzie z interesem publicznym, a tylko wyjątkowo dochodzi do sprzeczności w razie jakiejś kolizji prawnej, lecz każdy z nich jako jednakowo doniosły musi być należycie chroniony w granicach obowiązującego prawa. W istocie chodzi zatem nie tyle o uprzywilejowanie jakiegokolwiek interesu publicznego kosztem prywatnego, ile o jego rzeczywistą ochronę, która zależy wprost od staranności odpowiedzialnych urzędników. Ochrona interesów prywatnych stymulowana jest w wyniku naturalnie działającego nadzoru właścicielskiego, natomiast stymulacja ochrony interesu publicznego musi być wspomagana ustawowo.

W zakresie gwarancji obowiązku dochodzenia roszczeń w sferze zamówień publicznych liczą się przede wszystkim trzy wymogi prawne:

- obowiązek zorganizowania skutecznej kontroli zarządczej, zorientowanej na zapewnienie efektywnego nadzoru nad realizacją każdego zamówienia publicznego,
- egzekwowanie zasady realnego wykonania zamówienia, zwłaszcza powinności dochodzenia roszczeń i zakazu łagodzenia podstaw odpowiedzialności ustawowej,
- zakaz zmiany umowy o zamówienie publiczne, a także przedwczesnego jej rozwiązywania.

Zorganizowanie skutecznej kontroli zarządczej w jednostce zamawiającej obciąża bezpośrednio jej kierownictwo, a zaniedbanie tej kontroli jest karalne, jeśli dojdzie w związku z tym do uchybień w sferze gospodarowania mieniem lub finansami. Wszelka kontrola wewnętrzna zapewnia bowiem na bieżąco, nie tylko ocenę realizacji zamawianych świadczeń, lecz także stymuluje należyte ich spełnienie, zwłaszcza z punktu widzenia celowości, rzetelności, efektywności i terminowego wykonania (por. np. art. 68 ufp)⁴⁷. Liczy się tu przede wszystkim zaangażowanie wyznaczonych pracowników merytorycznych zamawiającego, którzy w ramach efektywnego współdziałania z wykonawcą zamówienia powinni przeciwdziałać wszelkim uchybieniom realizacyjnym, ustalać i ewidencjonować każde przysługujące zamawiającemu roszczenie majątkowe oraz nie dopuszczać do odbioru świadczeń w stanie niekompletnym lub z tzw. wadami jawnymi. W dalszej zaś perspektywie powinni zapewniać niezbędne dowody do ewentualnego dochodzenia uprawnień z tytułu rękojmi za wady, stwierdzone już po odbiorze przedmiotu zamówienia (tzw. ukryte).

Wzmocnienie zasady realnego wykonania zamówienia następuje przede wszystkim na podstawie przepisów zastrzegających wymogi realizacyjne oraz odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania (zob. rozdz. IV i VI). W świetle nowego art. 54a ufp jednostka sektora finansów publicznych może jednak zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej po dokonaniu oceny dowodzącej, jeżeli skutki ugody są korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego. Jednocześnie na mocy art. 5 ust. 4 ustawy dyscyplinarnej zastrzeżono, że nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania na podstawie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej, zawartej zgodnie z przepisami prawa (nieco więcej o ugodzie w rozdz. V)

⁴⁷ Więcej R. Szostak: Kontrola zarządcza w jednostkach sektora finansów publicznych – charakterystyka ogólna, Kontrola Państwowa 2010, Nr 5, s. 9 i n.

ulgi⁴⁸. W zamówieniach publicznych granice potencjalnego zastosowania tych przepisów są jednak skromne (nadpłaty, odszkodowania, kary umowne) z uwagi na zasadę realnego wykonania zamówienia w zakresie świadczenia niepieniężnego oraz odmienny sposób ukształtowania wyjątków od tej zasady w ramach zmiany umowy, a także swoisty tryb miarowania kar umownych (zob. dalej).

Konieczne jest usprawnienie kontroli zarządczej nad realizacją zamówień publicznych. W aktualnych realiach ich wykonywania, wobec ciągle utrzymujących się mankamentów publicznego nadzoru właścicielskiego, fundamentalną rolę odgrywa fachowy charakter kontroli procesu realizacji umowy, w tym fazy finalnego odbioru przedmiotu zamówienia, spełniającego co najmniej dwie funkcje: aprobacyjną (zwalniającą) oraz dokumentacyjną. Dopiero potem otwiera się droga do rozliczeń finansowych. Jak łatwo zauważyć w ramach prawidłowo pojętych podstaw skutecznej (zgodnie z ustawą) kontroli zarządczej mieści się potrzeba racjonalnego ukształtowania postanowień umownych, w kierunku zapewnienia efektywnego egzekwowania obowiązków wykonawcy. Fundamentalną rolę odgrywają tu kwalifikacje urzędników, wspierane wzorcami kontraktowymi, regulaminami i innymi dobrymi praktykami, które powinny być jeszcze dodatkowo wspomagane aktami kierownictwa wewnętrznego. Nadszedł czas objęcia tej problematyki regulacją ustawową, najlepiej w związku z „odpowiedzialnością” organu zarządzającego za stan zamówień publicznych w jednostce zamawiającej, tym bardziej, że formy prawne kierownictwa wewnętrznego (regulaminy, wytyczne, polecenia) nie cieszą się – niestety – dostatecznym zainteresowaniem doktryny i orzecznictwa⁴⁹. Rozważyć zatem trzeba także wprowadzenie ustawowych wymagań wyznaczających predyspozycje zawodowe kadry urzędniczej, obsługującej zamówienie publiczne, ponieważ za wieloma uchybieniami w praktyce stoi niekompetencja urzędników.

5. Z problematyki umów ramowych

Zastosowanie umowy ramowej o charakterze przygotowawczym odnosi się zazwyczaj do dostaw lub usług większej wartości, zamawianych powtarzalnie, raczej przez osoby prawa publicznego, działające w sektorze energetycznym, transportowym, gospodarki wodnej, pocztowym itd.⁵⁰, rzadziej przez administrację publiczną. Zamówienia budowlane z uwagi na swój związek z zagospodarowaniem indywidualnych nieruchomości na ogół nie nadają się do grupowania w ramach długoterminowej współpracy, choć brak przeciwwskazań w odniesieniu do powtarzalnych remontów na obiektach liniowych, np. drogach, kolejach, czy trakcjach elektrycznych. Ustalenie w umowie ramowej warunków zamawiania uzgod-

⁴⁸ Niezależnie od tego należności pieniężne przypadające jednostkom sektora finansów publicznych mogą być umarzane w całości albo w części w oparciu o przepisy art. 55–59 ufp, a ich spłata odraczana lub rozkładana na raty – jeśli zachodzą warunki prawa do zastosowania tego rodzaju ulgi. Por. R. Szostak: Ulgi w spłacie należności cywilnoprawnych przysługujące jednostkom państwa, „Kontrola Państwowa” 2011, Nr 3, s. 974 oraz Ulgi w spłacie należności cywilnoprawnych przysługujących jednostkom samorządu terytorialnego, ST, 2011, Nr 6, s. 48 i n.

⁴⁹ Więcej o nich A. Błaś: Formy prawne w sferze działań wewnętrznych administracji publicznej (w:) System prawa administracyjnego, t. 5, Formy prawne działania administracji, Warszawa 2013, s. 279 i n.

⁵⁰ W preambule do dyrektywy 2014/24 podnosi się, że umowy ramowe stanowią technikę udzielania zamówień znaną i uznawaną za skuteczną w całej Europie.

nionych świadczeń w przyszłości pozwala na uproszczenie i przyspieszenie procesu kontraktowania oraz stabilizację więzi obligacyjnej w dłuższym horyzoncie czasowym, co dodatkowo przyczynia się do obniżenia kosztów i spadku cen jednostkowych, z pożytkiem dla zamawiającego⁵¹. Ponadto elastyczność umowy ramowej zwalnia zamawiającego w razie potrzeby, od konieczności przewidywania wielkości świadczeń częściowych i terminów ich realizacji. W ogóle rozmiar świadczeń objęty umową ramową nie musi być wyczerpany w okresie jej obowiązywania, zwłaszcza w razie braku potrzeb. Umowa ramowa konkuruje jednak z długoterminową umową definitywną, obejmującą świadczenia o bezpośredniej doniosłości gospodarczej wzbogaconą o klauzule warunkowe łagodzące niepewności co do potrzeb zamawiającego. W szczególności poprzez zastrzeżenie tzw. prawa opcji strony mogą uwarunkować wymagalność części zamawianego definitywnie świadczenia bezpośrednio od niepewnych potrzeb zamawiającego. Można też zastrzec, że realizacja świadczeń następować będzie częściami, stosownie do potrzeb zamawiającego, a jeśli nie udało się ustalić wielkości poszczególnych części lub terminów ich realizacji, zamawiający w drodze jednostronnego oświadczenia złożonego wykonawcy w czasie właściwym może określić, zarówno wielkość poszczególnych świadczeń częściowych, jak i termin spełnienia każdego z nich, jednak powinien uwzględnić możliwości wykonawcy (art. 456 kc).

Zasadnicza różnica jest taka, że umowa ramowa ma charakter jedynie wstępny (przygotowawczy), a do ostatecznego związania stron dochodzi dopiero w związku z zawarciem umowy realizacyjnej (powtarzalnej), co do części przedmiotu zamówienia zapowiedzianego z góry w umowie ramowej. W odróżnieniu od umowy przedwstępnej umowa ramowa nie przewiduje obowiązku zawarcia oznaczonej umowy finalnej (przysiężonej). Nie jest też umową tymczasową, gasnącą w wyniku zawarcia umowy realizacyjnej, ponieważ trwale obowiązuje w ustalonym okresie, choć nie kreuje więzi finalnej o bezpośredniej doniosłości gospodarczej, wyznacza jedynie warunki przyszłych umów jednostkowych⁵². Umowa ramowa funkcjonuje w dwóch odmianach. Pierwsza to porozumienie dwustronne, zawarte tylko z jednym wykonawcą, któremu zamówień jednostkowych zamawiający udziela w razie potrzeby w trybie zbliżonym do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Druga polega na porozumieniu wielostronnym, zawierającym z wieloma wykonawcami, zajmującymi pozycję równorzędną, częściowo konkurencyjną, a zamówienia jednostkowego zamawiający udziela temu spośród nich, który przedłoży ofertę najkorzystniejszą, w trybie przetargu uproszczonego o charakterze zamkniętym. Pod względem przedmiotowym umową ramową można objąć tylko jeden rodzaj dostaw, usług lub robót budowlanych albo wyjątkowo kilka rodzajów świadczeń zbliżonych do siebie na tyle, aby nie prowadziło to do ograniczenia konkurencji. Poza tym umowę ramową można wykorzystać do centralizacji zamówień, zwłaszcza w obrębie jednej większej osoby prawnej (Skarbu Państwa, gminy, powiatu, województwa), udzielanych przez wiele jednostek wewnątrz organizacyjnych (art. 15a–15c Pzp).

⁵¹ Por. G. Domański: Umowa ramowa na tle prawa niektórych państw EWG i Polski, Warszawa 1989 r., s. 17 i n., A. Olejniczak: O koncepcji umów ramowych, „Państwo i Prawo” 1990, Nr 4, s. 77 i n., R. Szostak: Charakter prawny porozumień ramowych w zamówieniach publicznych, PiP 2005, Nr 7, s. 59 i n., M. Krajewski (w.): System prawa prywatnego, t. 5, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2006, s. 791 i n. oraz G. Wicik: Treść umów ramowych w praktyce zamówień publicznych, PZP 2011, Nr 4, s. 3 i n., tenże: Charakter prawny umowy ramowej w zamówieniach publicznych, PZP 2013, Nr 4, s. 83 i n.

⁵² Por. W. Fikentscher: Schuldrecht, Berlin–N.York 1997, s. 95 oraz Z. Radwański: System prawa prywatnego, t. III/1, Prawo zobowiązań – część ogólna, Ossolineum 1981, s. 418 i n.

Status umowy ramowej w ujęciu znowelizowanych art. 99–101b Pzp przedstawia się bardziej liberalnie oraz elastycznie niż na gruncie przepisów obowiązujących do 2016 r. Po pierwsze, oba rodzaje umów ramowych (dwu- lub wielostronnych) są jednakowo doniosłe. Obecnie sam zamawiający rozstrzyga o tym, który z wariantów będzie dla niego dogodniejszy. Musi jednak liczyć się z konsekwencjami proceduralnymi i nie wolno mu unikać przetargowego sposobu udzielania zamówień w oparciu o umowę ramową wielostronną. Nowością jest jednak wyjątek, a mianowicie taki, że zamawiającemu wolno narzucić w umowie ramowej odmienny sposób wyłaniania wykonawców zamówień jednostkowych albo od razu z góry w tej umowie przypisać poszczególne zamówienia jednostkowe określonym wykonawcom, byleby nie dochodziło do naruszeń reguł konkurencji. W tym ostatnim przypadku wszystkie warunki realizacji zamówień jednostkowych należy wyczerpująco ustalić w umowie ramowej. Przy okazji zniesiono pierwszeństwo umowy wielostronnej i wyjątkowe znaczenie umowy dwustronnej. Obie odmiany umów ramowych są teraz jednakowo dopuszczalne. Zniesiono też ustawowy limit w postaci minimalnej liczby trzech wykonawców, z którymi zamawiający zamierza zawrzeć umowę ramową, choć nadal powinien określić liczbę maksymalną (art. 36 ust. 2 pkt 2 Pzp). Po drugie, zamawiający nie ma obowiązku udzielenia zamówień danego rodzaju tylko sygnatariuszom umowy ramowej. Może zwrócić się do osób trzecich, udzielając zamówienia z pominięciem umowy ramowej, nie tylko wtedy, gdy udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej stało się niemożliwe lub bezskuteczne (np. z braku zainteresowania), lecz także z innych przyczyn. W szczególności skierowanie zamówienia poza krąg sygnatariuszy umowy ramowej może być podyktowane większą konkurencyjnością postępowania i nadzieją na lepsze warunki umowy jednostkowej. Po trzecie, wprowadzono utrzymanie bez zmian ogólny zakaz wykorzystywania umów ramowych do ograniczania konkurencji, jednak uległ on znacznemu zaostrzeniu na tle nowych przepisów zapewniających większą elastyczność umowy ramowej. Chodzi tu nie tylko o tradycyjno –podmiotowe aspekty konkurencji, lecz także o liczące się coraz bardziej aspekty przedmiotowe, związane z zakresem rzeczowym umowy ramowej, jej realną przydatnością w zakresie zaspokajania potrzeb zamawiającego (publicznych) i terminem obowiązywania. W odniesieniu do dwustronnej umowy ramowej, wolnej od konieczności wznawiania konkurencji przy udzielaniu zamówień jednostkowych, z zasady wyklucza się dopuszczalność odstępstw od warunków ustalonych w umowie ramowej. W świetle zaś nowego art. 100 Pzp umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy, jednak trzeba wtedy zawiadomić Prezesa UZP, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, który może wszcząć kontrolę i ewentualnie wnieść o wymierzenie odpowiedzialności prawnej. Po czwarte, wzrosła ranga instrumentów elektronicznych towarzyszących umowie ramowej. W zakresie zamówień udzielanych na podstawie wielostronnej umowy ramowej, zaleca się stosowanie aukcji elektronicznej opartej na konstrukcji przetargu w ujęciu art. 91c Pzp. Zupełną nowością jest natomiast możliwość zastosowania katalogu elektronicznego, towarzyszącego ofercie do umowy ramowej, a także ofercie na zamówienie jednostkowe. Instrument ten modyfikuje w istotny sposób nie tylko formułę umowy ramowej, lecz także sposób udzielania zamówień jednostkowych⁵³.

⁵³ Więcej G. Wicik: Katalogi elektroniczne nowym sposobem kontraktowania w zamówieniach publicznych, PZP 2016, Nr 1, s. 132 i n.

Charakter umowy ramowej nie jest dostatecznie jasny. Nie znajduje ona bowiem żadnego odpowiednika pośród rozwiązań kodeksowych, a same przepisy art. 99–101b Pzp nie udzielają w tej kwestii istotnych wskazówek⁵⁴. Wprawdzie jest konstrukcją ogólną zobowiązań, lecz na tyle swoistą, że nie upoważnia do zastosowania analogii legis względem umowy przedwstępnej, czy jakiegokolwiek innej umowy przygotowawczej. W zasięgu pozostają jedynie ogólne reguły zobowiązań. W zasadniczej swej treści umowa ramowa kreuje zarówno warunki udzielania, jak i realizacji zamówień jednostkowych, choć bez obowiązku ich udzielania⁵⁵. Warunki te są wiążące, lecz dopiero na wypadek udzielania zamówienia jednostkowego, pozostającego jednak w dobrowolnej gestii zamawiającego. Zasadniczo stronom nie wolno odstępować od ustalonych warunków przy udzielaniu zamówień jednostkowych. Wyjątek dotyczy jednak odstępstw nieistotnych. Mechanizm związania ustalonymi warunkami odzwierciedla koncepcję umowy normatywnej, choć warunki ustalone w umowie ramowej nie wchodzą do umów realizacyjnych automatycznie, wymagają stosownego przeniesienia w drodze odrębnego aktu woli, właściwego dla umowy realizacyjnej⁵⁶. Od razu jednak wiążą warunki proceduralne, ponieważ sposób udzielenia zamówienia jednostkowego zdeterminowany jest bezpośrednio postanowieniami umowy ramowej. Niektórym z nich można dodatkowo nadać wymiar typowo obligacyjny. Zamawiający udzielając zamówienia jednostkowego stosuje bezpośrednio umowę ramową z mechanizmem związania, zastępującą zwyczajną specyfikację warunków zamówienia, zbliża się do *pactum de forma*. Kształtując natomiast postanowienia umowy o zamówienie jednostkowe, w związku z jej zawarciem strony wzorują się na warunkach ustalonych uprzednio w umowie ramowej. W tym zakresie mechanizm działania umowy ramowej zbliża się do wiązania ogólnych warunków umów (art. 384–385 kc). Umowa o zamówienie jednostkowe ma niezależny byt prawny⁵⁷. Opiera się bowiem na ponownie składanych oświadczeniach woli, uwzględniających warunki zawczasu „przygotowane” w umowie ramowej, w trybie prostej recepcji lub odesłania, lecz nawet w tym drugim przypadku wiąże z mocy indywidualnej woli stron wyrażonej w związku z zawarciem umowy jednostkowej.

Umowa ramowa stanowi zatem źródło swobodnego stosunku cywilnoprawnego, którego podstawową treścią są zasady udzielania i wykonywania zamówień jednostkowych. Elementy obligacyjne łączą się z obowiązkiem przestrzegania ustalonych wymagań proceduralnych. Dodatkowo umowa ramowa może zobowiązywać każdorazowo do podjęcia starań zmierzających do zawarcia umowy o zamówienie jednostkowe. Znaczenie prawne umowy ramowej jako źródła „powracającego zobowiązania” skłania do wniosku, że odzwierciedla ona formę długoterminowego zobowiązania o charakterze trwałym⁵⁸, ograniczonego w czasie terminem do lat 4. Tworzy trwałą więź prawną, ciągle aktualną, aż do wygaśnięcia stosunku, która nie traci swojej mocy prawnej w wyniku zawarcia pojedynczej umowy rea-

⁵⁴ Krytycznie o niedostatkach regulacji A. Panasiuk: Umowy ramowe w systemie zamówień publicznych, PZP 2006, Nr 3, s. 16 oraz J. Jerzykowski (w:) Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 385.

⁵⁵ Podobnie G. Wicik: O usprawnieniach dotyczących umów ramowych w zamówieniach publicznych (w:) System zamówień publicznych – stan obecny i kierunki zmian, red. H. Nowicki, Warszawa – Wrocław 2015, s. 271 i n.

⁵⁶ Por. A. Olejniczak: O koncepcji... op. cit., s. 77–79, R. Szostak: Charakter prawny porozumień ramowych... op. cit., s. 65 oraz G. Wicik: Charakter prawny... op. cit., s. 86 i n.

⁵⁷ Więcej o tym R. Szostak: Charakter prawny porozumień ramowych... op. cit., s. 65 i n. oraz G. Wicik: Charakter prawny... op. cit. 86 i n.

⁵⁸ Zob. też A. Olejniczak: O koncepcji..., op. cit., s. 78 oraz G. Wicik: Charakter prawny..., op. cit., 86 i n.

lizacyjnej. Z kolei wygaśnięcie umowy ramowej łączy się z upływem określonego czasu, o ile nie „wyczerpuje się” przedwcześnie wraz ze zrealizowaniem z góry uzgodnionej ilości świadczeń. Brak też jakichkolwiek przeciwwskazań do zastosowania wypowiedzenia umowy ramowej, ze skutkami na przyszłość (*ex nunc*), skoro udzielone zamówienia jednostkowe mają odrębny byt prawny i są nieodwracalne. W szczególności, umowę ramową można wypowiedzieć w razie istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że dalsze jej obowiązywanie nie leży w interesie publicznym, przy analogicznym zastosowaniu art. 145 Pzp. Przemijające przeszkody o niewielkiej doniosłości praktycznej mogą uzasadniać co najwyżej powstrzymanie się z udzieleniem zamówienia jednostkowego przez zamawiającego albo od ubiegania się o takie zamówienie przez wykonawcę.

Zawarcie umowy ramowej należy poprzedzić stosowną procedurą przetargową bądź negocjacyjno-przetargową albo wyjątkowo z wolnej ręki, a nawet w trybie partnerstwa innowacyjnego (art. 99 Pzp). W ustawie brak wskazówek, co do tego, czy zamawiający ma swobodny wybór rodzaju trybu, czy też jest związany ogólnymi przesłankami dopuszczalności stosowania, zwłaszcza poszczególnych trybów pozaprzetargowych. Wzbogacenie katalogu procedur poprzedzających zawarcie umowy ramowej o tryb: z wolnej ręki, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego przemawia za tym drugim rozwiązaniem. Dodatkowo trzeba też liczyć się z bezpieczeństwem transakcji, a w odniesieniu do wielostronnej umowy ramowej z naturalnych względów wykluczyć należy procedurę z wolnej ręki. Przed uruchomieniem postępowania zamawiający powinien określić warunki proceduralne oraz istotne postanowienia dla umowy ramowej, z wyjątkiem – rzecz jasna – tych, które będą objęte kryteriami oceny ofert, stosując odpowiednio przepisy art. 36 Pzp. W ramach postanowień umowy ramowej trzeba określić także sposób udzielania zamówień jednostkowych (wymogi proceduralne), w tym ewentualne kryteria oceny ofert składanych na przyszłe zamówienie jednostkowe oraz istotne postanowienia umów realizacyjnych (por. art. 101a ust. 5–6 Pzp). Subsydiarne zastosowanie przepisów ogólnych z art. 36 Pzp o konstruowaniu warunków zamówienia wynika już z samej systematyki ustawy nadającej regulacji umów ramowych rangę przepisów szczególnych.

Wyłonienie wykonawcy do dwustronnej umowy ramowej wraz z ustaleniem jej ostatecznych postanowień jest stosunkowo proste, odbywa się bowiem w drodze wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej albo bezpośrednio w trybie negocjacji indywidualnych. Wyłonienie natomiast kilku wykonawców jako sygnatariuszy umowy ramowej, w liczbie zapowiedzianej z góry w ogłoszeniu, wymaga zastrzeżenia o wyborze i przyjęciu większej liczby ofert, najwyżej ocenionych⁵⁹. Limit musi wskazać jednoznacznie sam zamawiający wyznaczając zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 2 Pzp „maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zawrze umowę ramową”, a zatem może dopuścić warunek, że ostateczna liczba wykonawców może być mniejsza od liczby z góry zapowiedzianej, jeśli zdyskwalifikowano ofert więcej niż zwykle lub w ogóle brak było dostatecznego zainteresowania zawarciem umowy ramowej ze strony wykonawców. Ustalając maksymalny limit wykonawców – stron umowy ramowej zamawiający powinien kierować się pożądanym stopniem konkurencyjności zamówienia jednostkowego oraz efektywnością postępowania o jego udzielenie. W niezbyt jeszcze rozwiniętej praktyce dominują limity na poziomie kilku wykonawców. Zamawiający może też zastosować

⁵⁹ Tak jak dotychczas do umowy ramowej powinno się kwalifikować wykonawców najlepszych, których oferty uzyskały kolejno najwyższe wartości w punkcyjnym rankingu ofert.

rozwiązanie mieszane, a mianowicie część świadczeń przewidzianych w umowie ramowej od razu przypisać wstępnie określonym wykonawcom (zobowiązanie finalne kształtuje ostatecznie umowa realizacyjna) albo ustalić sposób ich wyłonienia w przyszłości, a pozostałą część poddać pod tryb przetargowy (aukcyjny) uruchamiany każdorazowo na poszczególne zamówienia jednostkowe. Pierwsze z rozwiązań cechuje się niepewnością co do ostatecznego związania się stron, uzależnionego od każdorazowego podpisania odrębnej umowy realizacyjnej. Dlatego nie można wykluczyć takiego warunku proceduralnego, według którego w razie nieobjęcia zamówienia jednostkowego przez najwyżej ocenionego wykonawcę, zamówienie to przypada drugiemu, a w dalszej perspektywie kolejnemu wykonawcy. Należy jednak liczyć się z wymogiem ustawowym, że odstępienie do przetargowego sposobu udzielenia zamówienia jednostkowego możliwe jest tylko wtedy, gdy zamawiający określi z góry w umowie ramowej wszystkie warunki dotyczące realizacji zamawianych dostaw, usług lub robót oraz warunki wyłaniania ich wykonawców (art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp). Przetargowy tryb udzielenia zamówienia jednostkowego wchodzi zatem w rachubę w przypadku, gdy warunki realizacyjne nie zostały dostatecznie określone.

Wykonawcy – sygnatariusze wielostronnej umowy ramowej nie są nią związani jednakowo. W zakresie bowiem postanowień uzależnionych od wyniku przetargu, zorganizowanego dla umowy ramowej (wysokości ceny, rozpiętości terminu realizacji, czy poziomu jakości zamówień realizacyjnych), każdy wykonawca jest związany odrębnie, w pozostałej części postanowienia są wspólne. Stąd przy ubieganiu się o zamówienie jednostkowe zainteresowani wykonawcy mogą utrzymać swoje warunki albo je polepszyć, nie mogą zaś oferować zamówienia jednostkowego na warunkach gorszych od tych, którymi są związani z mocy umowy ramowej, choć w ogóle nie muszą ubiegać się o konkretne zamówienie finalne. Do ewentualnych zmian umowy ramowej stosuje się art. 144 Pzp. W przypadku wielostronnej umowy ramowej zakres potencjalnych zmian jest ograniczony zasadami równości i uczciwej konkurencji oraz wymogiem przejrzystości. Z drugiej zaś strony w sferze warunków „otwartych” pozostawionych do rozstrzygnięcia każdorazowo w związku z udzieleniem zamówienia jednostkowego zmiany umowy ramowej są w praktyce bardziej usztywnione. Zwraca na to uwagę art. 101a ust. 4 Pzp, przewidując specjalny tryb „uzupełnienia oferty”⁶⁰.

Udzielenie zamówienia jednostkowego następuje w trybie ustalonym w umowie ramowej. Z art. 101a ust. 2 Pzp wynika, że praw i obowiązków wynikających z umowy ramowej nie można przekazać osobie trzeciej w drodze sukcesji indywidualnej. Sukcesja generalna zaś jest możliwa, zwłaszcza że jej skutki są regulowane ustawowo. Dlatego zamówień realizacyjnych może udzielać tylko zamawiający będący aktualnie stroną umowy ramowej. W szczególności przy umowach ramowych pełniących rolę instrumentu centralizacji zamówień nie wolno zamawiającemu zastąpić się inną osobą, która miałaby działać w swoim imieniu, a tym bardziej na swój rachunek. Nie jest jednak wykluczone zastępstwo bezpośrednio oparte na zwykłym pełnomocnictwie. Udziałając zamówienia jednostkowego zamawiający nie może dokonywać istotnych odstępstw od warunków zamówienia określonych z góry w umowie ramowej, w szczególności zawartej w układzie dwustronnym (art. 101a ust. 4 Pzp). Brak jednak jakichkolwiek wskazówek ustawowych co do zakazanych odstępstw

⁶⁰ Por. G. Wicik: O usprawnieniach... op. cit., s. 271 i n.

„istotnych”, choć wiadomo, że mogą one dotyczyć zarówno wymagań proceduralnych, jak i postanowień umów realizacyjnych. Sięganie do ostrożnej analogii z art. 144 ust. 1e Pzp może być zasadne co najwyżej w odniesieniu do warunków realizacyjnych. Dodatkowo uwzględnić trzeba ograniczenia podyktowane koniecznością przestrzegania zasad równości, uczciwej konkurencji i przejrzystości oraz proporcjonalności. Jeżeli umowa ramowa wiąże jedynie w układzie dwustronnym, stronom pozostaje tylko ich doprecyzowanie w trybie negocjacyjnym. Wprawdzie wykonawca, a tym bardziej zamawiający, nie są obciążeni obowiązkiem zawarcia umowy finalnej, jednak wykonawca powinien przystąpić do negocjacji (inicjatywa należy wyłącznie do zamawiającego), a obie strony muszą być wobec siebie lojalne, nie mogą zwłaszcza dopuszczać się praktyk obstrukcyjnych, pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej w granicach negatywnego interesu umownego za *culpa in contrahendo*, na podstawie art. 72 § 2 kc. Zapraszając wykonawcę do negocjacji nad warunkami realizacji zamówienia jednostkowego zamawiający przedstawia mu projekt umowy finalnej. Z ustawy nie wynika, aby zamawiający musiał weryfikować ponownie wiarygodność wykonawcy (spełnianie warunków podmiotowych), choć powinien – jak się zdaje – powstrzymać się od udzielenia zamówienia wykonawcy podlegającemu wykluczeniu, także takiemu, który utracił zdolność do należytej realizacji zamówienia. Udzielając natomiast zamówienia jednostkowego w trybie przetargowym (aukcyjnym) zamawiający zawczasu ustala proceduralnie i umownie warunki zamówienia, w zgodzie z dyspozycjami umowy ramowej, zapraszając indywidualnie wszystkich sygnatariuszy umowy ramowej do składania ofert finalnych, w ustalonym terminie stosownym do złożoności przedmiotu zamówienia oraz do czasu niezbędnego na rozważenie i przygotowanie oferty. Do zaproszenia dołącza się warunki zamówienia jednostkowego w ujęciu art. 36 Pzp. Z przepisu art. 101a ust. 9 pkt 2 Pzp wynika jednak, że w trakcie weryfikacji wiarygodności wykonawców zamawiający może pominąć wykonawców „niezdolnych do wykonania zamówienia” zwłaszcza, jeśli trwale bądź nawet przejściowo utracili zdolność do należytego wykonania zamówienia lub podlegają wykluczeniu z przyczyn wskazanych w art. 24 Pzp. Poza tym zamawiający stosuje te same warunki realizacyjne, jakie zostały zapowiedziane w umowie ramowej, w razie potrzeby może je doprecyzować a ewentualne odstępstwa mogą być tylko nieistotne. Przebieg przetargu zbliża się do przetargu nieograniczonego, z wyjątkiem etapu pierwszego w fazie zapraszania. Wykonawcy nie mają obowiązku składania ofert, w przypadku gdy w umowie ramowej określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw oraz warunki wyłonienia wykonawców będących stroną umowy ramowej, którzy zrealizują roboty budowlane, usługi lub dostawy (art. 101a ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp). Natomiast zamawiający zwraca się o złożenie ofert, w przypadku gdy nie wszystkie warunki realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw lub nie wszystkie warunki wyłonienia wykonawców będących stroną umowy ramowej określono w umowie ramowej (art. 101a ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp). Możliwe jest unieważnienie postępowania, lecz tylko w oparciu o przesłanki z art. 93 ust. 1 Pzp, w szczególności w braku dostatecznego zainteresowania udzielanym zamówieniem jednostkowym. Zastosowanie mają przepisy o wyborze oferty (art. 82–94 Pzp)⁶¹. Ocena ofert następuje wyłącznie na podstawie kryteriów z góry zadeklarowanych w umowie ramowej. Wybór oferty najkorzystniejszej uzasadnia obowiązek zawarcia umowy

⁶¹ Por. G. Wicik: Treść umów ramowych..., op. cit., s. 3 i n. oraz tenże: Charakter prawny..., op. cit., s. 86 i n.

finalnej na warunkach wybranej oferty, pod rygorem utraty wadium albo zapłaty odszkodowania⁶². Środki ochrony prawnej wykonawców funkcjonują bez zmian, na zasadach z art. 179 i n. Pzp. Zawarcie umowy finalnej wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. Do umowy o zamówienie jednostkowe właściwe są w zasadzie wszystkie ograniczenia swobody kontraktowej, wynikające z przepisów art. 139 Pzp. W szczególności obowiązuje generalny zakaz zmian tej umowy, a dopuszczalne wyjątki określa enumeratywnie art. 144 ust. 1 Pzp. Poza tym zamawiający nie może wprowadzać zmian lub uzupełnień do umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania reżimu prawa zamówień publicznych.

Zastosowanie katalogu elektronicznego prowadzi w istocie do modyfikacji proceduralnych elementów umowy ramowej w ujęciu art. 101b Pzp. Warunkiem koniecznym jest jednak dopuszczenie składania ofert w formie elektronicznej, a także elektronicznego sposobu komunikowania się, w postępowaniu poprzedzającym, zarówno zawarcie umowy ramowej, jak i udzielenie zamówienia jednostkowego. Katalog elektroniczny to specjalny sposób wyrażenia oferty, zwłaszcza w postaci arkusza kalkulacyjnego lub innego z góry „wystandaryzowanego” formularza, zawierającego zestawienie elementów świadczenia w formacie zaproponowanym przez zamawiającego jednakowo wszystkim konkurentom w warunkach zamówienia do umowy ramowej⁶³. Zastosowanie katalogu nie tyle zmienia procedurę, ile samą technikę kontraktowania. Upraszcza składanie ofert do umowy ramowej, jak i ofert na zamówienia jednostkowe. W świetle art. 101b Pzp zamawiający może dopuścić bądź nawet wymagać złożenia ofert na potrzeby umowy ramowej w postaci katalogu elektronicznego lub dołączenia takiego katalogu do oferty. Nie może jednak wykorzystywać tej techniki kontraktowania do ograniczania konkurencji, co wynika wprost z art. 36 dyrektywy 2014/24, a pośrednio z art. 100 ust. 4 Pzp. Jeżeli umowa ramowa została zawarta jedynie w układzie dwustronnym zastosowanie katalogu wyczerpuje się w zasadzie w chwilę jej zawarcia, choć nie ma przeszkód, aby negocjacje prowadzone w celu zawarcia umowy o zamówienie jednostkowe, toczyły się przy korzystaniu pomocniczo ze złożonego uprzednio katalogu. Jeżeli zaś umowa ramowa została zawarta z więcej niż jednym wykonawcą, a wszystkie oferty zostały złożone w postaci katalogów elektronicznych lub katalogi takie dołączono do ofert, zamawiający może postanowić, że zamówienie jednostkowe udzielone będą w oparciu o zaktualizowane katalogi elektroniczne. W takim przypadku udzielenie zamówienia jednostkowego następuje na jeden z dwóch sposobów (art. 101b ust. 3 Pzp). Zgodnie z pierwszym, zaprasza wszystkich wykonawców – sygnatariuszy porozumienia ramowego do ponownego złożenia katalogów elektronicznych, dostosowanych do wymagań danego zamówienia. Jeśli natomiast zamawiający wybierze drugie rozwiązanie informuje wykonawców, że ze złożonych mu katalogów pobierze informacje niezbędne do dookreślenia ofert w celu ich dostosowania do wymagań danego zamówienia, jednak pod warunkiem, że uprzedził o tym odpowiednio w ogłoszeniu lub warunkach do umowy ramowej. Poza tym zamawiający informuje wykonawców, z należyтым wyprzedzeniem, o terminie i godzinie pobrania informacji potrzebnych do dostosowania ofert do wymagań danego zamówienia. Jeśli wykonawca nie wyrazi zgody na pobranie informacji, uznaje się, że nie złożył oferty na zamówienie jednostkowe. Dodatkowo przed udzieleniem zamówienia zamawiający przedstawia

⁶² Por. R. Szostak: Charakter porozumień ramowych... op. cit., s. 64 i n.

⁶³ Więcej G. Wicik: Katalogi elektroniczne..., op. cit., s. 135 i n.

wykonawcy pobrane informacje, w celu sprawdzenia, czy oferta nie zawiera istotnych błędów. Ustawa nie stanowi jednak, czy i jak dochodzi do ich korekty. Wydaje się, że skoro nie są one spowodowane przez oferenta powinno się dopuścić korektę za zgodą oferenta. Powyższy sposób uzupełnienia oferty wymaga – niestety – interwencji legislacyjnej w celu jego uproszczenia, z poszanowaniem tradycyjnych zasad procedury ofertowej. Oferta to jednostronne oświadczenie woli pochodzące wyłącznie od oferenta, które może być ewentualnie uzupełnione (informacyjnie) przez drugą stronę, przy wyraźnej lub dorozumianej akceptacji ze strony oferenta o charakterze konstytutywnym.

II. PRZEGLĄD OGRANICZEŃ SWOBODY KONTRAKTOWEJ W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

1. Przygotowanie projektu umowy

Do warunków zamówienia należą planowane postanowienia umowy finalnej (art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp). W przypadku bardziej swobodnego udzielenia zamówienia z wolnej ręki negocjacje toczą się także z uwzględnieniem postanowień projektowanej umowy (art. 68 ust. 1 Pzp). Różnica polega na tym, że przy udzieleniu zamówienia z wolnej ręki projekt umowy ma znaczenie wyłącznie informacyjne (usprawnia przebieg negocjacji), natomiast w procedurach ofertowych jest wiążący i determinuje treść składanych ofert (w ten sposób wywołanych). Projekt wpływa zatem pośrednio – *via* oferta – na treść umowy finalnej. To właśnie dlatego oferta sprzeczna z warunkami zamówienia podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a zakres świadczenia wykonawcy w świetle art. 140 ust. 1 Pzp jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. W konsekwencji umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w warunkach zamówienia. Istotne postanowienia umowy finalnej muszą zatem znaleźć się w wersji proceduralnie wiążących warunków zamówienia, akceptowanych adhezyjnie przez konkurentów, przystępujących do przetargu lub innego postępowania ofertowo-porównawczego. To samo dotyczy wzoru umowy albo ogólnych warunków umowy (art. 384 kc)⁶⁴, jeśli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę finalną na takich warunkach. Wzoru wielokrotnego zastosowania nie wolno jednak mylić z indywidualnym projektem pojedynczej umowy. Wzory umów, z uwagi na specyfikę działalności instytucji zamawiających, są stosowane bardzo rzadko w zamówieniach publicznych, posługują się nimi niekiedy zamawiający sektorowi, mający więcej sposobności do zawierania umów powtarzalnych, ciągle na takich samych warunkach. Jeszcze rzadziej praktykuje się w zamówieniach publicznych ogólne warunki umów. Zamawiający natomiast częściej spotykają się z propozycją odwrotną: uwzględnienia wzorca stosowanego przez wykonawcę, czego na ogół nie da się pogodzić z automatyzmem przetargowym. Nie ma zaś przeszkód, aby strony uwzględniły wzorzec wykonawcy przy kształtowaniu warunków umowy w trybie z wolnej ręki⁶⁵, pod warunkiem, że uwzględniałby on również interes zamawiającego. W razie trudności z zawarciem umowy z monopolistą zamawiający może też przejąć niektóre elementy wzorca stosowanego przez wykonawcę do konstruowanego przez siebie projektu umowy, stymulując w ten sposób zainteresowanie monopolisty zawarciem umowy na warunkach zbliżonych do wzorca.

⁶⁴ Należą one do szerszej kategorii „wzorców umownych”, wiążących jeżeli zostały dołączone drugiej stronie przed zawarciem umowy i zostały przez nią zaakceptowane. Usprawniają one konstruowanie umowy, ponieważ uzupełniają jej treść o postanowienia stałe, wprowadzone adhezyjnie każdorazowo do umowy. Jeżeli jednak strony odstąpią zgodnie od jakiejś pojedynczej dyspozycji wzorca pierwszeństwo ma umowa. Dlatego wzorzec, tak jak i umowa, powinien być sformułowany jednoznacznie i w sposób zrozumiały, a w razie sprzeczności treści umowy z wzorcem, strony są związane umową (art. 385 kc).

⁶⁵ Więcej R. Szostak: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 5 października 2006 r. (IV CSK 153/06), OSP 2007, Nr 10, poz. 120.

Zawarte w warunkach zamówienia udzielanego w trybie ofertowym „postanowienia umowy” nie wywołują od razu skutków obligacyjnych względem umowy finalnej, choć mają już istotne znaczenie proceduralne, ponieważ muszą być uwzględnione w ramach „oferty wywołanej”, pod rygorem odrzucenia oferty przez zamawiającego. Z drugiej strony jednak zaprojektowane z góry postanowienia umowy nie są bezwzględnie wiążące, gdyż mogą być zmienione, zwłaszcza w toku procedur negocjacyjno-przetargowych⁶⁶, czy nawet zaskarżone do KIO w trybie odwoławczym, lecz po upływie terminu do ich ewentualnego korygowania stają się podstawą oceny ofert, a następnie – *via* oferta – wskazują ostatecznie na treść umowy finalnej. Wyjątkowo niektóre z projektowanych klauzul umownych do końca pozostają otwarte, jako dyspozycje objęte kryteriami oceny ofert, jedne całkowicie, jak np. wysokość ceny lub wynagrodzenia należnego wykonawcy, drugie wyznaczając jedynie wymogi minimalne – przewidziane są do dookreślenia w wyniku polepszenia propozycji ofertowych (np. parametry jakościowe, okres rękojmi, warunki serwisu, termin wykonania zamówienia). Są konkretyzowane ostatecznie dopiero w drodze przyjęcia oferty najkorzystniejszej, prowadzącego do zawarcia przejściowej umowy przedwstępnej. Jednocześnie zamawiający ma prawo zastrzeżenia niezbędnych klauzul warunkowych, które zostaną wprowadzone do umowy finalnej w razie zaistnienia określonych okoliczności, np. na wypadek wyboru oferty złożonej wspólnie przez kilku wykonawców (konsorcjum), co może uzasadniać potrzebę wzbogacenia umowy o klauzule dodatkowe, dotyczące zwłaszcza realizacji zamówienia i przesłanek płatności wynagrodzenia. Z drugiej strony, pomimo ustawowego określenia „istotne dla stron postanowienia (...) umowy”, projektowana treść kontraktu powinna być konkretna, skoro w ramach finalnego mechanizmu przetargowo-ofertowego nie można już prowadzić żadnych negocjacji dodatkowych, ani uzupełniać treści umowy o klauzule nieprzewidziane uprzednio w warunkach zamówienia. Określenie „istotne dla stron postanowienia” wskazuje zarówno na elementy przedmiotowo istotne (konieczne, minimalne), jak i podmiotowo istotne, zależne od woli stron. Chodzi tu przede wszystkim o to, aby projektujący umowę zamawiający uwzględnił nie tylko swoje interesy, lecz także doniosłe interesy potencjalnego wykonawcy. W swej treści umowa o zamówienie publiczne powinna być kompletna i symetryczna, nie może naruszać zwłaszcza zasady ekwiwalentności świadczeń i standardowej ochrony praw wykonawcy. Nie należy ona do umów negocjowanych indywidualnie, lecz zawierana jest w trybie zbliżonym do zawierania umów adhezyjnych, a jedyny wyjątek dotyczy tylko udzielania zamówień z wolnej ręki. Z techniczno-prawnego punktu widzenia projektowane postanowienia umowy mogą stanowić część składową dokumentu warunków zamówienia (w formie wykazu klauzul, które mają wejść do umowy) albo zostać do niego dołączone (w formie załącznika), przybierając postać gotowego formularza umowy. Z uwagi na swoją umowną naturę warunki zamówienia, jak i towarzyszący im ewentualnie formularz projektowanej umowy finalnej, podlegają w razie potrzeby wykładni właściwej dla oświadczeń umownych (art. 65 kc). Każdy z konkurentów składających ofertę przetargową, akceptuje ich treść bezwarunkowo, pod rygorem odrzucenia oferty.

⁶⁶ Poprzedzając fazę składania ofert negocjacje dotyczą przede wszystkim warunków umowy finalnej. Pod wpływem tych negocjacji zamawiający konstruuje ostateczną wersję warunków zamówienia dołączając je do zaproszenia do składania ofert, jako wiążące oświadczenie woli (por. art. 60, 60e i art. 64 Pzp). Więcej o tym R. Szostak: Kształtowanie warunków zamówienia publicznego w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji, KPP 2007, Nr 1, s. 37 i n.

Dopuszczalność zaskarżenia postanowień projektowanej umowy w trybie odwoławczym usprawiedliwiają nie tylko względy normatywne (projekt umowy stanowi integralną część warunków zamówienia), lecz także wymogi związane z zasadami proporcjonalności a także równości i uczciwej konkurencji. W szczególności nie można dopuścić do postanowień umownych naruszających prawo lub dobre obyczaje (np. o świadczenie niemożliwe lub ustawowo zakazane albo dotknięte tzw. naśladownictwem przedmiotu), uchybiające normatywnie ustalonym warunkom płatności, godzące w publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu, operujące dodatkowymi zastrzeżeniami umownymi w sprzeczności z ich naturą (np. karą umowną za spóźnienie w zapłacie), czy też zastrzeżeniami zmierzającymi do obejścia ustawy lub naruszenia zasad współżycia społecznego (art. 58 kc). Kryterium legalności, jako przesłanka ingerencji KIO (art. 179 ust. 1 Pzp) jest oczywiste⁶⁷, nie powinno być jednak ujmowane zawężająco, lecz z pełnym uwzględnieniem zasad wynikających z art. 7–10 oraz z art. 14 Pzp. Na tle aktualnych trudności w orzecznictwie nasuwa się potrzeba przypomnienia, że skoro oferta wykonawcy podlega odrzuceniu *a limine*, jeśli narusza prawo lub dobre obyczaje (art. 89 ust. 1 pkt 1–3 Pzp), to tym bardziej dyskwalifikacji podlega projekt umowy obciążony takim samym defektem.

W tradycyjnej konwencji obligacyjnej projektuje się umowy, co najmniej zobowiązaniowe, w szczególności stosując klasyczny zwrot: „zobowiązuje się”, choć brak w tym zakresie wskazań ustawowych, działają jedynie zwyczaje. Dużą rolę instrukcyjną spełniają przykładowe formularze pochodzenia urzędowego lub stanowiące wytwór piśmiennictwa, a także praktyki. Obowiązkom stron przypisuje się bardziej podstawowe znaczenie, niż uprawnieniom, które są wzajemnie skorelowane. Każdej wyrażonej w umowie powinności jednej strony odpowiada domyślnie uprawnienie drugiej strony, np. postanowienie obciążające wykonawcę obowiązkiem zapłaty określonej kary umownej za zwłokę oznacza tyle, że na tej podstawie zamawiający będzie mógł ewentualnie żądać uiszczenia kary. W uproszczeniu zatem umowa (jej osnowa) to wykaz wzajemnych obowiązków stron. Niektóre uprawnienia z uwagi na szczególną doniosłość, można wyjątkowo „awansować” do osobnych postanowień umowy, np. o możliwości zaspokojenia roszczeń zamawiającego z przedmiotu zabezpieczenia. Ze względu na kreacyjną funkcję umowy powinno się unikać maksymalnie postanowień instrukcyjnych lub informacyjnych (np. że funkcję kierownika budowy pełnić będzie określona osoba, podczas gdy tryb powierzenia tej funkcji wraz z notyfikacją osoby kierownika organowi powiatowego nadzoru budowlanego – regulują przepisy prawa budowlanego), ponieważ utrudniają one orientację w zakresie rzeczywistych powinności umownych (np. zamiast deklaracji o osobie kierownika budowy należałoby wprowadzić postanowienie o tym, która ze stron udzieli mu zlecenia). Generalnie jednak ukształtowanie projektu umowy podlega swobodzie kontraktowej, byleby jej treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości zobowiązania, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ kc).

W obszarze działania przepisów prawa postanowienia umowy powinny być z nimi zgodne pod rygorem nieważności (przepisy *ius cogens*) albo rozwijać, a nawet odmiennie kształtować treść obowiązków stron (przepisy dyspozytywne), skoro są aktualne na wypadek braku przeciwnej woli stron. Według art. 58 kc umowa sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna bezwzględnie, chyba że właściwy przepis przewiduje

⁶⁷ Por. dla przykładu słuszne stanowisko KIO, zajęte w wyroku z 6 maja 2016 r. (KIO 626/16), „Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie – Zeszyty Orzecznicze” 2017, Nr 25, poz. 36.

inny skutek, w szczególności ten, że na miejsce nieważnych postanowień wchodzi dyspozycja naruszonego przepisu. Nieważne jest też postanowienie umowne sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Jeśli nieważnością jest dotknięta tylko część umowy, pozostaje ona w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością umowa w ogóle nie zostałaby zawarta. Na nieważność bezwzględną umowy (postanowienia) może się powołać każdy (przede wszystkim strona), kto ma w tym interes prawny. Strony same mogą stwierdzić taką nieważność bez potrzeby sądowego unieważnienia umowy, dopiero w razie nie dających się usunąć wątpliwości można wystąpić do sądu z powództwem o ustalenie na podstawie art. 189 kpc. Spotykane w obrocie zastrzeżenie, że ewentualna nieważność postanowień umowy nie wpłynie na skuteczność pozostałych składników (klauzula salwatoryjna) niewiele daje w profesjonalnych zamówieniach publicznych, skoro liczy się tylko obiektywny stan rzeczy, natomiast wprowadzenie z góry do umowy zastępczego postanowienia na wypadek nieważności innego, może niekiedy mieć jakiś praktyczny sens, lecz trudno wyobrazić sobie praworządnie działającego zamawiającego, doprowadzającego do chwiejności istotnych klauzul umownych⁶⁸.

Zakres i układ postanowień umowy podlega swobodzie kontraktowej, choć zamawiający musi liczyć się z interesami drugiej strony. W pierwszej kolejności rozważyć powinien elementy przedmiotowo istotne charakterystyczne dla typu projektowanej umowy (*essentialia negotii*), których nie wolno mu pomijać, gdyż zakładana umowa w ogóle nie dojdzie do skutku. Są to ustawowo wyróżnione elementy umowy (zazwyczaj definicyjne), wskazujące na typ kontraktu, umożliwiające jej właściwą identyfikację prawną (kwalifikację), uznawane za konieczne minimum jej treści⁶⁹. Skoro o kwalifikacji umowy przesądzają najczęściej kwestie dotyczące świadczeń stron oraz ewentualnie ich konfiguracji, wystarczy przeto ich prawidłowe określenie. W zakresie świadczenia niepieniężnego liczy się opis przedmiotu zamówienia, który zamawiający powinien zawczasu przygotować w zgodzie z zasadami z art. 29–31 Pzp. Postanowieniem przedmiotowo doniosłym jest też wskazanie terminu wykonania zamówienia, co wynika z art. 142 Pzp. Elementy podmiotowo doniosłe rzadko rzutują na kwalifikację umowy, np. zawodowy charakter wykonawcy. Liczą się one natomiast przy weryfikacji wiarygodności wykonawcy, poprzedzającej wybór oferty, pojmowanej w kategoriach zdolności do należytego wykonania umowy. Stąd w treści umowy mogą znaleźć się co najwyżej postanowienia fakultatywne, dotyczące zwłaszcza personelu wykonawcy, powierzenia oznaczonej części zamówienia podwykonawcy, czy zasad realizacji zamówienia przez kilku współwykonawców. Przykładowo do niezbędnych elementów umowy o dzieło zalicza się tylko: dokładne oznaczenie rezultatu pracy wykonawcy (efektu), stanowiącego przedmiot odbioru, co nazywa się „oznaczeniem dzieła” oraz ustalenie należnego wykonawcy wynagrodzenia, choć wynika ono ostatecznie z wyboru oferty najkorzystniejszej. Przy umowach nienazwanych należy wskazać dokładnie elementy świadczenia przesądzające o wyodrębnionym empirycznie typie kontraktu. W pozostałym zakresie operuje się postanowieniami podmiotowo istotnymi lub ubocznymi, które nie zawsze są konieczne (np. ustalenie terminu realizacji zamówienia albo kary umownej obligatoryjnie nakazanej ustawowo). Warunkują jednak wystąpienie dodatkowych skutków prawnych, pożądanых

⁶⁸ Więcej R. Trzaskowski: Znaczenie prawne klauzul salwatoryjnych na tle art. 58 § 3 kc, „Palestra” 2008, Nr 12, s. 89 i n.

⁶⁹ Por zwłaszcza Z. Radwański: Teoria umów... op. cit., s. 62 i n. oraz B. Gawlik: Pojęcie umowy nienazwanej ... op. cit., s. 25 i n.

przez strony, w celu zwiększenia pożytków kontraktu (np. zastrzeżenie świadczenia dodatkowego) albo zaostreżenia ochrony interesów strony (np. przedłużenie terminu rękojmi). Pośród nich mogą występować także postanowienia w ogóle prawem nie normowane, byleby nie były zakazane, zwłaszcza dotyczące szczególnego sposobu współdziałania zamawiającego z wykonawcą, obowiązków informacyjno-ostrzegawczych, czy specjalnych uprawnień kontrolnych zamawiającego. W praktyce dostrzega się, że zamawiający odpowiada za ukształtowanie optymalnych postanowień umowy, z punktu widzenia celu udzielanego zamówienia, związanego z zaspokojeniem potrzeb publicznych.

Pod względem redakcyjnym umowa pisemna zawiera poprzedzony preambułą⁷⁰ wykaz wzajemnych obowiązków stron, które ze względów porządkowych przedstawia się kolejno w ramach odrębnych jednostek redakcyjnych, poczynając od opisu świadczenia niepieniężnego wraz z terminem jego realizacji, z ewentualnym podziałem na części oraz przedstawieniem sposobu współdziałania zamawiającego z wykonawcą. Następnie zwyczajowo występuje przyrzeczenie ewentualnych świadczeń dodatkowych, nawet gdyby ich wartość wliczono w cenę całkowitą. Dopiero w dalszych postanowieniach wprowadza się zobowiązanie pieniężne zamawiającego wraz z warunkami płatności. W końcowej części aktu umowy zawiera się klauzule dotyczące odpowiedzialności stron, a zwłaszcza modyfikujące ustawowy reżim oraz zawierające zastrzeżenia kar umownych.

Opis świadczenia wykonawcy budowlanego następuje za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (art. 31 ust. 1 Pzp). Podstawowe znaczenie ma projekt budowlany, obejmujący zwłaszcza projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz wieloskładnikowy projekt architektoniczno – budowlany, dostosowany do rodzaju, specyfiki i stopnia skomplikowania robót; podlega zatwierdzeniu w trybie pozwolenia na budowę (art. 34 p. bud.). Organ wydający pozwolenie może ustalić dodatkowe warunki realizacyjne, które wchodzą w zakres szerszego pojęcia „dokumentacji budowlanej”, podobnie jak i warunki wynikające z decyzji innych organów (konserwatora zabytków, ochrony środowiska, gospodarki wodnej) oraz uzgodnień urzędowych. Istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków realizacyjnych jest dopuszczalne jedynie po zmianie decyzji w sprawie pozwolenia na budowę. Jeżeli zamawia się roboty niewymagające pozwolenia na budowę ich opis także powinien wynikać ze stosownego projektu. Wymagania obowiązujące powszechnie w zakresie dokumentacji projektowej wyznacza rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego⁷¹, natomiast dodatkowe wymagania odnośnie do zamówień publicznych (*lex specialis*) wynikają z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego⁷². Przy sporządzaniu dokumentacji budowlanej trzeba uwzględnić w szczególności dyspozycje planu miejscowego

⁷⁰ Oficjalna nazwa umowy nie jest konieczna, można zastosować nazwę wywiedzioną z rodzaju zamówienia, byleby nie była myląca. W razie bowiem wątpliwości o kwalifikacji umowy przesądza nie nazwa nadana przez strony, lecz treść umowy. W preambule natomiast trzeba prawidłowo oznaczyć strony, w zgodzie z rzeczywistym określeniem tożsamości, a także ich reprezentację. Wskazanie daty zawarcia umowy w zamówieniach publicznych jest nieodzowne, lecz należy ją łączyć nie tyle z rozpoczęciem, ile z zakończeniem procesu podpisywania kontraktu.

⁷¹ Dz. U. 2012, poz. 462.

⁷² Dz. U. z 2013 r., poz. 1129.

zagospodarowania przestrzennego, a w jego braku – warunki określone na mocy indywidualnej decyzji ustalającej warunki zabudowy i zagospodarowania terenu, przepisy i normy techniczne oraz ustalenia dotyczące warunków posadowienia obiektu, zawarte w odpowiedniej opinii geologicznej⁷³. Stosownie do art. 648 § 2 kc wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja budowlana stanowi część składową umowy, nawet gdyby w samych warunkach umowy tego nie zastrzeżono. Oznacza to, że strony nie mogą postanowić o realizacji robót odbiegających w swej treści lub sposobie wykonania od dyspozycji zawartych w tej dokumentacji. Wyjątek dotyczy jednak nieistotnych odstępstw w rozumieniu art. 36a ust. 5 p. bud. Zatwierdzone urzędowo korekty w dokumentacji wymuszają zmianę umowy, w przeciwnym wypadku nie są wiążące dla wykonawcy⁷⁴. W razie sprzeczności pomiędzy postanowieniami umowy (np. zestawienia nakładów w kosztorysie) a dyspozycjami projektowymi, w praktyce pierwszeństwo przyznaje się warunkom wynikającym z dokumentacji budowlanej. Poza tym obowiązuje reguła interpretacyjna z art. 649 kc, że w razie wątpliwości wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Towarzysząca umowie dokumentacja pozwala ocenić ekwiwalentność świadczeń stron, a także prawidłowość wykonania zobowiązania, skoro w myśl definicyjnego art. 647 kc świadczenie wykonawcy polega na wydaniu zamawiającemu obiektu zrealizowanego zgodnie z projektem i zasadami rzetelnej wiedzy technicznej⁷⁵.

Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy to suma powinności wykonawcy, określonych wprost w umowie oraz towarzyszących jej załącznikach, a także wynikających z działających uzupełniająco przepisów prawa (art. 56 kc), norm technicznych, okoliczności towarzyszących transakcji i ustalonych zwyczajów. Chodzi zatem o powinności składające się na świadczenie niepieniężne w rozumieniu art. 140 ust. 1 Pzp (*lex specialis*), objęte treścią zobowiązania w ogólnym ujęciu art. 354 kc. Skoro przedmiot świadczenia niepieniężnego nazywa się przedmiotem zamówienia, przy jego opisie w ramach umownych obowiązków wykonawcy należy kierować się zasadami z art. 29–31 Pzp. Z obligacyjnego punktu widzenia liczy się przede wszystkim jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, aby z góry wiadomo było czego może żądać zamawiający od wykonawcy, pod rygorem roszczenia i powództwa sądowego. Ilościowe ujęcie przedmiotu musi być zamknięte (stosuje się mierniki liczbowe, a wielkości fizyczne wyraża się w jednostkach pomiarowych układu SI), wyjąwszy przypadek tzw. opcji ilościowej, polegającej na uwarunkowaniu wymagalności części świadczenia wykonawcy. Ujęcie jakościowe i funkcjonalne (wydajnościowe) powinno odzwierciedlać wszystkie istotne dla zamawiającego właściwości świadczenia zamawianego na potrzeby publiczne. Dlatego w razie trudności interpretacyjnych trzeba odwoływać się do celu zobowiązania i przeznaczenia zamawianego przedmiotu. W art. 140 Pzp chodzi o to, aby treść zobowiązania (przyrzeczenia) zawartego w ofercie determinowała zakres przedmiotowy świadczenia niepieniężnego objętego umową finalną, żeby umowa została zawarta na warunkach uprzednio złożonej oferty⁷⁶ (zob. dalej). Dlatego z zasady nie

⁷³ Por. rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalonych warunków posadowienia obiektów budowlanych (Dz. U., poz. 463).

⁷⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 18 lipca 2002 r. (IV CSK 1376/00), Lex nr 269745.

⁷⁵ Por. P. Drapała (w:) Kodeks cywilny, Komentarz, t. IV, Zobowiązania – część szczegółowa, Warszawa 2017, s. 805 i n.

⁷⁶ Por. J. Pieróg: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2016, s. 475–476, Paweł Granecki: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2015, s. 1161–1163.

proceedzi się żadnych pertraktacji, dotyczących oferty, ani też negocjacji dodatkowych w bezpośrednim związku z zawarciem umowy finalnej. Obowiązujący przejściowo art. 140 ust. 2 Pzp, dopuszczający nieistotne odstępstwa przedmiotowe w umowie finalnej względem treści uprzedniej oferty, został skreślony jako sprzeczny z europejskimi zasadami przejrzystości, równości i uczciwej konkurencji. W razie potrzeby już po zawarciu umowy można dokonać niezbędnych korekt zobowiązania wykonawcy w trybie zmiany umowy, z uwzględnieniem art. 144 Pzp. Według art. 140 ust. 3 Pzp umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w uprzednich warunkach zamówienia. W pierwszej kolejności powinno się odrzucić ofertę sprzeczną z warunkami zamówienia, a gdyby jednak doszło do zawarcia umowy wykraczającej poza opis przedmiotu zamówienia, podlega ona unieważnieniu nawet w całości, jeśli unieważnienie częściowe nie zapewni dostatecznej zgodności: warunki – umowa.

Termin wykonania zamówienia powinien być ustalony przez zamawiającego jako czas niezbędny do zrealizowania świadczenia niepieniężnego obciążającego wykonawcę (art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp). Przy dostawach jednokrotnych jest on na ogół krótki, ponieważ przygotowanie dostawy nie wchodzi w zakres zobowiązania wykonawcy. Polega ono zazwyczaj jedynie na przeniesieniu własności przedmiotu zamówienia i jego wydaniu, na co wystarcza chwila lub czas nieprzekraczający jednego dnia. Wyjątki dotyczą jednak dostaw sukcesywnych lub produkcji na zamówienie (art. 605 kc) bądź kontraktacji produktów rolnych (art. 613 kc). Zupełnie inaczej jest z robotami budowlanymi i większością usług, przy których zobowiązanie obejmuje cały proces czynnościowy, choćby przedmiotem odbioru był jedynie sam rezultat prac. Wykonawca staje się dłużnikiem już od początku, od momentu wymagalności czynności przygotowawczych, a zamawiającemu przysługuje prawo kontroli postępów prac. Stąd np. zamawiający może odstąpić od umowy o dzieło albo o roboty budowlane, jeśli wykonawca spóźni się z rozpoczęciem prac tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w umówionym czasie (art. 635 kc). Zamawiający wyznacza termin zamówienia jako rozmiar czasu niezbędnego wykonawcy, z uwzględnieniem charakteru zamawianego świadczenia. Nie powinien być on zbyt krótki (może jednak uzasadniać prowadzenie prac poza normalnym czasem pracy, a nawet w niedzielę lub święta), ponieważ w przeciwnym wypadku staje się przyczyną niepotrzebnego sporu co do odpowiedzialności za spóźnienie wykonawcy. Zgodnie z art. 110 i n. kc termin wykonania zamówienia liczy się w dniach, miesiącach, latach itd. Nadejście terminu przesądza o wymagalności świadczenia. Jego upływ na ogół nie powoduje wygaśnięcia zobowiązania, lecz co najwyżej dochodzi jedynie do stanu spóźnienia, w ramach którego świadczenie, jako wymagalne, nadal może być spełnione. Dopiero gdy zamawiający zdecyduje się na odstąpienie od umowy z powodu zwłoki – zobowiązanie wygasa. Zazwyczaj skuteczność umowy ustaje wraz z prawidłowym wykonaniem powinności stron, także w warunkach spóźnienia. W razie niewykonania zobowiązanie przekształca się w stosunek odszkodowawczy bądź inne zobowiązanie surogacyjne, także wymagające wykonania. Losy zobowiązań stron (niepieniężnego i pieniężnego) mogą jednak ułożyć się odmiennie. Wyróżnia się dwa rodzaje terminów: a) termin „chwila” lub „data” albo b) termin „okres”. W każdym wypadku chodzi o zdarzenie przyszłe i pewne. Ten drugi termin wyznacza się w dniach, tygodniach, miesiącach itd. Nie ma jednak przeszkód, aby rozpoczęcie biegu sztywnego terminu – okresu odpowiednio uwarunkować, np. od dnia podpisania umowy albo od dnia przekazania wykonawcy placu budowy. Obok

terminu wykonania zamówienia w umowie fakultatywnie określa się zazwyczaj także inne terminy, np. odbioru przedmiotu zamówienia, dokonania zapłaty, czy na podjęcie współdziałania z wykonawcą. Niekiedy też potrzeby zamawiającego wymagają stosownego „podziału” terminu wykonania zamówienia na mniejsze okresy czasu. W szczególności, ze względu na dopuszczenie możliwości odbioru przedmiotu w częściach stosuje się odpowiedni harmonogram albo gdy wymaga tego skuteczna kontrola stopnia zaawansowania prac. Poza tym w praktyce dopuszcza się stosunkowo często skrócenie terminu, wyznaczonego w warunkach zamówienia, tytułem kryterium oceny ofert przetargowych, jeśli z jakichś względów zamawiający jest zainteresowany przyspieszeniem realizacji zamówienia. Zamawiający tylko wyjątkowo może odstąpić od wyznaczenia terminu wykonania zamówienia, a mianowicie w odniesieniu do wskazanych w art. 143 ust. 1 Pzp zamówień o charakterze ciągłym, którym wolno nadać status zobowiązań bezterminowych, rozwiązywanych w drodze wypowiedzenia; na dostawy wody, gazu lub ciepła z sieci, świadczenie usług przesyłowych lub dystrybucyjnych energii elektrycznej lub gazu ziemnego, a także w zakresie licencji na oprogramowanie komputerowe. W obrocie powszechnym zaniechanie wskazania terminu wykonania zamówienia uzasadnia zastosowanie art. 455 kc (wymagalność świadczenia wynika z właściwości zobowiązania lub z wezwania dłużnika do jego wykonania), natomiast w odniesieniu do zamówień publicznych powinno stanowić przyczynę bezwzględnej nieważności całej umowy na podstawie art. 58 § 1 kc, skoro brak podstaw dla nieważności częściowej (pojedynczej klauzuli), w połączeniu z odpowiedzialnością osobistą urzędnika winnego zaniedbania. Z uwagi na nie w pełni jasne konsekwencje nasuwa się potrzeba rychłej interwencji legislacyjnej.

Brzmienie art. 142 ust. 1 Pzp, że „umowę zawiera się na czas oznaczony” – przyczynia się w praktyce do niepotrzebnych trudności. Nie chodzi tu przecież wyłącznie o umowy „na czas”, lecz jedynie o to, aby każda umowa o zamówienie publiczne wyposażona była we wskazanie terminu spełnienia świadczenia (art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp). Jest to zrozumiałe w obliczu celu zamówienia publicznego, jako instrumentu zapewniającego nieprzerwane zaspakajanie potrzeb publicznych. Generalny charakter dyspozycji zawartej w art. 142 ust. 1 Pzp sprzeciwia się natomiast odnoszeniu jej tylko do umów, w których czynnik czasu jest miernikiem ilości zamówionego świadczenia (np. najmu, leasingu, ubezpieczenia, obsługi bankowej itd.)⁷⁷, którego upływ przesądza o całkowitym spełnieniu świadczenia. Tymczasem w zamówieniach publicznych dominują umowy o świadczenia jednorazowe, a nie ciągłe, czy okresowe, dla których czynnik czasu łączy się jedynie z terminem wykonania, a nie z rozmiarem świadczenia. W ramach wyjątkowych świadczeń ciągłych – czas jest wyznacznikiem zarówno rozmiaru, jak i treści świadczenia. Polegają one bowiem na stałym zachowaniu się wykonawcy, choć nie musi ono utrzymywać się bez przerwy (np. dostawa elektryczności lub gazu, obsługa bankowa). Z kolei przy świadczeniach okresowych (periodycznie powtarzalnych) czynnik czasu przesądza dodatkowo o liczbie zamawianych świadczeń i w końcowym rezultacie wpływa na globalny rozmiar sumy świadczeń (np. przy odbiorze śmieci). Przedłużenie zaś ustalonego czasu trwania zobowiązania o świadczenie ciągłe lub okresowe prowadzi w istocie do rozszerzenia zakresu umowy albo udzielenia zamówienia dodatkowego, co stanowi kolejny argument przeciwko upatrywaniu w art. 142 ust. 1 Pzp generalnej pod-

⁷⁷ Por. T. Dybowski: A. Pyrzyńska: System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2006, s. 198.

stawy dla umów „na czas”. W razie spóźnienia wykonawcy z powodu okoliczności subiektywnych (zwłoki), zamawiający może żądać stosownej kary umownej lub odszkodowania bądź nawet odstąpić od umowy, chyba że spóźnienie powstało z powodu okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Przedłużenie upływającego terminu jest na ogół bezprzedmiotowe, trzeba natomiast zająć się prawidłowym rozliczeniem spóźnienia. Ustawa limituje czasowy zasięg zobowiązań o świadczenia okresowe lub ciągłe, który zasadniczo nie powinien przekraczać 4 lat (art. 142 ust. 2 Pzp). Katalog wyjątków jest zamknięty. Dopuszczane w kilku przypadkach wyraźnie wskazanych w art. 143 ust. 1 Pzp zamówienia na czas nieoznaczony, pomimo że są umowami zobowiązującymi do świadczeń o charakterze ciągłym, także muszą mieć swój koniec, nie mogą trwać wiecznie. Według art. 365¹ kc zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym wygasa po wypowiedzeniu przez wykonawcę lub zamawiającego z zachowaniem terminów umownych, ustawowych bądź zwyczajowych, a w razie braku takich – niezwłocznie po wypowiedzeniu.

Wynagrodzenie ryczałtowe albo kosztorysowe to dwie formy należnego wykonawcy wynagrodzenia za usługi lub roboty budowlane. Można też zastosować obie formy łącznie, jednak w odniesieniu do wyodrębnionych części świadczenia wykonawcy. Dopuszczalne w obrocie powszechnym, w myśl art. 628 kc, zaniechanie określenia wynagrodzenia z góry w umowie z odroczeniem jego ustalenia na czas realizacji świadczenia niepieniężnego (w oparciu o przyjęte wcześniej podstawy obliczenia), jest wykluczone w zamówieniach publicznych. Przy kształtowaniu wynagrodzenia w umowie o roboty budowlane stosuje się odpowiednio przepisy o wynagrodzeniu przy umowie o dzieło z uwagi na bliskie podobieństwo obu umów, tym bardziej, że brak wyraźnego unormowania tej kwestii w kodeksie spowodowany został tym, że w przeszłości problematyka wynagrodzenia budowlanego objęta była przepisami odrębnymi⁷⁸. Kalkulacja ceny (czynszu, opłaty) za dostawę jest prosta. Wystarczy ogólny przepis, że odbywa się stosownie do ustalonego przez zamawiającego, z góry w warunkach zamówienia, „sposobu obliczenia ceny”. Wysokość ceny ofertowej przesądza zaś o cenie wskazanej w umowie. Rygory zasady nominalizmu usprawiedliwiają jednak niekiedy zastrzeżenia klauzuli indeksacyjnej, zapewniającej automatyczne dostosowanie wysokości ceny do zmieniających się okoliczności albo klauzuli adaptacyjnej upoważniającej do żądania zmiany umowy w zakresie wysokości ceny. Nie ma większych różnic pomiędzy sposobem kalkulowania wynagrodzenia kosztorysowego a ryczałtowego za usługi lub roboty budowlane. Pierwsze ustala się na podstawie kosztorysu ofertowego, natomiast drugie stanowi wynik kalkulacji ryczałtowej, w obu przypadkach z uwzględnieniem „sposobu obliczenia ceny”, ustalonego z góry w warunkach zamówienia⁷⁹. Chybiony jest zatem, spotykany niekiedy w praktyce pogląd, o jedynie orientacyjnym charakterze ryczałtu⁸⁰. Oba

⁷⁸ Więcej R. Szostak: Umowy o roboty budowlane z perspektywy nowego kodeksu cywilnego [w:] Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań, red. E. Gniewek, K. Górski, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 439–440. O odpowiednim stosowaniu przepisów art. 629–632 kc do umowy o roboty budowlane zob. zwłaszcza uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r. (III CZP 41/09), OSNC 2010, Nr 3, poz. 33. z glosą U. Walasek-Walczak, PZP 2010, Nr 4, s. 90 i n.

⁷⁹ Por. R. Szostak: Wynagrodzenie za roboty budowlane, ZP-D 2007, Nr 2, s.... oraz P. Drapała: Kodeks cywilny... op. cit., s. 671 i n.

⁸⁰ Wynika on być może z kodeksowej reguły z art. 629 kc, „że wynagrodzenie kosztorysowe określa się na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów”, natomiast kodeks nie wspomina o tym, jak kalkuluje się wynagrodzenie ryczałtowe. W obrocie powszechnym nie ma to większego znaczenia wobec niezmienności ryczałtu. W zamówieniach publicznych uwzględni się ekwiwalentność świadczeń.

rodzaje kalkulacji powinny być sporządzone starannie, a w razie potrzeby (np. w związku z weryfikacją rażąco niskiej ceny) zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do szczegółowego wyjaśnienia wątpliwych pozycji w zestawieniu przewidywanych kosztów. Zasadnicze różnice ujawniają się dopiero po zawarciu umowy. Dotyczą bowiem możliwego korygowania umówionego wynagrodzenia. Wynagrodzenie kosztorysowe jest bardziej elastyczne, ponieważ może być zmieniane, choć nie całkiem dowolnie, lecz z uwzględnieniem zasady ekwiwalentności świadczeń stron. Wynagrodzenie ryczałtowe jest natomiast sztywne, nie wolno zwłaszcza podwyższać jego wysokości, nie tylko w razie zmiany siły nabywczej pieniądza, lecz także w wypadku konieczności poniesienia nieprzewidzianych kosztów. Podstawowy w tej kwestii art. 632 kc wyklucza zmianę umówionego ryczałtu, nawet gdy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Przy ryczałcie traci nieco na znaczeniu pojęcie „prac dodatkowych”, skoro wykonawca powinien zrealizować wszystkie prace niezbędne do osiągnięcia umówionego zakresu zamówienia bez oglądania się na podwyżkę wynagrodzenia. Prace dodatkowe wykraczające poza zakres umowy podlegają – rzecz jasna – dodatkowej zapłacie⁸¹, na podstawie zmiany umowy albo zamówienia dodatkowego. Z drugiej strony, jeśli wykonawca nie wykonał części prac (np. z powodu rozwiązania umowy), wysokość ryczałtu podlega proporcjonalnemu obniżeniu⁸². W rezultacie wykluczona jest także jakakolwiek indeksacja wynagrodzenia ryczałtowego, skoro ryczałtu nie wolno zmienić nawet wtedy, gdy nie można było przewidzieć rozmiarów ani kosztów prac.

Ryczałt pociąga zatem ryzyko dla obu stron⁸³, w tym również dla zamawiającego, gdyż może się okazać, że nawet oszczędności osiągnięte w trakcie realizacji zamówienia nie pozwalają na obniżkę ryczałtu. W polskiej praktyce zamawiający preferują – niestety – formę wynagrodzenia ryczałtowego, zazwyczaj z obawy przed wzrostem rzeczywistych kosztów zamówienia spowodowanych błędami w jego opisie. W zakresie zamówień budowlanych swoją plagą stały się nagminne usterki w dokumentacji projektowej uzasadniające zbyt częste zamówienia dodatkowe. Formuła wynagrodzenia ryczałtowego pozwala na ograniczenie ich liczby oraz na przerzucenie kosztów niezbędnych korekt na wykonawcę, który z kolei zmuszony zostaje do poszukiwania nie całkiem zasadnych oszczędności, co w ostatecznym rozrachunku godzi w interesy publiczne. Jedynie wyraźne poszerzenie zakresu rzeczowego zamówień uzasadnia udzielenie zamówienia dodatkowego. Poprawę sytuacji należy łączyć z koniecznym zdyscyplinowaniem zamówień na prace projektowe, a zwłaszcza z zaostreniem odpowiedzialności projektanta z tytułu kar umownych, egzekwowaniem odpowiedzialności za szkody wywołane wadami projektu, staranym odbiorem jakościowym przedłożonej zamawiającemu dokumentacji itd. Z kolei bardziej sprawiedliwe wynagrodzenie kosztorysowe wymaga weryfikacji w związku z odbiorem przedmiotu co do rzeczywistych kosztów prac. Za nakłady nieponiesione wynagrodzenie podlega obniżeniu, bez potrzeby zmiany umowy, co wynika z zasady ekwiwalentności ze świadczeń. Za wszelkie zaś czynności i inne nakłady dodatkowe, nawet gdy nie

⁸¹ Według art. 629 kc, wynagrodzenie kosztorysowe określa się na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów, natomiast kodeks nie wspomina o tym, jak kalkuluje się wynagrodzenie ryczałtowe. W obrocie powszechnym nie ma to większego znaczenia wobec niezmienności ryczałtu. W zamówieniach publicznych ocenia się ekwiwalentność świadczeń.

⁸² Por. wyrok Sądu Najwyższego z 29 stycznia 1985 r. (II CR 494/84), LEX nr 8674 oraz z 25 marca 2015 r. (II CSK 389/14) LEX nr 1657595.

⁸³ Więcej o tym R. Szostak: Wynagrodzenie za roboty... op. cit., s. ... oraz P. Drapała: Kodeks cywilny... op. cit., s. 682–685.

prowadzą do zwiększenia zakresu przedmiotowego zamówienia, należy się wynagrodzenie uzupełniające na podstawie art. 630 kc, jednak pod warunkiem uzyskania uprzedniej zgody zamawiającego⁸⁴. Naturalną cechą wynagrodzenia kosztorysowego jest możliwość jego indeksacji, nawet przy łącznym zastosowaniu wielu wskaźników w odniesieniu do poszczególnych jego składników.

Indeksacja wynagrodzenia kosztorysowego z umowy długoterminowej przy zastosowaniu zobiektywizowanego wskaźnika (inflacyjnego, zmian cen rynkowych, cennika osoby trzeciej itd.) zapewnia racjonalne rozłożenie ryzyka zmiany siły nabywczej pieniądza pomiędzy obie strony. Do korekty wynagrodzenia może dojść na dwa sposoby. Pierwszy polega na automatycznej zmianie wysokości kwoty na podstawie pierwotnej woli stron, odpowiednio uwarunkowanej. Wprawdzie każdy z kontrahentów może notyfikować drugiemu (deklaratywnie) rozmiar zmiany wynagrodzenia, lecz akceptacja nie jest konieczna. Drugi sposób korekty wynagrodzenia sprowadza się do zmiany umowy na podstawie klauzuli określającej przesłanki renegocjacji wynagrodzenia. Z pierwszym sposobem łączy się większe niebezpieczeństwo braku pokrycia finansowego po stronie zamawiającego, stąd przewaga zainteresowania praktycznego drugim sposobem. W obu przypadkach zamawiający może zastrzec maksymalny pułap wzrostu wynagrodzenia. Wprawdzie w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego indeksacja jest wykluczona, lecz w drodze wyjątku dopuszcza się ingerencję sądową. Zgodnie bowiem z art. 632 § 2 kc jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła lub robót budowlanych groziłoby wykonawcy rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Przepis ten stanowi *lex specialis* względem art. 357¹ kc dotyczącego klauzuli *rebus sic stantibus* (zob. dalej). Liczy się tylko zmiana w szerszym układzie (stosunków), a nie w jednostkowym położeniu strony, zwłaszcza wykonawcy (np. pożar zakładu, skażenie terenu), czy też w indywidualnych relacjach między stronami umowy (np. gwałtowny spadek potrzeb zaopatrzeniowych). Wprawdzie zmiana stosunków nie musi być nadzwyczajna, lecz liczy się tylko zmiana niespodziewana, nie dająca się przewidzieć w normalnych okolicznościach (obiektywnie), a nie taka, której akurat strony konkretnej umowy nie mogły przewidzieć. Przesłanka nieprzewidywalności powinna być zatem zobiektywizowana i odnoszona do większej skali skutków gospodarczych zmiany okoliczności⁸⁵. Przykładowo w orzecznictwie za zmiany uzasadniające zastosowanie art. 632 § 2 kc uznano zaskakującą podwyżkę podatku VAT oraz gwałtowny wzrost cen na materiały budowlane⁸⁶, natomiast wykluczono utratę możliwości dofinansowania indywidualnej inwestycji budowlanej⁸⁷. W zakresie natomiast przesłanki „groźby rażącej straty” liczy się wyłącznie strata transakcyjna związana z oznaczoną umową, a nie z całą działalnością przedsiębiorcy⁸⁸, której skala pozwala uznać ją za znaczną, mierzoną nadwyżką kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia nad wynagrodzeniem należ-

⁸⁴ Por. P. Drapała: Kodeks cywilny... op. cit., s. 675 i n., wraz z powołanym tam orzecznictwem.

⁸⁵ Por. zwłaszcza P. Drapała: op. cit., s. 686–687 oraz powołane tam wyroki Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2012 r. (V CSK 366/11), LEX nr 1231630 i z 29 października 2015 r. (I CSK 901/14), LEX nr 1818856.

⁸⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r. (III CSK 184/08) z glosą R. Szostaka ST 2009, Nr 2, s. 76.

⁸⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 12 kwietnia 2013 r. (IV CSK 568/12), OSNC ZD 2014, Nr A, poz. 18.

⁸⁸ Ogólne pogorszenie kondycji finansowej przedsiębiorstwa nie ma znaczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z 18 września 1998 r., III CKN 621/97, OSP 1999, Nr 1, poz. 9), Podobnie jak niebezpieczeństwo upadłości (por. wyrok Sądu Najwyższego z 3 czerwca 2015 r. V CSK 589/14), LEX nr 1766009.

nym wykonawcy⁸⁹, a zatem groźba utraty samego zysku transakcyjnego nie będzie wystarczająca. Zastosowanie art. 632 § 2 kc następuje w drodze powództwa o ukształtowanie stosunku prawnego. Można z nim wystąpić zarówno przed ukończeniem dzieła lub robót, jak i po ich wykonaniu⁹⁰. Nie jest jednak dopuszczalne żądanie podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, jeżeli do zmiany stosunków doszło w okresie, w którym wykonawca zamówienia pozostawał w zwłoce z jego ukończeniem⁹¹. Na mocy konstytucyjnego wyroku sąd może podwyższyć ryczałt albo rozwiązać umowę, uwalniając wykonawcę od nieopłacalnej transakcji.

Zastrzeżenie kary umownej w umowie o zamówienie publiczne (art. 483 kc) odgrywa dużą rolę praktyczną, gdy zachodzi potrzeba zdyscyplinowania wykonawcy w kierunku realnego wykonania zobowiązania⁹², bardziej doniosłego z punktu widzenia zaspokojenia potrzeb publicznych. Liczą się tu przede wszystkim funkcje oraz uproszczone przesłanki dochodzenia kary, stanowiącej w istocie ryczałt odszkodowawczy. Tak jak w obrocie powszechnym, na pierwszym planie występuje funkcja kompensacyjna kary umownej⁹³. Jako surogat odszkodowania, kara w pierwszej kolejności służy bowiem naprawieniu ewentualnej szkody, choć nie zależy od jej zaistnienia, ani tym bardziej od wysokości⁹⁴. Ułatwia wyrównanie wszelkich uszczerbków, ponieważ „ucina” dyskusję co do wysokości pretensji, wchodząc w status ryczałtu odszkodowawczego (dodatkowa funkcja symplifikacyjna)⁹⁵. Zgodnie bowiem z kodeksem, w razie zaistnienia uchybienia, objętego zastrzeżeniem, kara umowna należy się wierzycielowi w ustalonej na ten wypadek kwocie, bez względu na rzeczywistą wysokość poniesionej szkody. Zastrzeżenie kary nie stanowi odstępnego, ponieważ dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się ze zobowiązania przez zapłatę kary umownej. W zamówieniach publicznych równie doniosła jest funkcja stymulacyjno-prewencyjna kary umownej, skoro mobilizuje ona wykonawcę do realnego wykonania przyrzeczonego świadczenia. Wprawdzie kary umowne zastrzega się zazwyczaj przeciwko wykonawcy zamówienia, jednak nie wyklucza się kary przeciwko zamawiającemu, zwłaszcza z tytułu zaniedbania należytego współdziałania z wykonawcą. Współdziałanie wierzyciela z dłużnikiem bywa niekiedy tak doniosłe (np. w odniesieniu do robót budowlanych liczy się wydanie tzw. placu budowy, dostarczenie niezbędnej dokumentacji, uprzedzenie o ewentualnych zagrożeniach itd.), że jego zaniechanie może nawet unie-

⁸⁹ Por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 18 września 1998 r. powołany w przypisie poprzednim, z 15 listopada 2006 r. (V CSK 251/06), „Biuletyn Sądu Najwyższego Izba Cywilna” 2007, Nr 12, s. 44 oraz powołany wyżej wyrok z 20 listopada 2008 r.

⁹⁰ Tak zwłaszcza P. Drapała: Kodeks cywilny... op. cit., s. 690. Por. też wyroki Sądu Najwyższego z 29 marca 2012 r. (I CSK 333/11) LEX nr 1214634 oraz z 3 czerwca 2015 r. powołany w przypisie 89.

⁹¹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 9 marca 1990 r. (IV CR 867/89), OSNC 1991, Nr 5–6, poz. 76.

⁹² R. Longchamps de Berier Zobowiązania (oprac. J. Górski), Poznań 1948, s. 187 i n., J. Szwaja: Kara umowna według kodeksu cywilnego, Warszawa 1967, s. 15 i n., J. Dąbrowa System prawa cywilnego t. III/1, Ossolineum 1981, s. 826 i n., J. Jastrzębski: Kara umowna, Warszawa 2006, s. 72 i n., P. Drapała [w:] System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 955 i n., R. Adamus: Kara umowna w umowie o zamówienie publiczne, PZP 2015, Nr 3, s. 3 i n. oraz M. Lemkowski (w:) Kodeks cywilny, t. II, Komentarz (art. 450–1088), red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 102 i n.

⁹³ Por. P. Drapała: System..., op. cit., s. 957, R. Adamus: op. cit., s. 3–4.

⁹⁴ Tak zwłaszcza J. Szwaja: Kara umowna... op. cit., s. 89–90, P. Drapała: System..., op. cit., s. 963–964 oraz R. Adamus: op. cit., s. 7, a także wyroki SN z 2 czerwca 1970 r. (II CR 176/221/70 OSNCP 1970 Nr 11, poz. 214, z 14 lipca 1976 r. (I CR-221/76), OSNCP 1977, Nr 4, poz. 76 i uchwałę SN (7) z 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03), OSP 2004, Nr 9, poz. 115 z aprobującą glosą J. Jastrzębskiego.

⁹⁵ Por. P. Drapała: System..., op. cit., s. 957 oraz R. Adamus: op. cit., s. 4.

możliwić spełnienie świadczenia przez dłużnika – wykonawcę. Ponadto w celu większego zdyscyplinowania procesu wykonania zamówienia, przede wszystkim na usługi lub roboty budowlane, nieodzowna może okazać się funkcja represyjna, która jednak ujawnia się dopiero wtedy, gdy stawka kary przekracza znacznie rozmiar potencjalnego odszkodowania, choć nie zawsze jest to konieczne. Kara umowna opiewa na określoną kwotowo lub procentowo sumę pieniężną i zastrzeżona może być tylko na wypadek uchybienia powinności spełnienia świadczenia niepieniężnego (rzecowego), czyli wykluczona jest całkowicie co do zobowiązania pieniężnego, do którego odnoszą się mogą odsetki. Obwarowanie zobowiązania niepieniężnego karą umowną ma na celu przede wszystkim zwiększenie pewności jego wykonania oraz ułatwienie naprawienia szkody powstałej w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem. W szczególności spotyka się kary za wadliwe wykonywanie usługi (robót), dopuszczenie podwykonawcy bez zgody zamawiającego, za zwłokę w spełnieniu świadczenia, zaniechanie niezbędnych ostrzeżeń lub powiadomień oraz za skierowanie do odbioru przedmiotu w stanie niekompletnym (z brakami ilościowymi) lub z wadami. W jednej umowie zastrzec można kilka kar z różnych tytułów, za konkretne uchybienia z zakresu powinności dłużnika, w tym nawet co do sposobu prawidłowego wykonania zobowiązania (np. za wady przedmiotu, niewłaściwe opakowanie lub za spóźnienie w spełnieniu świadczenia niepieniężnego).

Stawki kar umownych kalkulować należy według spodziewanych następstw majątkowych potencjalnych uchybień, gdyż w przeciwnym wypadku stają się często przyczyną niepotrzebnych sporów albo trudności przy ich miarkowaniu (zob. rozdz. VII.3). Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej sprawia, że zobowiązany do jej zapłaty może bronić się – podobnie jak każdy dłużnik odpowiadający za szkodę na zasadach ogólnych – zarzutem, iż uchybienie w realizacji zobowiązania niepieniężnego było następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialność (np. siły wyższej, czy zachowania osób trzecich). Wprawdzie wysokość kary odrywa się od rozmiarów szkody, jednak wierzyciel popada w trudną sytuację, jeśli uprzednio zastrzeżona stawka kary nie wystarcza na rzeczywiste wyrównanie wszystkich uszczerbków majątkowych. Według kodeksu żądanie odszkodowania przenoszące wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne (tzw. kara wyłączna), chyba że strony inaczej postanowiły. Odmienne postanowienie umowy jest pożądane w szczególności, gdy strony zastrzegając karę niezbyt dokładnie oszacowały jej wysokość względem spodziewanych następstw uchybienia objętego zastrzeżeniem. Najczęściej karze przypisuje się wtedy charakter zaliczalny, co wyraża się możliwością domagania się obok zapłaty kary także odszkodowania uzupełniającego, celem całkowitej kompensaty szkody. Nie ma też przeszkód, aby strony nadały karze charakter alternatywny, przyznając wierzycielowi prawo wyboru, w ramach którego może on żądać zapłaty kary albo – po jej zrzeczeniu się – odszkodowania na zasadach ogólnych. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej (tzw. miarkowanie kary); to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (np. gdy szkoda wierzyciela jest znikoma). W razie sporu wysokość kary miarkuje sąd. Stronom zaś nie wolno z góry w umowie wyłączyć tej możliwości z uwagi na jej imperatywne unormowanie (zob. szczegółowo dalej).

Zaostrzenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady przedmiotu zamówienia dotyczy najczęściej zakresu uprawnień lub terminu rękojmi. Zgodnie bowiem z art. 558 § 1 kc strony mogą w umowie odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Jednakże z uwagi na obowiązek zachowania zasad prawidłowej gospodarki w za-

rzządzaniu mieniem publicznym, a także powinność dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu, wyklucza się możliwość złagodzenia odpowiedzialności z rękojmi za wady, natomiast nie ma żadnych przeszkód do jej zaostżenia. Surowy charakter odpowiedzialności absolutnej sprawia, że dalsze zaostżenie przesłanek odpowiedzialności jest bezprzedmiotowe. W praktyce sporadycznie spotkać można rozszerzenie uprawnień zamawiającego (np. o możliwość żądania refundacji kosztów naprawy wadliwego przedmiotu), częściej zaś dochodzi do przedłużenia ustawowego okresu rękojmi, który obecnie wynosi 2 lata, a w przypadku wad nieruchomości i ich budowlanych przynależności – 5 lat (zob. szczegółowo dalej). Wydłużenie natomiast całkowitego okresu odpowiedzialności wykonawcy za wady fizyczne przedmiotu poprzez żądanie od zamawiającego udzielenia dodatkowej gwarancji jakości (art. 577 kc) jest przyczyną licznych nieporozumień w praktyce. Po pierwsze, gwarancja jest dobrowolna, uzasadnia jedynie odpowiedzialność dodatkową za wady fizyczne przedmiotu i od dawna (1996 r.) nie ma już pierwszeństwa przed rękojmią, a terminy obu form odpowiedzialności biegną równolegle, począwszy od wydania przedmiotu do użytku. Stąd gwarancja nabiera większego znaczenia, jeśli „przewyższa” rękojmię. Po drugie, z uwagi na promocyjną funkcję gwarancji, dominuje w obrocie gwarancja producenta (importera) a nie wykonawcy powiązanego bezpośrednio umową z zamawiającym, który co najwyżej przenosi cudze oświadczenie gwarancyjne, które nie stanowi nawet ubocznego składnika umowy o zamówienie publiczne. Nawet jeśli wyjątkowo gwarancji udziela dostawca (wykonawca) przedmiotu na rzecz zamawiającego, konieczne jest wystawienie odrębnego oświadczenia gwarancyjnego, oderwanego od umowy podstawowej na ogół dopiero w chwili wydania zamówionego przedmiotu. Poza tym, ze względu na zakres uprawnień i ustawowy charakter, rękojmia uzasadnia odpowiedzialność surowszą, niż gwarancja. W rezultacie w celu wydłużenia ogólnej odpowiedzialności za wady przedmiotu zamawiający powinien być zainteresowany stosowną prolongatą terminu rękojmi, a z udzielonej mu dobrowolnie gwarancji korzystać, gdy in casu jest dla niego dogodne, np. ze względu na szybki i profesjonalny serwis gwarancyjny. Skreślenie w 2009 r. przepisu art. 147 ust. 2 zd. 2 Pzp dopuszczającego wyraźnie możliwość żądania zabezpieczenia roszczeń gwarancyjnych, ukierunkowanych zazwyczaj nie przeciwko wykonawcy, lecz osobie trzeciej, uzasadnia dodatkowo pogląd, że żądanie w warunkach zamówienia, a potem w umowie finalnej, udzielenia gwarancji jakości staje się bezprzedmiotowe.

Przyrzeczenie udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia publicznego należy do doniosłych praktycznie zastrzeżeń dodatkowych w umowie o zamówienie publiczne, choć samo udzielenie zaliczki wymaga odrębnej umowy. Zgodnie z art. 151a ust. 1 Pzp zamawiający może zaliczkować wykonawcę, jeśli przewidział to uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu lub w warunkach zamówienia (zasada równości i przejrzystości). Tylko wyjątkowo zaliczkowanie wykonawcy jest wykluczone, jeżeli został on wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Nie dotyczy to jednak zamówień z zakresu obronności i bezpieczeństwa, udzielanych przez polskie placówki zagraniczne, a także udzielanych przez państwowe lub samorządowe osoby prawne nie należące do sektora finansów publicznych. Te ostatnie wolne są także od przestrzegania ustawowych limitów zaliczkowych oraz form zabezpieczenia zwrotu zaliczki (por. art. 151a ust. 8 Pzp). Dopuszczalna jest wszakże tylko zaliczka „na poczet wykonania zamówienia”, czyli na sfinansowanie kosztów jego realizacji i to niekoniecznie wszystkich (celowy charakter

zaliczki)⁹⁶. Inne przeznaczenie zaliczki jest wykluczone. Z założenia bowiem zaliczka ma ułatwić wykonawcy realizację zamówienia, przez stworzenie mu bieżącego dostępu do niezbędnych środków finansowych, a ponieważ z zasady nie jest oprocentowana, przyczynia się wydatnie do zwiększenia konkurencyjności (otwartości) postępowania o udzielenie zamówienia, nie wspominając o pomniejszeniu kosztów jego realizacji, skoro odpadają koszty alternatywnego kredytu obrotowego. W szczególności zaliczki powinno się udzielać na realizację zamówień budowlanych pochłaniających znaczne nakłady, a także innych zamówień większej wartości, zwłaszcza finansowanych ze środków europejskich, z których zamawiający mogą korzystać zawczasu, także w trybie zaliczkowym, a nie dopiero w związku z zapłatą za wykonane zamówienie publiczne. Niewiele większe nakłady biurokratyczne związane z rozliczaniem i zabezpieczaniem zaliczkowego dostępu wykonawcy, przede wszystkim do środków europejskich, są rekompensowane z nadwyżką oczywistymi korzyściami. Niestety zainteresowanie zamawiających zaliczkowaniem wykonawców spada drastycznie w ostatnich latach, choć nigdy po 2004 r. nie było dostateczne. Przykładowo w 2013 r. zaliczkowano 0,8% wykonawców (ponad 1% robót budowlanych), w 2015 r. odpowiednio 0,6%, a w 2016 r. już tylko 0,5% (0,85%). Jako przyczyny tego stanu wskazać trzeba brak wiedzy i doświadczenia po stronie urzędników reprezentujących instytucje zamawiające, a także rozmaite obawy (zazwyczaj niesłuszne), zwłaszcza co do trudności rozliczeniowych i niebezpieczeństwa wyłudzenia zaliczki. Niezbędna jest zatem dalsza promocja zaliczki i upowszechnianie dobrych praktyk w tym zakresie (szczegółowo o wykonaniu zaliczki zob. dalej).

Od zadatku w ujęciu art. 394 kc zaliczka różni się istotnie, przede wszystkim tym, że zadatek usprawnia odpowiedzialność odszkodowawczą za niewykonanie zobowiązania, pełniąc funkcję zryczałtowanego odszkodowania⁹⁷. W razie bowiem braku odmiennego zastrzeżenia umownego lub zwyczaju, jeżeli umowa nie została wykonana przez jedną ze stron, druga strona może bez wyznaczania terminu dodatkowego umowy odstąpić i otrzymany zadatek zachować, a jeżeli sama go dała, może żądać sumy dwukrotnie wyższej. W razie zaś wykonania umowy zadatek ulega zaliczeniu na poczet świadczenia strony, która go dała; jeżeli jednak zaliczenie nie jest możliwe, zadatek ulega zwrotowi. W tym wypadku więc zadatek spełnia rolę zaliczki. W zamówieniach publicznych wprawdzie zadatek nie został wykluczony, jednak nie odgrywa większej roli praktycznej.

Zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne jest zasadniczo wykluczone, co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, pozostaje w sprzeczności z zasadą realnego wykonania zamówienia publicznego, wzmocnioną publicznoprawnym obowiązkiem dochodzenia roszczeń; zamawiającemu nie wolno godzić się na klauzulę prawa odstąpienia przysługującego wykonawcy, ani zastrzegać na swoją rzecz prawa do przedwczesnego rozwiązania umowy o zamówienie, które ze względu na potrzeby zbiorowe powinno być do końca wykonane (zob. dalej). Po drugie, przepisy kodeksu cywilnego, a także prawa zamówień publicznych (w ślad za dyrektywami) limitują przypadki tzw. ustawowego prawa do odstąpienia od umowy, które z punktu widzenia interesów obu stron uznaje się za wystarczające.

⁹⁶ Więcej R. Szostak: Zaliczka na poczet kosztów wykonania zamówienia, PZP 2009, Nr 4, s. 63 i n.

⁹⁷ Więcej o zadatku Cz. Żuławska: Kodeks cywilny, Komentarz, Zobowiązania t. III/1, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 243 i n.

Zastrzeżenie warunku zaistnienia określonych skutków prawnych, ich zmiany lub ustania w ramach zobowiązania umownego, uzależnionego od zdarzenia przyszłego niepewnego (art. 89 kc), związanego z działaniem sił przyrody, czy też funkcjonowaniem zjawisk społeczno-gospodarczych (np. uzależnienie skutków umowy od uzyskania zezwolenia administracyjnego), nie jest wprawdzie zakazane w zamówieniach publicznych, lecz z naturalnych względów zastrzegane bywa sporadycznie, dominują bowiem umowy bezwarunkowe. Częściej zaś operuje się warunkami w postaci przesłanek dochodzenia określonych uprawnień (wymagalności obowiązków), jak np. z tytułu kary umownej, rękojmi za wady, gwarancji jakości, udzielenia zaliczki it.d., które w granicach ustawy mogą być modyfikowane przez strony. Warunek *sensu stricto* może być zawieszający, jeśli uzależnia powstanie (zmianę) skutków umowy od zdarzenia przyszłego niepewnego albo rozwiązujący, jeśli w wyniku ziszczenia się warunku przewidziane skutki ustają. Gdyby warunek zawieszający okazał się niemożliwy albo przeciwny ustawie cała umowa staje się nieważna, natomiast warunek rozwiązujący uznaje się w takiej sytuacji za niezastrzeżony. Warunkowo uprawniony może podejmować wszelkie czynności zmierzające do zachowania prawa, druga strona zaś powinna być lojalna i nie przeszkadzać w ziszczeniu się warunku⁹⁸.

2. Konkurencyjne sposoby udzielania zamówień publicznych

Zakaz transakcji bezpośredniej, z pominięciem nakazanej procedury udzielenia zamówienia, znany był już w starożytności. W szczególności w starożytnym Rzymie udzielanie zamówień zaopatrzeniowych poprzedzono licytacją (odwroconą) albo co najmniej sondażowym rozeznaniem rynku, w celu zweryfikowania wiarygodności potencjalnego wykonawcy oraz ustalenia korzystnych warunków transakcji⁹⁹. Przy zamawianiu bardziej skomplikowanych usług lub robót budowlanych kierowano się wskazaniem cechowym. Organizacje zrzeszające rzemieślników zobowiązane były na wezwanie urzędnika reprezentującego skarb państwa lub samorząd, do wydelegowania – w celu objęcia zamówienia – najlepszego mistrza w zawodzie¹⁰⁰. Najważniejszych zamówień, zwłaszcza budowlanych, udzielali obdarzeni najwyższym stopniem zaufania cenzorzy, odpowiedzialni za realizację dochodów i wydatków budżetowych. Sporządzanie projektów architektoniczno-budowlanych powierzano wybitnym architektom (budowniczym), wyłanianym w trybie konkursowym, którym dodatkowo zlecano także kierownictwo i nadzór nad budową¹⁰¹. W ramach troski o zapewnienie dostatecznej efektywności zamówienia publicznego liczyła się wiarygodność wykonawcy (rzeczywiście zdolnego do należytego wykonania zamawianego świadczenia) oraz optymalne warunki kontraktu opartego na zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Niezbędną osłonę dowodową zapewniał wymóg formy pisemnej umowy finalnej oraz rejestracja wydatków na zamówienia publiczne. W średniowieczu reaktywowanie procedur poprzedzających udzielanie zamówień królewskich, a potem skarbowych i samorządowych następowało wraz z recepcją prawa rzymskiego. W Italii początki renesansu w prawie i administracji sięgają IX w. Następne były terytoria francuskie i anglosaskie,

⁹⁸ Więcej Z. Radwański: Prawo cywilne... op. cit., Warszawa 2007, s. 285–287.

⁹⁹ Por. zwłaszcza R. Szostak: Zamówienia publiczne w starożytności... op. cit., s. 9–10, a także S. Kuchnio: Początki zamówień publicznych w starożytności, PZP 2016, Nr 2, s. 72 i n.

¹⁰⁰ Por. R. Szostak: Zamówienia publiczne w starożytności... op. cit., s. 11.

¹⁰¹ Tamże, s. 10.

a potem kraje niemieckie oraz państwa środkowoeuropejskie. Przez parę wieków nie dopracowano się niczego nowego. Przetarg pisemny, wywodzący się z tzw. licytacji zamkniętych ofert, pojawił się dopiero u schyłku XVIII w., upowszechnił się w kolejnym stuleciu, jako remedium na niedostatki licytacji¹⁰². Obecnie obowiązek zastosowania przetargowego lub negocjacyjno – przetargowego sposobu wyłonienia wiarygodnego wykonawcy, oferującego najkorzystniejsze warunki umowy o zamówienie publiczne, funkcjonuje w całej Europie. Niezbędne wyjątki limituje się ustawowo. Przy zamawianiu zaś twórczych prac projektowych i innych dzieł z zakresu własności intelektualnej powszechnie stosuje się konkursowy tryb ustalenia najlepszego twórcy. Przetargowe sposoby tu zawodzą, z uwagi na brak możliwości porównania ofert na przyszłe dzieło o charakterze twórczym.

Zakaz transakcji bezpośredniej, w połączeniu z obowiązkiem zastosowania procedury konkurencyjnej, wynika obecnie z art. 7 ust. 3 Pzp, według którego zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Przepis ten nie jest sformułowany szczęśliwie z punktu widzenia trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wolnego od ustawowo normowanego „wyboru wykonawcy”. Sytuację wyjaśnia art. 10 ust. 2 Pzp, ustalający zamknięty katalog pozaprzetargowych procedur udzielania zamówień publicznych, pośród których wymienia tryb z wolnej ręki. Przetarg nieograniczony, a także ograniczony (redukcyjny), są procedurami podstawowymi, w tym sensie, że można je zastosować swobodnie, ponieważ nie zostały obwarowane żadnymi przesłankami dopuszczalności. Wszystkie zaś pozostałe procedury, wymienione w art. 10 ust. 2 Pzp (nazywane w uproszczeniu negocjacyjno-przetargowymi), w tym licytacja elektroniczna oraz tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jako wyjątkowe mogą być stosowane tylko w przypadkach określonych w ustawie. Naruszenie przesłanek ich dopuszczalności jest sankcjonowane, w niektórych przypadkach aktualna bywa jeszcze dodatkowo sankcja cywilnoprawna w postaci unieważnienia umowy finalnej¹⁰³. Transakcja bezpośrednia zawarta na ogólnych zasadach kodeksu cywilnego jest możliwa jedynie w zakresie zamówień wyłączonych z reżimu prawa zamówień publicznych i tylko o tyle, o ile nic innego nie wynika z przepisów odrębnych.

Sankcja cywilnoprawna z tytułu całkowitego uniknięcia stosowania ustawy nie jest jednak oczywista. Wprawdzie do takiego naruszenia prawa dochodzi sporadycznie, zazwyczaj na tle wadliwie pojętego zakresu podmiotowego lub przedmiotowego reżimu ustawowego albo wyłączeniu tego reżimu (por. art. 4 Pzp), zwłaszcza w wyniku błędnego ustalenia wartości drobnego zamówienia z punktu widzenia progu 30 tys. euro, jednak ustalenie rodzaju sankcji cywilnoprawnej nastrocza trudności z braku zdecydowanego stanowiska ustawodawcy. Sankcja unieważnienia umowy finalnej na wniosek strony lub Prezesa UZP odpada z braku podstaw normatywnych, w szczególności w wyliczeniu z art. 146 ust. 1 Pzp pominięto ten przypadek. W związku z tym nasuwa się sankcja nieważności bezwzględnej umowy o zamówienie publiczne, zawartej z pominięciem nakazanej procedury, na podstawie ogólnego art. 58 § 1 kc. Wprawdzie w przepisie tym mowa o sprzeczności czynności z dyspozycją ustawową oraz o obejściu ustawy, które łączy się raczej z treścią czynności (umowy), a nie z formą, czy procedurą poprzedzającą jej zawarcie, jednak w orzecznictwie ciągle aktualny jest pogląd nadający mu szersze znaczenie, zapoczątkowany wyrokiem Sądu Najwyższego z 13 września 2001 r.

¹⁰² Por. R. Szostak: Regulacje prawne... op. cit., 2012, Nr 4, s. 9 i n.

¹⁰³ W świetle art. 146 ust. 1 Pzp umowa finalna podlega unieważnieniu, jeśli zamawiający z naruszeniem ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia bądź zamówienia z wolnej ręki albo tzw. zapytania o cenę.

(IV CKN 381/00)¹⁰⁴. Według zawartego w nim stanowiska umowa o zamówienie publiczne zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej jest nieważna bezwzględnie, niezależnie od tego, czy przepisy regulujące ten rodzaj umowy przewidują skutek nieważności. Zostały one bowiem uznane za *ius cogens* i usprawiedliwione potrzebą ochrony interesu publicznego. Orzeczenie powyższe dotyczy bezpośrednio zamówień publicznych, lecz z jego uzasadnienia wynika, że stanowisko w nim zawarte odnosi się także do innych przepisów nakazujących przeprowadzenie postępowania przetargowego lub aukcyjnego, zwłaszcza w odniesieniu do przetargowych sposobów zbywania zbędnych składników mienia publicznego. Stanowisko Sądu Najwyższego spotkało się z akceptacją w piśmiennictwie¹⁰⁵. Do nieważności bezwzględnej dochodzi *ex lege*. Może powołać się na nią każdy, kto ma w tym interes prawny. Sąd lub inny organ uwzględnia ją z urzędu. Strona umowy nieważnej może w razie potrzeby wnieść powództwo o stwierdzenie nieważności na podstawie art. 189 kpc. Uniknięcie nakazanej procedury udzielenia zamówienia zagrożone jest także osobistą odpowiedzialnością urzędniczą o charakterze karno-administracyjnym¹⁰⁶.

Procedury przetargowe, wywodzą się ze znanej od dawna konstrukcji przetargu pisemnego (por. art. 70¹ kc). W zamówieniach publicznych funkcjonują w trzech odmianach, mianowicie jako przetarg nieograniczony (81,8%), przetarg ograniczony (0,7%) oraz przetarg uproszczony, zwany zapytaniem o cenę (3,55%)¹⁰⁷. Przetarg ograniczony oraz nieograniczony są trybami podstawowymi, natomiast wyjątkowe zapytanie o cenę może być stosowane tylko w przypadkach ustawowo przewidzianych. Przetarg nieograniczony polega na tym, że w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (art. 39 Pzp), a zamawiający – organizator przeprowadza wstępną weryfikację wiarygodności wykonawców (zgodnie z art. 22–26 Pzp możliwe są wykluczenia), następnie przeprowadza ocenę ofert, obejmującą kwalifikację formalną (możliwe są odrzucenia ofert) oraz ocenę wartościującą z uwzględnieniem z góry ustalonych w ogłoszeniu kryteriów, uwieńczoną wyborem oferty najkorzystniejszej, która podlega przyjęciu. Wynik przetargu jest zatem wiążący obligacyjnie. W trybie przetargu ograniczonego natomiast wykonawcy, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie, składają najpierw wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, następnie odbywa się wstępna kwalifikacja wykonawców z zastosowaniem kryteriów selekcyjnych o charakterze podmiotowym, w wyniku której najlepsi wykonawcy (w liczbie z góry określonej) zostają zaproszeni do składania ofert, pozostali zaś są pomijani (art. 47 Pzp). Dalsze postępowanie ma charakter przetargowy i przebiega analogicznie jak w przetargu nieograniczonym. Uproszczoną procedurę zapytania o cenę można zastosować wyłącznie w odniesieniu do zamówień małej wartości na dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych (roboty budowlane zostały wykluczone). Tryb ten polega na tym, że zamawiający zaprasza indywidualnie do składania ofert taką liczbę wykonawców działających na rynku właściwym dla przedmiotu

¹⁰⁴ OSNC, Nr 6, poz. 75.

¹⁰⁵ Por. zwłaszcza Z. Radwański (w.): System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna (Suplement), Warszawa 2004, s. 73, R. Szostak: Nieważność umowy o zamówienie publiczne spowodowana wadliwością postępowania przetargowego, PZP 2005, Nr 4, s. 986.

¹⁰⁶ Według art. 17 ust. 1b pkt 1 powołanej wyżej ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchybieniem karalnym jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

¹⁰⁷ Por. sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r., Warszawa 2017, s. 40.

zamówienia, która zapewni konkurencję oraz wybór oferty najkorzystniejszej, nie mniej niż pięciu (art. 69–71 Pzp). Do zaproszenia dołącza się warunki zamówienia. W odpowiedzi wykonawca może złożyć ofertę, proponując określoną cenę za przedmiot zamówienia. Po zweryfikowaniu wiarygodności wykonawców zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną, która podlega przyjęciu (art. 72–73 Pzp)¹⁰⁸.

Procedury negocjacyjno-przetargowe mają znaczenie drugoplanowe. Są to negocjacje z ogłoszeniem (0,05%), dialog konkurencyjny (0,01%) oraz negocjacje bez ogłoszenia (0,1%)¹⁰⁹. Nowa procedura partnerstwa innowacyjnego nie została jeszcze potwierdzona w praktyce (statystycznie). Istota powyższych dwóch trybów (tj. negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego), uruchamianych poprzez ogłoszenie, sprowadza się do przeprowadzenia wstępnej selekcji wykonawców, a następnie negocjacji z zachowaniem konkurencji (dialogu) z wybranymi wykonawcami w zakresie projektowanych warunków umowy (opisu przedmiotu zamówienia), które pozwalają zamawiającemu na sporządzenie ostatecznych warunków zamówienia¹¹⁰. W ostatnim etapie postępowania zamawiający zaprasza zakwalifikowanych wykonawców do składania ofert przetargowych (art. 54 i 60 Pzp), a jego przebieg odpowiada procedurze przetargu nieograniczonego. Wyjątkowego trybu negocjacji bez ogłoszenia nie można zaliczyć do procedur konkurencyjnych. Jest dopuszczony tylko w kilku przypadkach, w szczególności gdy zorganizowany uprzednio przetarg nie dał rezultatu, przedmiotem zamówienia są rzeczy wytworzone w celach badawczych lub zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Najpierw zamawiający weryfikuje wiarygodność wykonawców oraz negocjuje warunki umowy z zaproszonymi indywidualnie konkurentami, w liczbie zapewniającej realną konkurencję, nie mniej jednak niż z trzema, a następnie wzywa ich do składania ofert doręczając ostateczną wersję warunków zamówienia (art. 61 Pzp). Drugi etap procedury ma charakter przetargowy.

Licytacja elektroniczna odbiega pod względem konstrukcyjnym od przetargowego sposobu wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród pojedynczych ofert wiążących równolegle, przez każdego z konkurentów. W trybie licytacyjnym oferty składane są sukcesywnie, jedna po drugiej, a każda nowa oferta pociąga z mocy prawa upadek poprzedniej, ciągle aktualna jest zatem tylko jedna oferta; ostatnia podlega przyjęciu (art. 74 Pzp). Zamiast klasycznego „przybicia”, licytację zamyka się automatycznie wraz z upływem z góry zastrzeżonego czasu. Ma charakter otwarty, ponieważ jest uruchamiana na podstawie ogłoszenia, z udziałem wszystkich zainteresowanych wykonawców, spełniających wymagania podmiotowe. Wynik licytacji ma charakter wiążący. Jej praktyczne zastosowanie jest jednak znikome (0,33%), co wynika być może z upadku tradycji licytacyjnych w zamówieniach publicznych, już w poprzednim okresie ustrojowym, choć jeszcze przed wojną tzw. przetarg ustny dopuszczano wyjątkowo przy udzielaniu zamówień drobnej wartości.

Szczególna procedura udzielenia zamówienia z wolnej ręki polega na jego powierzeniu wybranemu swobodnie (lecz nie dowolnie) wykonawcy, po odpowiedzialnym zweryfikowaniu jego wiarygodności i przeprowadzeniu negocjacji w zakresie projektowanych postanowień umowy (art. 66 Pzp). Zagrozenia dla podstawowych zasad zamówień publicznych

¹⁰⁸ Więcej R. Szostak: Udzielenie zamówienia publicznego w trybie tzw. zapytania o cenę, SP 2007, Nr 2, s. 55 i n.

¹⁰⁹ Por. powołane wyżej sprawozdanie Prezesa UZP... op. cit., s. 40.

¹¹⁰ Więcej R. Szostak: Kształtowanie warunków zamówienia publicznego w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji, KPP 2007, Nr 1, s. 43 i n. wraz z powołanym tam piśmiennictwem i orzecnictwem.

(uczciwej konkurencji, przejrzystości i bezstronności) są oczywiste, nie wspominając o niebezpieczeństwie nieosiągnięcia dostatecznej efektywności wydatku publicznego. Dlatego zastosowanie tego trybu przewidziano jedynie w kilkunastu przypadkach, na tyle skrajnie wyjątkowych, że zastosowanie w tych sytuacjach trybu konkurencyjnego byłoby bezprzedmiotowe lub nadmiernie utrudnione, zwłaszcza w sytuacji monopolistycznej, natychmiastowej potrzeby świadczenia, udzielenia zamówienia zwycięzcy konkursu na dzieło intelektualne, niemożliwości rozstrzygnięcia przetargu z uwagi na zupełny brak ofert itd. (por. art. 67 ust. 1 Pzp). Katalog wyjątkowych podstaw udzielenia zamówienia z wolnej ręki ukształtowany został historycznie, na podstawie kilku wiekowych doświadczeń rodzimych i europejskich. Z europejskiego punktu widzenia trzeba go uznać za optymalny. Tryb ten ciągle – niestety – należy do najbardziej nadużywanych w praktyce, choć okoliczności towarzyszące nieustającym przeobrażeniom sektora publicznego, w większym stopniu niż zazwyczaj usprawiedliwiają jego zastosowanie (aktualnie sięga ciągle znacznego pułapu 13,4%). Udzielenie zamówienia z wolnej ręki to jedyna procedura o znikomym zakresie związania stron. W szczególności cechuje ją brak obowiązku zawarcia umowy finalnej. Wprawdzie aktualne brzmienie art. 68 Pzp pozwala na konstruowanie przygotowawczej więzi obligacyjnej pomiędzy kontrahentami (porozumienie negocjacyjne)¹¹¹, której podstawą jest sporządzony zawczasu projekt umowy, lecz treścią tego wstępnego obligu jest wyłącznie powinność lojalnego i uczciwego zachowania w toku negocjacji, pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej za *culpa in contrahendo* z art. 72 § 2 kc. Negocjowana umowa finalna nie musi zatem dojść do skutku, nawet gdy strony zdołają uzgodnić wszystkie jej istotne postanowienia, ponieważ do jej zawarcia dochodzi nie tyle wraz z zakończeniem rokowań, ile na warunkach ustalonych w wyniku negocjacji. Aż do samego końca, do chwili podpisania umowy finalnej – każda ze stron może wycofać się z postępowania, choć odpowiada za ewentualną szkodę wyrządzoną drugiej stronie z tytułu naruszenia dobrych obyczajów. Powyższe ustalenia upoważniają do postrzegania trybu z wolnej ręki w ramach specjalnej procedury, wyraźnie odformalizowanej, a nie w kategoriach udzielenia zamówienia w trybie transakcji bezpośredniej. Za prawidłowy jej przebieg, w tym za zweryfikowanie wiarygodności wykonawcy, organ zarządzający zamawiającego ponosi odpowiedzialność administracyjną, także o charakterze osobistym z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Konkurs na najlepsze dzieło intelektualne pełni tradycyjnie kilka funkcji, a mianowicie pobudza do opracowań oryginalnych, nowoczesnych i spełniających oczekiwania zamawiającego, a zwłaszcza sprzyja optymalizacji rozwiązań projektowych oraz umożliwia zamawiającemu nabycie w miarę najlepszego *in casu* dzieła, uwalniając od ryzyka nietrafnych rozwiązań, ponieważ rozstrzygnięcie konkursu odbywa się na podstawie oceny uprzednio przedstawionych prac koncepcyjnych. Tylko wyjątkowo, w odniesieniu do nielicznych dzieł (prosty, nie wymagających dłuższego czasu), możliwe jest zorganizowanie konkursu na najlepszą pracę finalnego zastosowania (np. aranżacja przestrzeni, projekt pomnika, czy nawet opracowanie krótkiego utworu muzycznego lub innego na potrzeby jakiejś uroczystości). Niestety z braku promocji i niedowładu nadzoru urzędowego konkurs w zamówieniach publicznych, nawet na twórcze prace projektowe, stosowany jest sporadycznie¹¹².

¹¹¹ Tamże, s. 37–43.

¹¹² Por. M. Ziółkowska: Dlaczego konkurs nie funkcjonuje jako podstawowa procedura zamawiania twórczych prac projektowych?, PZP 2014, Nr 2, s. 4 i n.

Zdaniem autora w takiej sytuacji należałoby rozważyć zasadność wprowadzenia ustawowego obowiązku jego organizowania, w szczególności na twórcze prace z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego lub architektoniczno – budowlanego albo informatycznego przetwarzania danych.

Podstawowym elementem konkursu jest przyrzeczenie publiczne w ujęciu art. 921 kc, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy (art. 110 Pzp), tradycyjnie o charakterze twórczym, ponieważ inne dzieła niematerialne można z powodzeniem zamawiać w inny sposób. Z punktu widzenia rodzaju nagrody wyróżnia się 3 kategorie konkursów, a mianowicie z nagrodą: a) pieniężną lub rzeczową, której spełnienie od razu prowadzi do przejścia na zamawiającego praw majątkowych do wybranej pracy finalnego zastosowania, b) w postaci zaproszenia do negocjacji w sprawie udzielenia zamówienia z wolnej ręki na opracowanie dzieła finalnego zastosowania w oparciu o wyłonioną pracę koncepcyjną, c) w postaci zaproszenia do negocjacji z zachowaniem konkurencji co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych. Jak łatwo zauważyć w warunkach ciągłej reaktywacji konkursu w praktyce preferowane jest to drugie rozwiązanie. Samo przyrzeczenie publiczne nagrody nie wystarcza jednak pod względem konstrukcyjnym do sprawnego zorganizowania konkursu. Należy je wzbogacić o wielostronny stosunek proceduralny, wykreowany w wyniku porozumienia konkursowego, zawartego w trybie udostępnienia przez zamawiającego warunków konkursu (regulaminu), adhezyjnie akceptowanych przez reflektantów, przewidujących określone powinności proceduralne, zarówno po stronie organizatora, jak i uczestników konkursu¹¹³. Niewiele zatem dzieje się na zasadzie dobrowolności, a uchybienia zamawiającego muszą być zwalczane w trybie odwoławczym. Poza tym z uwagi na brak podstaw ustawowych do automatycznego przejścia na zamawiającego praw majątkowych do wybranego dzieła (autorskich lub wynalazczych) z chwilą spełnienia nagrody¹¹⁴, konieczne jest zapewnienie dodatkowej czynności pisemnej w postaci umowy o przeniesienie tych praw, tym bardziej, że przepis art. 53 p. aut. sprzeciwia się rozporządzeniu dorozumianemu, zastrzegając wyraźnie wymóg formy pisemnej pod rygorem nieważności. Z praktycznego punktu widzenia za najlepsze rozwiązanie uznać trzeba takie, że zamawiający wzywa reflektantów w warunkach konkursu do składania pisemnych ofert o przeniesieniu praw autorskich (wynalazczych), z góry wraz z przedkładanymi na konkurs dziełami, a następnie – już po rozstrzygnięciu konkursu – przyjmuje ofertę pochodzącą od autora najlepszego dzieła, doprowadzając w ten sposób do umowy o skutkach rozporządzających¹¹⁵.

Udzielenie zamówienia publicznego postkonkursowego wymaga zaproszenia zwycięskiego wykonawcy do negocjacji w trybie z wolnej ręki albo kilku laureatów do negocjacji bez ogłoszenia. Zaproszenie do negocjacji jest formą nagrody. Uprawnieni mają roszczenie do zamawiającego o spełnienie nagrody pod rygorem odpowiedzialności odszkodow-

¹¹³ Umowną koncepcję stosunku konkursowego jako alternatywnego lub uzupełniającego względem czynności jednostronnej dopuszcza K. Zawada: Przyrzeczenie publiczne [w:] System prawa prywatnego, t. 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, s. 804. Por. też R. Szostak: Charakter prawny konkursu na dzieło projektowe w zamówieniach publicznych, PiP 2004, Nr 6, s. 65 i n. oraz M. Ziółkowska: Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych, PZP 2013, Nr 4, s. 67 i n.

¹¹⁴ Stosowny przepis w tej kwestii zawiera art. 661 ust. 4 niemieckiego kodeksu cywilnego.

¹¹⁵ Por. też K. Zawada: op. cit., s. 811–812 oraz M. Ziółkowska: Charakter... op. cit., s. 81.

wawczej za niewykonanie zobowiązania. Pomimo cywilnoprawnego obowiązku podjęcia negocjacji brak podstaw prawnych do konstruowania obowiązku zawarcia umowy finalnej.

Podstawą przetargowej, negocjacyjno-przetargowej lub konkursowej procedury udzielenia zamówienia jest wielostronny stosunek proceduralny (przygotowawczy), nawiązywany w trybie adhezyjnym. Zamawiający ustala z góry warunki zamówienia w ujęciu art. 36 Pzp, udostępnia je proponując zainteresowanym, natomiast wykonawcy przystępujący do postępowania akceptująco godzą się na wynikające z nich zasady i powinności (wadialne, dokumentacyjne, czy informacyjne) pod rygorem odpowiedzialności prawnej. Warunki zamówienia wyznaczają nie tylko wymagania i przebieg samej procedury (funkcja organizatorsko-programująca), lecz wyznaczają także postanowienia planowanej umowy (funkcja regulacyjna), do której poszczególni konkurenci muszą dostosować treść składanych ofert, pod rygorem odrzucenia¹¹⁶. Procedura udzielenia zamówienia to uporządkowany ciąg czynności prawnych i faktycznych zapadających sukcesywnie według z góry ustalonych warunków, zmierzający do wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy finalnej (art. 2 pkt 7a Pzp). Ma charakter cywilnoprawny, co wynika wyraźnie z art. 14 ust. 1 Pzp. Toczy się na zasadzie dobrowolności i równorzędności stron, z poszanowaniem autonomii woli. Działanie przepisów ustawy, ograniczających – skądinąd – swobodę kontraktową, ma tu jedynie wymiar uzupełniający (art. 56 kc). Dodatkowo warunki zamówienia pełnią funkcję ochronną, ponieważ organizowane na ich podstawie postępowanie rozgrywa się w ramach stosunku wzbogaconego o elementy obligacyjne, o charakterze powinnościowym. W szczególności zainteresowani konkurenci przystępują do postępowania w dobrej wierze, w zaufaniu do zamawiającego – organizatora i ustalonych przez niego warunków, z nadzieją na rzetelną weryfikację wiarygodności (zdolności) podmiotowej i uczciwy wybór oferty najkorzystniejszej, według z góry zadeklarowanych kryteriów. Uchybienia zamawiającego są zwalczane na bieżąco w trybie odwoławczym. Automatycznie zwiększa się przejrzystość i ogólny stan przewidywalności, pozwalający na oszacowanie z góry ryzyka kontraktowego, a gwarancją jest możliwość domagania się odszkodowania w granicach ujemnego interesu umownego¹¹⁷, zwłaszcza z tytułu unieważnienia postępowania z przyczyn po stronie zamawiającego (art. 93 ust. 4 Pzp)¹¹⁸. Zamawiający – organizator operuje swoistymi sankcjami wykluczenia niewiarygodnego wykonawcy lub odrzucenia oferty, wyjątkowo może też zatrzymać wadium, a nawet dochodzić odszkodowania, zwłaszcza w przypadku obstrukcji ze strony wykonawcy¹¹⁹. Dyrektywy europejskie nie regulują szczegółowo tych kwestii, ponieważ uznają tu prymat prawa krajowego. Wyjątek dotyczy jednak odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego – organizatora wobec wykonawców, w odniesieniu do której dyrektywa 2007/66/WE z 11 grudnia 2007 r. o poprawie skuteczności procedur odwoławczych w dzie-

¹¹⁶ Por. R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 135 i n oraz A. Machnicka: Przedkontraktowe porozumienia – umowa o negocjacje i list intencyjny. Studium porównawcze, Warszawa 2007, s. 102 i n wraz z powołanym tam piśmiennictwem i orzecnictwem.

¹¹⁷ Por. R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 192 i n., a także M. Bednarek: Odpowiedzialność z tytułu niewłaściwego zachowania w toku postępowania przetargowego – zagadnienia koncepcyjno-interpretacyjne, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2011, Nr 2, s. 301 i n.

¹¹⁸ A. Gawrońska-Baran: Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne, Warszawa 2014, s. 207 i n.

¹¹⁹ Por. R. Szostak: Z problematyki odpowiedzialności odszkodowawczej przedsiębiorcy za nadużycie środków ochrony procesowej, PPH 2011, Nr 5, s. 50 i n. oraz A. Gawrońska-Baran: Odpowiedzialność odszkodowawcza w zamówieniach publicznych, PZP 2015, Nr 3, s. 47 i n.

dzinie zamówień publicznych¹²⁰ wprowadzała wymóg, aby była ona zobiektywizowana i oderwana od przesłanki winy, nawet domniemanej, co uzasadnia potrzebę specjalnego jej unormowania w prawie zamówień publicznych, ponieważ przepisy art. 471–472 kc nie spełniają tego wymogu¹²¹.

Wielostronny charakter konkurencyjnej procedury udzielania zamówienia publicznego wymusza to, aby wszyscy konkurenci znajdowali się w takiej samej sytuacji prawnej i podlegali tym samym regułom postępowania. Chodzi o naturalne gwarancje rzetelnego wyboru oferty najkorzystniejszej w warunkach jawnej i rzetelnej konkurencji, celowo zorganizowanej w ramach postępowania eliminacyjnego i ofertowo-porównawczego¹²². Konkurencja polega tu na dążeniu wielu niezależnych reflektantów do zawarcia jednej i tej samej transakcji, tak że wybór oferty złożonej przez jednego z nich pozbawia automatycznie pozostałych oferentów możliwości nawiązania transakcji. Wielostronny z założenia charakter postępowania nie zezwala zatem na ograniczenie kreującej go więzi do sumy indywidualnych stosunków nawiązywanych między organizatorem a poszczególnymi konkurentami, groziłoby to dezintegracją całej procedury¹²³. Interesy wszystkich zainteresowanych zamówieniem muszą być chronione jednakowo, ponieważ przyznanie któremukolwiek z nich bezzasadnej korzyści szkodzi pozostałym. Tylko zachowanie prawidłowego toku postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej w zgodzie z treścią zobowiązania proceduralnego (kryteria) zaspokajają wszystkie te interesy. Dlatego fundamentalne znaczenie mają zasady równego traktowania (bezstronności), uczciwej konkurencji i przejrzystości. Z mocy wielostronnego porozumienia przedkontraktowego zamawiający zachowuje pozycję organizatora, z nikim bowiem nie konkuruje, lecz najwyżej stymuluje jawną i uczciwą konkurencję. Jako organizatorowi procedury przysługują mu określone uprawnienia, może zwłaszcza zdyskwalifikować niewiarygodnego konkurenta, odrzucić ofertę uchybiającą prawu lub warunkom zamówienia, zatrzymać wadium itd. Nie są to jednak żadne uprawnienia władczo-administracyjne, lecz cywilnoprawne, ponieważ nawiązywane na zasadzie dobrowolności i równorzędności porozumienie przygotowawcze nie może wyposażać zamawiającego – organizatora w jakiegokolwiek atrybuty organu władzy publicznej.

Podstawowe czynności organizatorskie zamawiającego to: a) weryfikacja wiarygodności wykonawców, b) badanie ofert, c) ocena ofert oraz d) wybór oferty najkorzystniejszej. W ramach tzw. procedury odwróconej, nieco uproszczonej, najpierw kwalifikuje się i ocenia oferty, a dopiero na koniec weryfikuje co najwyżej już ocenionego konkurenta, choć w razie jego dyskwalifikacji ocena ofert musi być powtórzona.

Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wiarygodnemu, zdolnemu do należytej realizacji zamówienia, zwłaszcza z punktu widzenia kondycji gospodarczej i możliwości sfinansowania kosztów realizacji zamówienia, a także posiadanej wiedzy i doświadczenia, środków technicznych oraz kwalifikowanego personelu, co wymaga rzetelnej weryfikacji na

¹²⁰ Dz. Urz. UE L 335, 12.12.2007, s. 31.

¹²¹ Więcej R. Szostak: Odpowiedzialność organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom, PiP 2010, Nr 10, s. 48 i n.

¹²² Por. J. Rajski: Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego, PPH 1997, Nr 1, 2. 5 i n., Z. Radwański[w:] System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2002, s. 359 oraz R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 139.

¹²³ Tamże.

podstawie stosownych dokumentów. Ten, kto nie spełnia tych warunków lub nie jest w stanie udokumentować ich dostatecznie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie. Niezależnie od tego wyklucza się wykonawców szkodzących interesom publicznym, w szczególności wykonawców skazanych za przestępstwa gospodarcze lub dopuszczających osoby skazane do sprawowania funkcji w organach zarządzających lub nadzorczych, wprowadzających w błąd zamawiającego przy weryfikacji wiarygodności uczestników tzw. umowy przetargowej, pozostających w stanie upadłości, mających zaległości podatkowe itd. (por. art. 24 Pzp). Dyskwalifikacja łączy się dodatkowo z odrzuceniem oferty. Faza postępowania obejmująca weryfikację wiarygodności konkurentów ma zatem charakter eliminacyjny. Ulega on wzmocnieniu w procedurach przewidujących wstępną selekcję wykonawców (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne), polegającą na ocenie stopnia spełniania zdolności realizacyjnych przez zgłaszających się wykonawców. Osoby posiadające wyższy stopień wiarygodności (np. dysponujące większymi zasobami majątkowymi, niższym wskaźnikiem zadłużenia, lepszym personelem itd.) wyprzedzają te z niższym potencjałem i ostatecznie do przetargu kwalifikuje się tylko najlepszych wykonawców, w liczbie zapewniającej konkurencję, z góry zastrzeżonej w warunkach zamówienia.

Samo pojęcie oferty przetargowej odpowiada standardom kodeksowym. . Procedura przetargowa bowiem sprowadza się do rzetelnej oceny ofert oraz wyboru jednej – najkorzystniejszej. Każda z nich powinna być zatem aż do końca skuteczna, co wyraża się stanem związania oferenta, obwarowanym określonym terminem, dostosowanym do okresu z góry wyznaczonego w warunkach zamówienia przewidzianego na wypadek przeprowadzenia całej procedury. W razie potrzeby oferent może przedłużyć ten termin, działając na wniosek zamawiającego – organizatora albo samodzielnie, z własnej inicjatywy (por. art. 85 ust. 2–4 Pzp). Z braku przepisów odrębnych do znaczenia prawnego oferty stosuje się przepisy kodeksowe. Oznacza to, że oferta złożona w przetargu na zamówienie publiczne jest propozycją umowy w rozumieniu art. 66 kc. Jedyna różnica sprowadza się do tego, że oferta przetargowa jest „ofertą wywołaną”, czyli dostosowaną do wymagań warunków zamówienia pod rygorem odrzucenia¹²⁴. Pomimo tego adhezyjnego mechanizmu dostosowawczego składający ofertę dysponuje jednak pełną swobodą kontraktową, choćby dlatego, że działa na zasadzie dobrowolności. Ograniczony terminem stan związania ofertą polega natomiast na tym, że musi on liczyć się z koniecznością zawarcia i wykonania umowy finalnej. Sam bowiem zamawiający może poprzez wybór i przyjęcie oferty doprowadzić do umowy o treści określonej w ofercie, oferent zaś nie może już temu zapobiec¹²⁵, po utracie możliwości cofnięcia oferty wraz z upływem terminu do składania ofert.

Kwalifikacja formalna ofert podyktowana jest założeniem, że przed oceną wartościującą ofert muszą być zbadane z punktu widzenia zgodności z wymaganiami prawa i dobrych obyczajów oraz warunków zamówienia. Oferty uchybiające tym wymaganiom, wynikającym przede wszystkim z ogólnych zasad składania oświadczeń woli oraz przepisów prawa zamówień publicznych, muszą być odrzucone. W krajach o nieprzerwanych tradycjach z zakresu procedur przetargowych wymagania formalne ofert są oczywiste, natomiast w państwach

¹²⁴ Por. R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 70 wraz z powołanym tam piśmiennictwem.

¹²⁵ Por. zwłaszcza B. Gawlik: Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego (art. 66–72 kc), Kraków 1977, s. 13 oraz z. Radwański [w:] System prawa prywatnego... (Suplement) op. cit., s. 24 i n.

środkowoeuropejskich niezbędne są przepisy wyznaczające choćby przykładowy katalog podstaw odrzucenia oferty. Rozwiązanie z art. 89 ust. 2 Pzp powinno być zatem rychło skorygowane tak, aby „niezgodności oferty z prawem” wyraźnie nadać wymiar ogólny o charakterze dopełniającym względem pozostałych przypadków szczególnych, spośród których jeden jako bardziej pojemny (złożenie oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji, w tym z rażąco niską ceną) wymaga dodatkowego rozwinięcia, zwłaszcza że aktualne unormowanie tej kwestii jest dalekie od doskonałości¹²⁶. Dobrodziejstwo konstrukcji odrzucenia, a nie zwykłego pominięcia oferty, sprowadza się do usunięcia stanu niepewności oraz do wyeliminowania określonej propozycji z przetargu. Oferta bowiem poprzez odrzucenie wygasa, a oferent staje się wolny. Odrzucenie następuje na podstawie oświadczenia woli, skutecznego od momentu zakomunikowania zainteresowanemu, pozostałym konkurentom należy się jedynie informacja. Nie może jednak do tego dochodzić z błahych powodów. Stąd wątpliwe postanowienia oferty powinny być poddane należytej wykładni, z uwzględnieniem art. 65 kc. W razie potrzeby trzeba dopuścić wyjaśnienia dodatkowe ze strony oferenta. Możliwe są ponadto korekty oczywistych, a także nieistotnych omyłek w trybie art. 87 Pzp¹²⁷.

Wartościująca ocena ofert na podstawie z góry zastrzeżonych kryteriów obiektywnych lub co najmniej zobiektywizowanych ma zapewnić sprawiedliwe rozstrzygnięcie przetargu. Kryteria to mierniki korzyści transakcyjnych, przypadających zamawiającemu na podstawie nawiązywanej transakcji. Należy ich poszukiwać w obrębie warunków umowy, przede wszystkim tych, które można jeszcze polepszyć w propozycjach ofertowych. Obok ceny liczą się jeszcze niższe koszty eksploatacyjne lub inne oszczędności, wybrane parametry jakościowe, wydajnościowe lub funkcjonalne właściwości przedmiotu zamówienia albo inne jego cechy, zastrzeżone warunki odpowiedzialności za wady (rękojmi), podwyższone warunki serwisu dodatkowego, niezbędnego po wygaśnięciu rękojmi, skrócenie terminu realizacji zamówienia, zatrudnienie osób defaworyzowanych itd. Kryteria podmiotowe, dotyczące wiarygodności ekonomiczno-finansowej lub technicznej bądź innych właściwości wykonawcy są obecnie wykluczone. Jedyny wyjątek może dotyczyć „organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia” osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na poziom jakości wykonania zamówienia (art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp). Udział kryteriów pozacenowych powinien wynikać z ich rzeczywistego znaczenia ekonomicznego, wyrażającego się w postaci tzw. wagi (w świetle dyrektyw wszystkie kryteria są ekonomiczne), natomiast kryterium w postaci wysokości ceny ma znaczenie dopełniające, a zatem nie powinno się zakładać *a priori* żadnych wiążących wskaźników. Znaczenie ekonomiczne (waga) każdego z kryteriów stanowi bowiem wynik, zwłaszcza relacji pomiędzy nakładami niezbędnymi dla polepszenia (na rzecz zamawiającego) wybranych warunków umowy do całkowitej szacunkowej wartości

¹²⁶ Nieustające trudności praktyki dowodzą, że także w kodeksie (vide art. 68 kc) unormować trzeba jednoznacznie skutki odrzucenia oferty, w zgodzie z europejskimi zasadami prawa kontraktowego (por. art. 2:203 PECL).

¹²⁷ Zbyt szerokie ujęcie „innych omyłek” w art. 87 ust. 2 Pzp, na dodatek poparte – niestety – rozszerzającą wykładnią praktyki i orzecznictwa sądowego, (por. np. uchwałę Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., III CZP 52/11, OSNC 2012, Nr 4, poz. 44, z krytycznym komentarzem R. Szostaka: Weryfikacja stawki VAT przy ocenie ofert w przetargu na zamówienie publiczne [w:] Zastosowanie instytucji prawa cywilnego w prawie podatkowym, red. B. Gneta, Warszawa 2012, s. 164 i n.), przyczyniło się do nadmiernej chwiejności orzecznictwa KIO. Rozwiązanie z art. 87 ust. 2 Pzp uchybia podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych: równości, przejrzystości i uczciwej konkurencji, co potwierdza wyrok TS UE z 11 maja 2017 r. (C-131/16, Archus & Gama) z głosem M. Drozdowicza, PZP 2017, Nr 2, s. 100 i n., wymaga zatem rychłej korekty legislacyjnej. Więcej o rozbieżnościach orzecznictwa P. Granecki: op. cit., s. 801 i n. oraz J. Pieróg: op. cit., s. 340 i n.

zamówienia. Dlatego aktualne brzmienie art. 91 ust. 2a Pzp, jako oderwane od tej konsekwencji, rychło powinno być odpowiednio doprecyzowane. Nadreprezentacja któregośkolwiek z pozacenowych kryteriów oceny ofert może przyczynić się do wyboru oferty z bezzasadnie zawyżoną (wygórowaną) ceną. Właściwe proporcje pomiędzy kryteriami mają zatem fundamentalne znaczenie dla uczciwego wyboru oferty najkorzystniejszej. Przykładowo udział uproszczonego kryterium w postaci przedłużenia okresu ustawowej odpowiedzialności za wady (rękojmi), funkcjonującej zastępczo względem trudniejszych w zastosowaniu kryteriów jakościowych, szacuje się wartością dodatkowych nakładów na przedłużony okres serwisu. Nie wolno jednak łączyć tego kryterium z gwarancją dodatkową, odrębną względem rękojmi (por. 579 kc), udzielaną dobrowolnie, na dodatek przez producenta, importera lub przez inny podmiot wprowadzający przedmiot do obrotu (osobę trzecią), a nie przez samego wykonawcę, który jedynie pośredniczy w nawiązaniu stosunku gwarancyjnego.

Samo wartościowanie ofert nie skutkuje złożeniem oświadczenia woli, ich ocena polega na oświadczeniu wiedzy, skoro sprowadza się jedynie do przypisania w protokole każdej z ofert odpowiednich wartości wyrażonych w punktach. Jest wyłącznie zespołem aktów ewidencyjnych, a więc rodzajem czynności faktycznych. Wynik oceny rozpatrywać trzeba także w kategoriach oświadczenia wiedzy, stwierdzającego określony stan (ranking ofert), bez zamiaru wywołania skutków prawnych, ponieważ każda z ofert nadal pozostaje jedynie w stadium oceny. Określone skutki prawne może wywrzeć tylko jedna z nich, i to pod warunkiem przyjęcia. Także wybór oferty najkorzystniejszej, dokonanej przez organ zarządzający zamawiającego na wniosek komisji przetargowej lub osoby przeprowadzającej czynności ewaluacyjne, stanowi oświadczenie wiedzy¹²⁸, ponieważ polega jedynie na wskazaniu najlepszej oferty, notyfikowanym informacyjnie wszystkim konkurentom¹²⁹. W wykonaniu obligacyjnych elementów stosunku proceduralnego zamawiający ma obowiązek rzetelnego rozstrzygnięcia przetargu poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, nie może więc uchylić się od tej powinności, chyba że zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania w oparciu o przepisy art. 93 ust. 1 Pzp.

Dopiero przyjęcie wybranej oferty, będące dodatkowym zdarzeniem cywilnoprawnym, wyczerpuje znamiona oświadczenia woli¹³⁰. Wprawdzie wybór oraz przyjęcie oferty najkorzystniejszej zapadają w tym samym czasie, stanowią jednak dwa odrębne akty. Pierwszy jest przesłanką drugiego, w relacjach zewnętrznych ma jednak wyłącznie walory informacyjne. Drugi zaś w wyniku akceptacji wybranej oferty prowadzi automatycznie do zawarcia dwustronnego stosunku obligacyjnego o treści zdeterminowanej przyjętą ofertą. W ten sposób właśnie kończy się byt prawny wybranej oferty, która przekształca się w akt dwustronny. Upadek stanu związania wybraną ofertą wynika wprost z art. 70³ § 1 kc, z tym że pozostałe oferty

¹²⁸ Por. R.; Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 148–149.

¹²⁹ Zgodnie z art. 703 § 2 kc organizator przetargu jest obowiązany niezwłocznie powiadomić na piśmie wszystkich konkurentów o jego wyniku albo o zamknięciu przetargu bez dokonania wyboru. W zamówieniach publicznych zawiadomienie to może być dokonane także w formie elektronicznej lub faksem, a o jego treści przesądza art. 92 Pzp. Dopuszczenie się zwłoki w zawiadomieniu o wyniku przetargu, zwłaszcza wobec oferentów zajmujących wyższe pozycje w rankingu ofert, naraża zamawiającego na odszkodowanie. Por. S. Rudnicki: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza – część ogólna, Warszawa 2009, s. 354–355 oraz Z. Radwański System... (Suplement)... op. cit., s. 68.

¹³⁰ Tak S. Rudnicki: op. cit., s. 355, Z. Radwański[w:] System... (Suplement)... op. cit., s. 68, R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., 156 i n. wraz z powołanym tam orzecznictwem.

nie upadają, lecz nadal zachowują swoją aktualność, pomimo rozstrzygnięcia przetargu, ponieważ wybór oferty najkorzystniejszej nie prowadzi od razu do zawarcia umowy finalnej, lecz jedynie do nawiązania dwustronnego stosunku przejściowego. Rozwiązanie takie jest uzasadnione potrzebą upewnienia się o bezpieczeństwie transakcji (oferty podpisywane są zaocznie) oraz dopuszczenia możliwości zaskarżenia wyniku przetargu w trybie odwoławczym. Nie bez znaczenia jest ponadto potrzeba wyegzekwowania od zwycięskiego wykonawcy wymaganego zabezpieczenia. Może więc okazać się, że wybór oferty zostanie ubezwzględniiony albo zwycięski oferent uchyli się od podpisania umowy finalnej i trzeba będzie ponowić wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert. Ustanie stanu związania ofertą niewybraną w trybie przetargu następuje zatem dopiero z chwilą zawarcia umowy finalnej, o ile oferta ta wcześniej nie wygaśnie wskutek zwyczajnego wyczerpania się terminu związania. Dlatego dla zachowania skuteczności kolejnych ofert, niezbędne jest często przedłużenie tego terminu. W ocenie autora, po ustaniu terminu związania ofertą nie można jej wybrać ani skutecznie przyjąć: (co nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy z już uprzednio wybranym wykonawcą w oparciu o art. 390 kc), choć ostatnio zaznaczył się w tym zakresie pogląd przeciwny, dopuszczający ponowny wybór oferty najkorzystniejszej po upływie ustalonego terminu związania wykonawcy (por. perypetie sygnalizowane w sprawie objętej postanowieniem TSUE z 13 lipca 2017 r., C 35/17, Saferoad Grawil & Saferoad Kabex). Wydaje się jednak, że dopuszczenie możliwości przyjęcia oferty wygasłej prowadziłoby do niedozwolonego przekształcenia zautomatyzowanej procedury przetargowej w czysto negocjacyjny tryb zawarcia umowy finalnej.

Znaczenie prawne przyjęcia oferty najkorzystniejszej wynika – niestety przepisów art. 94 Pzp oraz z subsydiarnego zastosowania⁷⁰² § 3 w zw. z art. 70³ § 3 kc¹³¹. Z chwilą doręczenia zwycięskiemu wykonawcy oświadczenia o wyborze i przyjęciu jego oferty (pozostałym konkurentom należy się tylko informacja) dochodzi do nawiązania umowy przedwstępnej w ujęciu art. 389 kc¹³² lub co najmniej – jak chcą niektórzy – umowy *sui generis*, zbliżonej do umowy przedwstępnej do której stosuje się odpowiednio art. 389–390 kc¹³³. Zachodzi tu bowiem sytuacja, o której mowa w przepisie art. 70² § 3 kc, aktualnym dla przetargowego sposobu wyboru oferty. Jeżeli ważność umowy finalnej zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno zamawiający – organizator, jak i wykonawca, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy. W wyniku rozstrzygnięcia postępowania wykreowany zostaje zatem obowiązek zawarcia umowy finalnej. W przeciwnym wypadku brak byłoby podstaw prawnych dla prawidłowego „rozliczenia” bytu i losów wybranej oferty, skoro przepisy z art. 94, a także art. 46 ust. 5 Pzp wyraźnie operują obowiązkiem zawarcia umowy finalnej na warunkach wybranej oferty w drodze złożenia nowych oświadczeń woli. Wykonanie obowiązku zawarcia umowy ulega jednak z mocy prawa zawieszeniu, zwłaszcza z uwagi na potrzebę stworzenia możliwości zaskarżenia wyboru oferty, przeprowadzenia

¹³¹ Trudności w zakresie ich wykładni sygnalizują uchwały Sądu Najwyższego z 19 października 2005 r. (III CZP 73/05) z glosą R. Szostaka, „Monitor Prawniczy” 2006, Nr 16, s. 888 i n. oraz z 24 listopada 2006 r. (III CZP 85/05) z glosą R. Szostaka, „Monitor Prawniczy” 2007, Nr 12, s. 681 i n.

¹³² Por. zwłaszcza J. Rajski: op. cit., s. 8, R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 163–165, A. Brzozowski: Kodeks cywilny – Komentarz, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 166, M. Krajewski: Umowa przedwstępna, Warszawa 2000, s. 55 i n., tenże: System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 796–797 oraz J. Pieróg: op. cit., s. 382.

¹³³ Por. S. Rudnicki: op. cit., s. 355 oraz P. Machnikowski: Kodeks cywilny, Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2014, s. 194.

obligatoryjnej kontroli uprzedniej zamówień większej wartości finansowanych ze środków europejskich oraz ustanowienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia. Skoro zaś samo postępowanie też nie ulega rozwiązaniu w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz dopiero w związku z zawarciem umowy finalnej albo w następstwie jego unieważnienia, także i ono podlega swoistemu wstrzymaniu, ponieważ dokonywanie jakichkolwiek dalszych czynności proceduralnych jest bezprzedmiotowe (wyjątek dotyczy wezwania do ewentualnego przedłużenia ważności wadium), choć sam zakaz zawarcia umowy nie ma charakteru bezwzględny.

Możliwość zaskarżenia wyniku postępowania do KIO, obok wyraźnej funkcji prewencyjnej, spełnia też funkcję naprawczą, wymuszając korektę ewentualnych uchybień popełnionych w toku postępowania, a także chroni przed niekorzystnymi następstwami majątkowymi, w szczególności przed późniejszymi roszczeniami odszkodowawczymi lub skutkami unieważnienia umowy finalnej z powodu naruszeń proceduralnych, rzutujących na wynik procedury (por. art. 146 ust. 5–6 Pzp). Zamawiający sam, z własnej inicjatywy, a tym bardziej w razie sygnalizacji, powinien usunąć dostrzeżone uchybienia bez oczekiwania na odwołanie. Może też uznać zarzuty odwołania w całości lub w części przed skierowaniem sprawy na rozprawę, zapobiegając konsekwencjom majątkowym, związanym z uwzględnieniem odwołania przed KIO, usuwając jednocześnie popełnione uchybienia (art. 186 Pzp). Korekta wadliwości postępowania polega zazwyczaj na unieważnieniu lub powtórzeniu zakwestionowanych czynności. Nie ma zatem przeszkód, aby zamawiający sam uchylił się od skutków prawnych przyjęcia oferty wybranej pod wpływem błędu (art. 88 kc.). Prowadzi to – rzecz jasna – do rozwiązania stosunku przejściowego właściwego dla umowy przedwstępnej. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania KIO nakazuje powtórzenie (wykonanie zaniechanych lub unieważnienie czynności zamawiającego). Warunkiem zachowania dostatecznej efektywności środków korygujących jest powstrzymanie się od zawarcia umowy finalnej na czas niezbędny do wniesienia odwołania, drobne wyjątki określa art. 94 ust. 2 Pzp. Przedwczesne zawarcie umowy finalnej, przed upływem ustalonego terminu przewidzianego na wniesienie odwołania jest sankcjonowane. Jeśliby jednak już do tego doszło – umowa zawarta przedwcześnie podlega unieważnieniu, lecz tylko o tyle, o ile uniemożliwia uwzględnienie odwołania przez KIO (art. 146 ust. 1 pkt 3 Pzp). W razie zatem oddalenia odwołania umowa pozostaje w mocy, co nie wyłącza oczywiście odpowiedzialności osobistej urzędnika, który dopuścił do przedwczesnego jej zawarcia.

Ustawowe zawieszenie obowiązku zawarcia umowy finalnej do czasu rozstrzygnięcia odwołania przez KIO stanowi dalszą gwarancję efektywności środków odwoławczych (art. 183 Pzp). Wprawdzie w okresie zawieszenia możliwości zawarcia umowy bieg terminu związania ofertą (niewybranymi ofertami) także ulega zawieszeniu, jednak nie dotyczy to wadium, które powinno być utrzymane, aż do całkowitego ustania związania pozostałymi ofertami. Dlatego według art. 184 Pzp zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców utrzymujących się w przetargu do przedłużenia ważności wadium albo o wniesienie nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Jeżeli jednak odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano, choć wadium to zabezpiecza już nie tyle wybraną ofertę, ile wykreowany jej przyjęciem obowiązek zawarcia umowy finalnej (o sankcji z tytułu

uchylenia się od przedłużenia wadium zob. dalej). Umowa finalna bezpodstawnie zawarta w okresie postępowania odwoławczego podlega unieważnieniu w razie uwzględnienia odwołania. Zamawiający znajdujący się w „przynaglającej” sytuacji może wnioskować do KIO o ustalenie powyższego zakazu zawarcia umowy. Izbie wolno uchylić ten zakaz tylko w przypadku, gdy odroczenie zawarcia umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności organizatorskich, zapadłych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Postanowienia KIO wydane w sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy jest ostateczne i niezaskarżalne (art. 183 ust. 4 Pzp).

Zawieszenie obowiązku zawarcia umowy ex lege następuje ponadto w następstwie wszczęcia kontroli uprzedniej przez Prezesa UZP w odniesieniu do zamówień większej wartości, o których mowa w art. 169 Pzp. Zawieszenie to utrzymuje się aż do zakończenia tego rodzaju kontroli, z chwilą doręczenia zamawiającemu informacji o jej wyniku (art. 171 ust. 4 Pzp). Wprawdzie pogwałcenie zakazu zawarcia umowy jest sankcjonowane dyscyplinarnie, jednak brak automatycznej sankcji nieważności umowy przedwcześnie zawartej. Dlatego trzeba przyjąć, że o unieważnienie takiej umowy może wystąpić do właściwego sądu Prezes UZP, na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp, jednak tylko wtedy, gdy przeprowadzona uprzednio kontrola dowiedzie uchybienia zamawiającego, popełnionego w trakcie wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia i to takiego, które „miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania”. Oznacza to, że analogicznie jak w przypadku unieważnienia przedwczesnej umowy przez KIO, powództwo Prezesa UZP nie może dotyczyć umowy w ogóle niewadliwej albo wadliwej nieistotnie, choć przedwcześnie zawartej.

Unieważnienie postępowania, polegające na jego zamknięciu bez zawarcia umowy, następuje w okolicznościach, w których stało się ono bezprzedmiotowe, zarówno przed wyborem oferty najkorzystniejszej, jak i po takim wyborze. Ustawowy katalog podstaw unieważnienia podają artykuły 93 ust. 1–93 ust. 1d Pzp. Pośród nich są podstawy unieważnienia obligatoryjnego (np. z braku dostatecznej liczby ofert, dostatecznego pokrycia finansowego lub nieusuwalnej wady postępowania) oraz podstawy fakultatywne, uzależnione od uprzedniego zastrzeżenia w warunkach przetargu (np. na wypadek nieprzyznania środków z źródeł zewnętrznych na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia). Szczególne znaczenie ma unieważnienie postępowania z powodu nieusuwalnej wady uniemożliwiającej zawarcie skutecznej umowy finalnej (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp). Chroni przed dalej idącymi skutkami związanymi z późniejszym ubezskutecznieniem umowy i odszkodowaniem. W przypadku zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki załamanie się negocjacji lub odmowa zawarcia umowy finalnej przez wykonawcę, uzasadnia zamknięcie postępowania poprzez jego unieważnienie, jeśli uprzednio doszło do nawiązania wstępnego porozumienia negocjacyjnego, a nie od razu do zawarcia transakcji finalnej, w trybie bezpośrednim. Do unieważnienia postępowania dochodzi w wyniku złożenia przez zamawiającego stosownego oświadczenia woli, którego dodatkowym skutkiem jest odrzucenie wszystkich ofert utrzymujących się ewentualnie w przetargu¹³⁴. Jego zasadność podlega kontroli procesowej

¹³⁴ Więcej o tym R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 220 i n. oraz A. Gawrońska-Baran: Unieważnienie... op. cit., s. 210 i n.

w trybie odwoławczym. Naruszenie podstaw unieważnienia jest karalne w ramach odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Nawet w razie zasadnego unieważnienia postępowania, jednak z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty, zatem wyłącznie w granicach tzw. ujemnego interesu umownego.

3. Obowiązek zawarcia umowy finalnej

Umowny charakter obowiązku zawarcia umowy finalnej łączy się z konstrukcją przejściowej umowy przedwstępnej, zawartej w wyniku przyjęcia oferty najkorzystniejszej. Przepisy art. 94 Pzp nie pozwalają uniknąć tej konstrukcji, zwłaszcza z zastosowaniem przetargu o bezpośrednich skutkach prawnych, według formuły kodeksowej, polegającej na automatycznym zawarciu umowy finalnej z chwilą przyjęcia wybranej oferty. Spotykany niekiedy w praktyce pogląd przeciwny o obowiązku kontraktowania powstającym *ex lege*, jest nie tylko pozbawiony podstaw prawnych, lecz uniemożliwia sensowne objaśnienie mechanizmu zawarcia umowy finalnej na warunkach wybranej oferty. Zanegowanie powstania powyższego obowiązku z woli stron prowadziłoby do niedopuszczalnego wniosku o zbędności oświadczenia woli o przyjęciu oferty najkorzystniejszej, a tym samym o utrzymaniu się wybranej oferty w swoistym stanie zawieszenia, co najmniej aż do czasu podpisania umowy lub wcześniejszego upływu terminu związania¹³⁵. Tymczasem konstrukcję przejściowej umowy przedwstępnej potwierdza także art. 140 ust. 1 Pzp, w świetle którego zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy finalnej jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Treść wybranej oferty rzutuje zatem na treść umowy przedwstępnej, ta z kolei przesądza o treści umowy przyrzeczonej. W rezultacie można stwierdzić w uproszczeniu, że umowę finalną podpisuje się na warunkach wybranej oferty. Powyższy obowiązek ma charakter dwustronny, choć nie wynika to – niestety – wprost z ustawy. Przesądzają o tym dopiero roszczenia przyporządkowane każdej ze stron na wypadek uchylenia się drugiej strony od podpisania umowy. Obaj kontrahenci zatem mogą żądać zawarcia umowy finalnej, jeden od drugiego pod rygorem odpowiedzialności majątkowej.

Termin do zawarcia umowy finalnej musi być indywidualnie wyznaczony, ponieważ trudno operować jakimkolwiek obowiązkiem zagrożonym sankcją bez czasowego zakreslenia powinności. Inicjatywa należy do zamawiającego, na co wskazuje pośrednio art. 94 ust. 1 Pzp. Zamawiający wzywając zwycięskiego wykonawcę do zawarcia umowy finalnej, gdy tylko otworzą się ku temu możliwości prawne, powinien wyznaczyć mu odpowiedni termin (por. art. 389 § 2 kc) na złożenie повинного oświadczenia woli, chyba że został on już z góry ustalony w warunkach zamówienia, w ramach „formalności” poprzedzających zawarcie umowy finalnej (art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp). Termin „odpowiedni” umożliwia przygotowanie się i sfinalizowanie formalności niezbędnych do zawarcia umowy przyrzeczonej. Chodzi tu – rzecz jasna – o termin „okres”, a nie termin „chwila”, co ma istotne znaczenie na wypadek uchylenia się wykonawcy od obowiązku zawarcia umowy.

¹³⁵ Podobnie M. Krajewski: System... op. cit., s. 796.

Jeżeli w czasie właściwym zamawiający nie wyznaczy terminu odpowiedniego do zawarcia umowy finalnej, może wyznaczyć go zwycięski oferent. Jednak gdyby obie strony wyznaczyły różne terminy zawarcia umowy finalnej, wiąże termin wyznaczony przez stronę, która wcześniej skorzystała ze swego prawa. Uprawnienie do jednostronnego wyznaczenia terminu do zawarcia umowy przyrzeczonej jest uprawnieniem kształtującym, realizowanym przez złożenie drugiej stronie oświadczenia woli. Jeżeli w ciągu roku od dnia zawarcia umowy przedwstępnej nie został wyznaczony termin do zawarcia umowy finalnej, nie można już żądać jej zawarcia (art. 389 § 2 zd. 2 kc). Roczny termin na wyznaczenie terminu zawarcia umowy ma charakter zawity, jego upływ niweczy byt prawny umowy przedwstępnej¹³⁶. Na ogół jednak zawarcie postprzetargowej umowy finalnej następuje stosunkowo szybko, bez zbędnej zwłoki, ponieważ zamawiający oczekuje spełnienia zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych. Poza tym bywa on zainteresowany w miarę szybkim rozpoznaniem intencji kontrahenta, skoro w razie uchylecia się przez wykonawcę od obowiązku zawarcia umowy wolno mu wybrać kolejną ofertę przetargową, która powinna być jeszcze skuteczna, a zatem ponowny wybór oferty powinien nastąpić jeszcze przed upływem terminu związania kolejną ofertą. Z drugiej strony upływ terminu związania kolejną i pozostałymi ofertami nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy finalnej z pierwotnie wyłonionym wykonawcą, ponieważ źródłem obowiązku kontraktowania nie jest stan związania ofertą, lecz wykreowana w wyniku jej przyjęcia umowa przedwstępna. Dlatego nie ma żadnych przeszkód, aby wyznaczony uprzednio termin do zawarcia umowy finalnej strony zgodnie przedłużyły¹³⁷. Nawet po jego upływie mogą zawrzeć ważną umowę, ponieważ jest to termin do wykonania świadczenia. Jego upływ ma bowiem tylko takie znaczenie, że obowiązek zawarcia umowy staje się wymagalny, a strona zobligowana do złożenia powinnego oświadczenia woli popada w spóźnienie lub zwłokę¹³⁸.

Realizacja obowiązku zawarcia umowy finalnej odbywa się z uwzględnieniem przepisów o wykonywaniu zobowiązań niepieniężnych, co wynika wprost z natury stosunku przedwstępnego. Powinno oświadczenie woli należy złożyć w przepisanej formie wobec drugiej strony (wierzyciela) lub osoby przez nią upoważnionej. Miejsce spełnienia tego rodzaju świadczenia określa się zazwyczaj z góry w warunkach zamówienia w ramach „formalności jakie powinny być dopełnione w celu zawarcia umowy” albo zostaje uzgodnione *ad hoc* bezpośrednio przed jej zawarciem. To samo dotyczy wyznaczenia sposobu zawarcia umowy przyrzeczonej. W razie posłużenia się trybem ofertowym zastosowanie znajdzie art. 70 § 2 kc, zgodnie z którym w razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w miejscu otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu. Jeśli brak jakichkolwiek podstaw do ustalenia tego miejsca, według art. 454 §1 kc będzie nim siedziba drugiej strony (dłużnika), co oznacza, że strona uprawniona powinna udać się tam w celu odebrania oświadczenia woli. Wezwanie do zawarcia umowy przyrzeczonej

¹³⁶ Tak P. Machnikowski: Kodeks cywilny... op. cit., s. 714, W. Popiołek: op. cit., s. 1100.

¹³⁷ Por. wyroki Sądu Najwyższego z 9 lipca 1962 r. (2 CR 379/62), OSN 1963, Nr 9, poz. 205 oraz z 7 października 1999 r. (I CKN 262/98), OSNC 2000, Nr 4, poz. 71.

¹³⁸ W świetle wyroku Sądu Najwyższego z 27 stycznia 2000 r. (II CKN 707/98), OSP 2000, Nr 10, poz. 147 z aprobowaną glosą M. Krajewskiego, jeżeli umowa przedwstępna spełnia warunki konieczne dla ważności umowy przyrzeczonej, upływ określonego w niej terminu nie powoduje wygaśnięcia zobowiązania do zawarcia umowy przyrzeczonej, ponieważ termin do zawarcia umowy przyrzeczonej nie jest terminem końcowym skuteczności umowy przedwstępnej.

nie jest bezwzględnie konieczne (wymagalność załatwia termin), ale w praktyce zamówień publicznych stosuje się je w ramach „formalności” poprzedzających złożenie oświadczeń. Ułatwia ono współdziałanie stron, a pośrednio także sytuację dowodową na wypadek „uchylania się” zobowiązanego od zawarcia umowy, zwłaszcza, gdy ma dojść do złożenia oświadczeń między obecnymi. Panuje pogląd, zgodnie z którym wezwania nie można uważać za ofertę zawarcia umowy, chyba że co innego wynika wyraźnie z jego treści¹³⁹. Zwłoka zobowiązanego do złożenia oznaczonego oświadczenia woli przy równoległym podjęciu współdziałania przez drugą stronę, może być uznana za uchylanie się od obowiązku zawarcia umowy docelowej w rozumieniu art. 70⁴ § 2 kc.¹⁴⁰ W odniesieniu do formy umowy w sprawie zamówienia publicznego obowiązuje ustawowy wymóg dochowania formy pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej (art. 139 ust. 2 p.z.p.). Przy trybie ofertowym oba składające się na umowę oświadczenia powinny spełniać wymagania formy pisemnej z art. 78 kc bądź wymagania właściwe dla innej formy szczególnej. W przypadku zastosowania zastępczej formy elektronicznej dochodzi do wymiany dokumentów, z których każdy jest opatrzony elektronicznym podpisem kwalifikowanym pochodzącym od strony przeciwnej. Na tle art. 78 § 2 kc nie można wykluczyć także rozwiązania mieszanego, w ramach którego oświadczenie woli jednej strony będzie pisemne, a drugiej elektroniczne.

Dopuszczenie negocjacji w ujęciu art. 72 kc przy zawarciu umowy finalnej budzi wątpliwości, ponieważ chodzi tu nie tyle o sam sposób zawarcia umowy definitywnej, ile o możliwość zawarcia tej umowy na warunkach odbiegających od postanowień wybranej oferty. Wprawdzie na gruncie ogólnych reguł wykonywania umów przedwstępnych dopuszcza się możliwość drobnego uzupełnienia treści umowy przyrzeczonej, zwłaszcza w zakresie kwestii szczegółowych nie uregulowanych wyraźnie w umowie przedwstępnej¹⁴¹, lecz w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego sprzeciwiają się temu generalne założenia procedur przetargowych. Tymczasem stosownie do art. 140 ust. 1 Pzp „zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”, z kolei art. 144 ust. 1 Pzp zakazuje zaś wyraźnie „zmian postanowień zawartej umowy”, natomiast zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt. 2 Pzp do obligatoryjnych warunków zamówienia należą „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego”, które działają preskryptywnie z woli stron. Wobec tego brak miejsca na jakiegokolwiek negocjacje zmierzające do odstąpienia od treści przyjętej oferty najkorzystniejszej. Można co najwyżej dopuścić jakieś drobne ustalenia informacyjne, nie kolidujące z treścią wybranej oferty, np. indywidualizujące okoliczności współdziałania stron przy realizacji kontraktu lub dotyczące innych

¹³⁹ A. Maciąg: Odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika z umowy przedwstępnej, *Palestra* 1981, Nr 5, s. 31 oraz M. Krajewski: Umowa przedwstępna... op. cit., s. 122–123. Pogląd przeciwny prezentowali J. Górski: op. cit., s. 64 oraz E. Gniewek: Realizacja roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej, *Acta Universitatis Wratislaviensis* 1983, No 609, *Prawo CV*, s. 73.

¹⁴⁰ Por. zapadły na gruncie typowej umowy przedwstępnej wyrok SN z dn. 14 grudnia 1999 r. (II KKN-624/98), OSNC 2000, Nr 6, poz. 120.

¹⁴¹ Zob. zwłaszcza E. Drozd: Umowa przedwstępna... op. cit., s. 1568, M. Krajewski: Umowa przedwstępna... op. cit., s. 124.

kwestii związanych z właściwościami osobistymi kontrahentów, o ile z góry zostały zapowiedziane w warunkach zamówienia¹⁴².

Ustanowienie wymaganego zabezpieczenia umowy stanowi przesłankę jej skuteczności, skoro jeśli zwycięski oferent uchyla się od tej powinności, zamawiający może zatrzymać wadium i wybrać kolejną ofertę (art. 46 ust. 5 oraz art. 94 ust. 3 Pzp). Podobnie zatem jak przy zawarciu umowy realnej, czy wpisie do księgi wieczystej, ustanowienie wymaganego zabezpieczenia stanowi dodatkowy warunek prawny zdarzenia kreującego stosunek umowy przyrzeczonej¹⁴³. Inaczej jednak niż przy wadium lub zadatku ustanowienie zabezpieczenia nie staje się integralnym składnikiem umowy, którą zabezpiecza, lecz jako przesłanka jej ważności tworzy z nią zespół czynności sprzężonych, analogiczny jak przy typowych zabezpieczeniach wierzytelności. Konieczność ustanowienia właściwego zabezpieczenia umowy finalnej kwalifikować należy w ramach „szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie” (art. 70² § 3 kc), co otwiera drogę do roszczenia z art. 70³ § 3 kc. Do spełnienia powyższego warunku prawnego dochodzi zazwyczaj przed złożeniem oświadczeń w sprawie zawarcia umowy podstawowej bądź równolegle względem tego zdarzenia, choć w praktyce dopuszcza się też późniejsze ustanowienie zabezpieczenia, lecz bezpośrednio w związku z uprzednio złożonym oświadczeniem umownym¹⁴⁴. Z uwagi na wybór sposobu ustanowienia zabezpieczenia przez zwycięskiego oferenta oraz ewentualną potrzebę złożenia stosownego oświadczenia woli także przez osobę trzecią, pożądane jest dodatkowe porozumienie w zakresie tego rodzaju „formalności”, choć do zestrojenia niezbędnych zachowań stron dojść może również przypadkowo. W każdym razie spełnienie wszystkich warunków prawnych, koniecznych do nawiązania umowy finalnej, powinno nastąpić przed upływem terminu jej zawarcia. Roszczenie uprawnionego zamawiającego powinno zatem kierować się nie tylko na złożenie właściwego oświadczenia niezbędnego do zawarcia umowy, lecz także i na ustanowienie koniecznego zabezpieczenia należytego jej wykonania. Kwalifikując zaś kontrakt dotknięty brakiem wymaganego zabezpieczenia sięga się do kon-

¹⁴² W nauce o umowie przedwstępnej zarysowała się rozbieżność stanowisk odnośnie dopuszczalności zastosowania negocjacji w rozumieniu art. 72 k.c. przy zawieraniu kontraktu definitywnego. W świetle pierwszego zapatrywania (por. E. Drozd: Umowa przedwstępna... op. cit., s. 1567 i J. Strzępka: op. cit., s. 72 i n.) negocjacje są wykluczone, ponieważ nielojalny partner łatwo mógłby ich nadużyć do unicestwienia zamiarów drugiej strony i stawiając celowo warunki niemożliwe do przyjęcia przeciwdziałałby nawiązaniu ostatecznego porozumienia. Zakłada się bowiem, że strona zobowiązana do zawarcia umowy definitywnej ma obowiązek jej zawarcia tylko w takim kształcie, jaki został określony umową przedwstępną, co pozbawia ją prawa wysuwania dodatkowych warunków wobec drugiej strony, a zarazem nie ma też obowiązku akceptacji warunków stawianych jej przez drugą stronę. Zgodnie zaś ze stanowiskiem przeciwnym (A. Klein: Problem trybu zawarcia umowy w wykonaniu umowy przedwstępnej, *Acta Universitatis Wratislaviensis* 1983, No 609, *Prawo CV*, s. 82 oraz M. Krajewski: Umowa przedwstępna... op. cit., s. 124) negocjacje są dopuszczalne, a zagrożenie ze strony nielojalnego partnera nie uzasadnia wyłączenia zastosowania art. 72 k.c., gdyż interesy uprawnionego są dostatecznie chronione przez możliwość wystąpienia na drogę sądową. Jednocześnie podnosi się, iż wyznaczenie w umowie przedwstępnej istotnych elementów umowy przyrzeczonej ma takie tylko znaczenie, że służą one do określenia jej treści na wypadek sporu sądowego, co nie wyłącza swobodnego kształtowania przez strony ostatecznych postanowień umownych inaczej, niż to przewidziano w umowie przedwstępnej.

¹⁴³ Rozwiązanie to znane jest od dawna. Operował nim § 21 rozporządzenia RM z 1937 r. Zalecane jest również postanowieniem art. 35 ust. 5–6 ustawy modelowej UNCITRAL.

¹⁴⁴ Podobnie w odniesieniu do umów realnych Z. Radwański: System prawa prywatnego... op. cit., s. 183. Z kolei w przypadku zadatku, z tego, że ma być on dany przy zawieraniu umowy w judykaturze wyprowadzono kontrowersyjny wniosek, że kwota wręczona kontrahentowi po zawarciu umowy nie może być uznana za uiszczoną tytułem zadatku. Por. wyrok SN z dn. 7 października 1999 r., z krytyczną glosą P. Drapały, RP 2001, Nr 1–2, s. 139 i n.

strukcji tzw. bezskuteczności zawieszanej (niezupełny stan faktyczny), która może mieć charakter przejściowy. W konsekwencji jeśli dojdzie do wyraźnej odmowy ustanowienia wymaganego zabezpieczenia nastąpi „stan uchylenia się” od obowiązku kontraktowania, uprawniający zamawiającego do odstąpienia od obligu i wyboru kolejnej oferty.

Dochodzenie roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej znajduje oparcie w przepisach kodeksowych. Według art. 390 kc, jeżeli zobowiązany uchyli się od zawarcia umowy przyrzeczonej, druga strona może żądać naprawienia szkody, którą poniosła przez to, że liczyła na zawarcie tej umowy, jednakże gdy umowa przedwstępna czyni zadość wymaganiom, od których zależy ważność umowy przyrzeczonej, w szczególności wymaganiom co do formy, strona uprawniona może dochodzić zawarcia umowy przyrzeczonej. W zakresie tego drugiego roszczenia doniosłą modyfikację wprowadza art. 70³ § 3 zd. 2 w związku z art. 70² § 3 kc, zgodnie z którym zobowiązanie powstałe w wyniku przetargu stanowi dla obu stron źródło roszczenia o zawarcie umowy, niezależnie od tego, czy postprzetargowa umowa przejściowa czyni zadość wymaganiom, od których zależy ważność umowy przyrzeczonej, zwłaszcza co do formy¹⁴⁵. W razie uchylenia się od spełnienia powinności zawarcia umowy przez którąkolwiek ze stron, możliwe jest sądowe stwierdzenie obowiązku złożenia oznaczonego oświadczenia woli (art. 64 kc)¹⁴⁶. Według dominującego poglądu konstytutywne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek pozwanego w zakresie złożenia oznaczonego oświadczenia woli – zastępuje to oświadczenie prowadząc do zawarcia umowy. Zakłada się bowiem, że uprawniony swoje oświadczenie składa w pozwie¹⁴⁷. Treść umowy przyrzeczonej wynika bezpośrednio z treści oświadczenia ustalonego przez sąd, na podstawie umowy przedwstępnej (wybranej oferty). Ewentualne oddalenie roszczenia o zawarcie umowy otwiera drogę do realizacji tzw. słabszego skutku w postaci żądania odszkodowania.

Istotną modyfikację kodeksowych reguł przetargu wprowadza art. 94 ust. 3 Pzp, a mianowicie, gdy zwycięski oferent uchyli się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego jej wykonania, zamawiający – organizator przetargu nie może dochodzić przymusowego zawarcia umowy przed sądem, lecz pozostaje mu tylko prawo żądania odszkodowania bądź zachowania wadium, ponieważ powinien on w zasadzie dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert lub unieważnić postępowanie na zasadzie art. 93 Pzp. W sytuacji zaś odwrotnej, gdy wbrew ustawowej powinności z art. 94 ust. 3 Pzp zamawiający – organizator uchyli się od obowiązku kontraktowania, zwycięskiemu wykonawcy przysługuje żądanie podwójnego wadium albo prawo dochodzenia sądowego zawarcia umowy na podstawie reguł kodeksowych wynikających z art. 70³ § 3 zd. 2 kc, a to wobec braku odrębnej regulacji. Uprawnienia te są niezależne od ewentualnego żądania odszkodowania z tytułu zwłoki w ro-

¹⁴⁵ Por. S. Rudnicki: Komentarz do kodeksu cywilnego... op. cit. s. 295 i n. A. Łupszak-Zajac: Nowa regulacja... op. cit., s. 121; M. Krajewski: Umowa przedwstępna zgodnie z nowelą... op. cit., s. 110 oraz R. Szostak: Zagadnienia konstrukcyjne... op. cit., s. 104–105

¹⁴⁶ W odniesieniu do umowy realnej doprowadzi ono do stosunku obligacyjnego dopiero po ziszczeniu się dalszej przesłanki konstytutywnej w postaci wydania rzeczy.

¹⁴⁷ Por. zwłaszcza E. Gniewek: Realizacja roszczenia... op. cit., s. 76 i n., J. Strzępka: op. cit., s. 40, J. Stochel: Dochodzenie roszczeń z umowy przedwstępnej, MP 2000, Nr 2, s. 82 oraz Cz. Żuławska: Komentarz... op. cit., s. 165, a także uchwała SN z dn. 7 stycznia (III CZP-32/66), OSNCP 1968 Nr 12, poz. 199.

zumieniu art. 476 kc¹⁴⁸, choć uprawniony może zadowolić się jedynie odszkodowaniem na podstawie art. 390 § 1 zd. 1 kc. Pewne wątpliwości w ramach tego wnioskowania wynikają z wprowadzonego do art. 94 ust. 3 Pzp (w wyniku nowelizacji) zwrotu: „zamawiający może wybrać kolejną ofertę”, co wskazuje pośrednio na alternatywną drogę procesu sądowego o przymusowe zawarcie umowy finalnej. Rozumowanie takie wydaje się jednak chybione, przede wszystkim z uwagi na potrzebę w miarę szybkiego udzielenia zamówienia, a nie oczekiwanie na werdykt sądowy. Wprawdzie w świetle ogólnych zasad realizacji roszczeń, o ile nic innego nie wynika z ustawy, dochodzenie świadczenia *in natura* (tu: zawarcia umowy finalnej) ma pierwszeństwo przed roszczeniami odszkodowawczymi, lecz w analizowanym przypadku wskazane jest odstępstwo od tych reguł. Jednakże ilekroć z jakichś względów dopuszcza się zastępczą formę zaspokojenia uprawnionego (tu: wadium lub odszkodowanie), z wyłączeniem możliwości dochodzenia zawarcia umowy, powinno to wynikać jasno z ustawy. Poza tym, jeśli ustanowione zostało wadium, a od zawarcia umowy uchyla się zamawiający, zwyczajnie wykonawca – rezygnując z dochodzenia zawarcia umowy – może żądać według swojego wyboru zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody w oparciu o przepis art. 70⁴ § 2 zd. 3 kc. To wyraźne wzmocnienie ochrony wykonawcy, na tle analogicznej sytuacji drugiej strony, podyktowane zostało niewątpliwie troską o zwiększenie odpowiedzialności organizatora za brak efektu przetargu wszczętego w warunkach uzasadnionego zaufania do rzetelnego jego przebiegu. Poza tym wysokość wadium *de facto* narzuca w warunkach przetargu sam organizator, który *in casu* mógłby być zainteresowany pomniejszeniem jego znaczenia na wypadek własnej odpowiedzialności, co w obliczu alternatywnego roszczenia odszkodowawczego staje się zabiegiem bezprzedmiotowym.

Wadium przetargowe z art. 70⁴ § 2 kc ma jedynie usprawnić odpowiedzialność, a nie spełniać roli kary za zawód (odstępnego). Jeśli wadium zastępuje odszkodowanie na zasadach ogólnych z tytułu uchybienia podstawowej powinności kontraktowania i nie może być mowy o jego zatrzymaniu w razie wypełnienia tej powinności, nie powinno się operować jego zatrzymaniem, dopóki zgodnie z wolą uprawnionego możliwe jest żądanie zawarcia umowy¹⁴⁹. Upadek obowiązku zawarcia umowy na rzecz prawa zatrzymania wadium stanowi wynik jednostronnego aktu woli uprawnionego. Nie może następować samoczynnie, ponieważ brak do tego dostatecznych podstaw w ramach unormowania art. 70⁴ § 2 kc. Zniesienie możliwości sądowego dochodzenia zawarcia umowy przeciwko zwyczajnemu oferentowi w okolicznościach objętych art. 94 ust. 3 Pzp nie oznacza bynajmniej zredukowania przetargowego obowiązku zawarcia umowy tylko do jednostronnej powinności zawarcia umowy obciążającej wyłącznie zamawiającego. Chodzi bowiem jedynie o wyłączenie roszczenia, a nie samego obowiązku, który nadal pozostaje dwustronny. Ograniczający się do unormowania wyboru kolejnej oferty przepis art. 94 ust. 3 Pzp nie określa jednak w ogóle powinności zamawiającego na wypadek, gdy umowy nie można zawrzeć z innych przyczyn, niż „uchylanie się” zwyczajnego oferenta od obowiązku kontraktowania. Podobnie brak wskazówek na wypadek, gdy-

¹⁴⁸ W uchwale SN z dn. 20 marca 1978 r. (III-CZP-10/78), OSNCP 1979, Nr 1, poz. 2, wyraźnie stwierdzono, że przekroczenie terminu zawarcia umowy przyrzeczonej powoduje jedynie skutek zwłoki dłużnika.

¹⁴⁹ Podobnie jak zadatek, wadium działa dyscyplinująco, zaostrzając odpowiedzialność, ponieważ dogodnie kształtuje sytuację uprawnionego, który ma do wyboru: albo żądać wykonania umowy z wszelkimi tego konsekwencjami (łącznie z odpowiedzialnością na zasadach ogólnych), albo też rezygnując z wykonania – odstąpić od umowy, natomiast nie wolno mu „kosztem” zadatku samowolnie zwolnić się z obowiązku świadczenia (odstępne z art. 396 k.c.). Por. zwłaszcza wyrok SN z dn. 7 listopada 1950 r. (C-480/50), OSN 1952, Nr 1, poz. 10.

by dalszy wybór nie był możliwy (upadek związania ofertą), a zachodziła realna szansa dobrowolnego zawarcia umowy z pierwotnym zwycięzcą w późniejszym czasie, choć pośrednio kwestia ta znajduje wyjaśnienie w ramach indywidualnego ukształtowania terminu zawarcia umowy. W odniesieniu zaś do pierwszego przypadku w grę wchodzi przyczyny niezawinione przez zobowiązanego albo nawet w ogóle od niego niezależne, które uniemożliwiają niekiedy zawarcie umowy. Jeśli doszło do trwałej niemożności zawarcia umowy polegającej na „niemożności świadczenia” – obowiązek zawarcia umowy wygasa, natomiast w razie niemożliwości przemijającej dopuścić można późniejsze zawarcie umowy. W przypadku przedwczesnego wygaśnięcia obowiązku zawarcia umowy, zamawiający niewątpliwie ma prawo wyboru kolejnej oferty, skoro możliwość taka przysługuje mu już w wypadku uchylenia się zwycięskiego oferenta od obowiązku zawarcia umowy przyrzeczonej. Z powyższego wynika wyraźnie, że kluczowe znaczenie dla całej problematyki objętej art. 94 ust. 3 Pzp ma pojęcie „uchylenia się” od zawarcia umowy w ustalonym terminie, które wprowadzić nie zostało ustawowo zdefiniowane, ale charakter związanych z nim roszczeń nasuwa potrzebę jego postrzegania w kategoriach kodeksowej formuły niewykonania zobowiązania (art. 471 kc.). Na trafność takiego stanowiska wskazuje też unormowanie przesłanek zatrzymania wadium, będącego przecież formą zryczałtowanej odpowiedzialności odszkodowawczej.

Zatrzymanie wadium normują szczegółowo przepisy art. 46 ust. 5 Pzp, a mianowicie zamawiający ma ustawowy obowiązek zatrzymania wadium z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: a) odmówił podpisania umowy finalnej na warunkach określonych w ofercie, b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego jej wykonania lub c) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy. Pominąć należy tu przypadek szczególny z art. 46 ust. 4a Pzp, gdy wykonawca zaniedbał tzw. uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3–3a Pzp. Analizując relację pomiędzy kodeksową przesłanką „uchylenia się od zawarcia umowy” (z art. 70⁴ § 2 kc) a przesłankami wskazanymi w art. 46 ust. 5 Pzp dochodzi się do wniosku, że unormowanie to stanowi jedynie szczegółowe rozwinięcie reguł kodeksowych. W doktrynie i judykaturze od pewnego czasu panuje pogląd, że „uchylenie się” od obowiązku wykonania umowy przedwstępnej w zakresie zawarcia umowy przyrzeczonej pojmować trzeba szeroko, jako zawinione niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.)¹⁵⁰. Stąd, ani unormowanie z art. 46 ust. 5 Pzp wraz z art. 70⁴ § 2 kc, ani też z art. 390 kc, nie reguluje w sposób wyłączny odpowiedzialności z tytułu uchylenia się od obowiązku zawarcia umowy przyrzeczonej, lecz jedynie modyfikuje ogólne reguły kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Dlatego na tle art. 46 ust. 5 Pzp odmowę ustanowienia wymaganego zabezpieczenia kontraktu finalnego poczytywać trzeba – jak już wspomniano – za „uchylenie się” od należytego wykonania zobowiązania, skoro liczy się tylko zawarcie w pełni skutecznej umowy przyrzeczonej. Jeśli zatrzymanie wadium wchodzi w grę, gdy „zawarcie umowy o zamówienie publiczne

¹⁵⁰ Por. zwłaszcza A. Maciąg: op. cit., s. 95, M. Wrzosek-Romańczuk: Umowa przedwstępna, Warszawa 1998, s. 95 i n., M. Krajewski: Umowa przedwstępna ...op. cit., s. 129 i n oraz Cz. Żuławska: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 1, Warszawa 2011 s. 197–198, a także uchwałę SN powołaną w przypisie poprzednim oraz wyrok SN z dn. 14 grudnia 1999 r. (II KKN-624/98), OSNC 2000, Nr 6. poz. 120. Stanowisko przeciwne, zawiązujące pojęcie przesłanki „uchylenia się” od obowiązku zawarcia umowy wyłącznie do sytuacji, w której zobowiązany świadomie nie godzi się na zawarcie umowy przyrzeczonej lub co najmniej godzi się z takim skutkiem wyraziła M. Wrzosek w głosie do powyższego wyroku, „Palestra” 2001, Nr 11–12, s. 222, a także Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dn. 17 stycznia 2001 r. (IACa – 1094/2000), „Wokanda” 2002, Nr 2, s. 33.

stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, to tym bardziej dopuszczalne jest jego zatrzymanie przy innych uchybieniach zobowiązanego do zawarcia umowy finalnej, objętych hipotecznością art. 471 kc (np. przy zwłoce lub złożeniu oświadczenia odbiegającego od treści oferty), a niekoniecznie tylko w razie, gdy zwycięski oferent „odmówi podpisania umowy”. Zastrzeżenie wadium nie stanowi bowiem jakiejś umowy pomocniczej, lecz pozostaje integralnym składnikiem porozumienia przetargowego, a zarazem następczego obowiązku zawarcia umowy finalnej. W zakresie tego drugiego stosunku ujawnia się zabezpieczająca funkcja wadium, zmierzającego na wzór zadatku¹⁵¹ do prostszego i efektywniejszego sankcjonowania naruszenia powinności zawarcia umowy finalnej. Skoro jednak wadium stanowi rozwiązanie zastępcze względem naprawienia szkody, konieczne jest połączenie wykonania prawa zatrzymania wadium z odstąpieniem od obligu, tak jak przy zadatku. W przeciwnym razie należałoby operować jakąś nietypową konstrukcją wygaśnięcia zobowiązania z umowy przedwstępnej, zakładającą zupełne zaspokojenie uprawnionego. W tej kwestii konieczne jest zatem odpowiednie wzbogacenie unormowania z art. 46 ust. 5 Pzp.

Sankcja nieprzedłużenia ważności wadium (ustanowienia nowego) przez wybranego wykonawcę w okresie zawieszenia obowiązku zawarcia umowy nie jest oczywista na tle art. 184 zd. 2 Pzp. Wprawdzie wykluczenie wykonawcy jest obecnie dopuszczalne na każdym etapie postępowania, lecz z powodu samego braku wadium wolno tylko odrzucić ofertę na podstawie nowego art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, podczas gdy prawidłowo wybranej oferty nie sposób odrzucić, skoro w wyniku przyjęcia przekształca się w umowę przedwstępną. Na dodatek przepis powyższy odnosi się bezpośrednio do zaniechania ustanowienia wadium, a nie do jego przedłużenia. Należałoby zatem operować co najwyżej rozwiązaniem przejściowego stosunku z umowy przedwstępnej. Do tego zaś brak wyraźnej podstawy normatywnej. Od obligu przedwstępnego zamawiający odstępuje bowiem w związku z uchyleciem się wybranego wykonawcy od zawarcia umowy finalnej (art. 94 ust. 3 Pzp) albo w związku z ubezskutecczeniem wyboru oferty; przejściowy obowiązek zawarcia umowy sam upada, zwłaszcza z mocy orzeczenia KIO uwzględniającego odwołanie lub skutek negatywnego wyniku kontroli uprzedniej Prezesa UZP. Dlatego do czasu ewentualnego skorygowania zaistniałej luki ustawowej nieprzedłużenie wadium lub zaniechanie ustanowienia nowego wadium przez zwycięskiego oferenta nie wpływa na obowiązek zawarcia umowy finalnej. Wprawdzie powinno być sankcjonowane przypadkiem utrzymującego się jeszcze wadium, lecz brak do tego podstawy normatywnej. W konsekwencji jeśli upłynie okres zawieszenia i otworzą się możliwości zawarcia umowy finalnej, zamawiający powinien wezwać zwycięskiego wykonawcę do przedłożenia oświadczenia woli niezbędnego do zawarcia umowy, a gdy on uchyli się od tej powinności: a) rozwiązać oblig, b) zażądać odszkodowania na podstawie art. 390 § 1 kc oraz c) wybrać ewentualnie kolejną ofertę w trybie art. 94 ust. 3 Pzp albo unieważnić całe postępowanie.

Obowiązek zapłaty podwójnego wadium przez zamawiającego uchylającego się od zawarcia umowy powinien być rozpatrywany przy analogicznym uwzględnieniu przesłanek zatrzymania wadium z art. 46 ust. 5 Pzp. Chodzi o podstawy żądania przez zwycięskiego oferenta zapłaty podwójnego wadium, gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Także art. 93 ust. 4 Pzp odwołuje się do „przyczyn leżących po

¹⁵¹ Tak właśnie Z. Radwański: *Aukcja i przetarg...* op. cit., s. 359.

stronie zamawiającego" przy regulacji roszczenia odszkodowawczego przysługującego oferentowi w razie unieważnienia postępowania. Przesłanka niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po drugiej stronie zmierza wyraźnie do obiektywizacji odpowiedzialności wadialnej (odszkodowawczej) w powyższych sytuacjach, ponieważ wykracza daleko poza okoliczności, za które według art. 471 kc odpowiedzialność ponosi zobowiązany do zawarcia umowy. Zastrzeżenie wadium nie tylko zatem upraszcza, ale i zaostrza odpowiedzialność za uchylenie się od obowiązku kontraktowania. Zarachowanie wadium przez zamawiającego albo odwrotnie: żądanie podwójnego wadium przez zwycięskiego oferenta – niweczy jednak dalej idące roszczenia odszkodowawcze.

Warunkowy charakter zastrzeżenia wadialnego wymusza „niezwłoczny zwrot wadium” wybranemu wykonawcy, gdy zdołano już zawrzeć umowę z wymaganym zabezpieczeniem jej wykonania, natomiast pozostałym wykonawcom zwrot wadium należy się już po wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 46 ust. 1 Pzp). Ten ustawowy obowiązek zamawiającego powinien być łączony z kodeksową dyspozycją z art. 70⁴ § 2 zd. 2 kc, że „zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa”. W odniesieniu do zwycięskiego oferenta wadium, inaczej niż zadatek, nie może być zaliczone na poczet świadczenia strony, która go dała (art. 394 § 2 kc), ponieważ nie umacnia ono świadczenia o doniosłości gospodarczej, lecz jedynie obowiązek zawarcia umowy. Nawiązując umowę finalną strony mogą zaliczyć wadium, nie tyle na poczet świadczenia umownego wykonawcy (jest niepieniężne), ile na poczet ewentualnego kaucyjnego zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy.

Żądanie ponownego wniesienia wadium względem wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą w wyniku rozstrzygnięcia odwołania przez KIO, jest dopuszczalne w oparciu o art. 46 ust. 3 Pzp. Przepis ten nie obejmuje jednak pozostałych przypadków ponownego wyboru oferty ze skutkiem odmiennym w stosunku wyboru pierwotnego. W szczególności sam zamawiający może przecież ubezskutecznić wybór błędny albo działając pod wpływem zaleceń pokontrolnych, nie wspominając o ponownym wyborze „kolejnej oferty” w trybie art. 94 ust. 3 Pzp. Potrzeba korekty legislacyjnej art. 46 ust. 3 Pzp jest oczywista. W razie zaś braku takiej możliwości zamawiający powinien mieć ustawowe prawo żądania od wykonawcy zryczałtowanego odszkodowania pieniężnego z tytułu uchylenia się wykonawcy od zawarcia umowy, w wysokości co najmniej równej wartości wymagalnego wadium. Rozwiązanie obliwu ze zwycięskim wykonawcą po wyborze oferty, a przed nadejściem terminu zawarcia umowy finalnej, wyłącznie z przyczyn wadialnych, mija się z celem postępowania zmierzającego do zawarcia umowy finalnej, wobec alternatywnej możliwości żądania odszkodowania w oparciu o art. 390 § 1 kc, tym bardziej że w praktyce zdarzają się rozmaite nieporozumienia i błędy dotyczące „wznowienia wadium”, niekoniecznie związane z uchylaniem się od zawarcia umowy finalnej.

De lege lata odszkodowanie z tytułu uchylenia się od obowiązku zawarcia umowy finalnej stanowi alternatywę względem odpowiedzialności wadialnej. Jeśli od zawarcia umowy uchyli się zwycięski oferent, zamawiający wybierając kolejną ofertę rozwiązuje stosunek przedwstępny w drodze odstąpienia. Wykreowanie bowiem nowego obowiązku kontraktowania powinno być połączone z rozwiązaniem obliwu wcześniej nawiązanego. Inaczej, niż przy typowej umowie przedwstępnej, dochodzenie odszkodowania z powodu uchylenia się od zawarcia umowy uzależnione zostało od uprzedniego upadku roszczenia o spełnienie świad-

czenia *in natura* w postaci sądowego dochodzenia zawarcia umowy. Ale gdyby w okolicznościach braku podstaw do unieważnienia postępowania przetargowego ponowny wybór oferty najkorzystniejszej nie był możliwy, zamawiający (rezygnując z odstąpienia od umowy przedwstępnej) może nadal trwać – jak się zdaje – przy roszczeniu zawarcia umowy. Natomiast w przeciwnej sytuacji, jeśli od umowy uchyla się zamawiający, brak ograniczeń z art. 94 ust. 3 Pzp sprawia, że żądający odszkodowania zwycięski oferent może jednak w świetle zasad ogólnych (art. 390 kc) spotkać się z „blokującym” oświadczeniem ze strony zamawiającego, który, dążąc do uwolnienia się od zapłaty odszkodowania, zdecyduje się ostatecznie na zawarcie umowy o zamówienie publiczne¹⁵². Upływ bowiem terminu do zawarcia umowy przyrzeczonej nie powoduje wygaśnięcia wynikającego z niej zobowiązania¹⁵³. Osobny problem wiąże się z granicami odszkodowania. Według dominującego poglądu rozmiar odszkodowania zamyka się w granicach tzw. ujemnego interesu umowy przedwstępnej¹⁵⁴. Kodeksowe określenie „druga strona może żądać naprawienia szkody, którą poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy przyrzeczonej” nasuwa wniosek, że chodzi wyłącznie o różnicę majątkową względem sytuacji, jaka miałaby miejsce, gdyby poszkodowany w ogóle nie wdał się w zobowiązanie przedwstępne. W odniesieniu do poszkodowanego zwycięskiego oferenta sytuacja ta nie budzi wątpliwości, ponieważ odszkodowanie powinno objąć wszelkie koszty przez niego nadaremnie wyłożone w związku z „wdaniem się” w niefortunny proces kontraktowania¹⁵⁵. Nie tylko zatem koszty poniesione po rozstrzygnięciu przetargu, zwłaszcza z tytułu bezskutecznych starań o zawarcie umowy, lecz także koszty przedtem poniesione w ramach uczestnictwa w bezowocnym postępowaniu. Jednakże gdy zamawiający po dokonaniu ponownego wyboru oferty zdołał zawrzeć z innym uczestnikiem przetargu umowę definitywną, szkoda nie będzie znacząca, ponieważ nie można nią objąć różnicy majątkowej zachodzącej pomiędzy propozycją oferenta uchylającego się od zawarcia umowy, a ofertą kolejnego konkurenta (pozytywny interes umowy).

4. Forma i język umowy

Forma pisemna umowy finalnej wynika z art. 139 ust. 2 Pzp, według którego umowa powinna być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Z kolei zgodnie z art. 78¹ §2 kc oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Oznacza to, że umowa o zamówienie publiczne może być zawarta także w formie elektronicznej kwalifikowanej. Równoważność formy elektronicznej względem formy pisemnej może być jednak wyłączona, z góry w warunkach zamówienia. Dyspozytywny charakter art. 78¹ §2 kc

¹⁵² Por. M. Krajewski: Sytuacja uprawnionego z umowy przedwstępnej o skutku silniejszym, PPH 1996, Nr 7, s. 22 oraz Cz. Żuławska: Komentarz... op. cit., s. 163.

¹⁵³ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 27 stycznia 2000 r., (II KKN-707/98), OSP 2000, Nr 10, poz. 147 z aprobowaną glosą M. Krajewskiego, s. 486.

¹⁵⁴ Por. zwłaszcza I. Strzępka: op. cit., s. 42 i n., Z. Radwański: System prawa cywilnego... op. cit., s. 416, A. Maciąg: op. cit., s. 32, M. Krajewski: Umowa przedwstępna... op. cit., s. 148 oraz Cz. Żuławska: Komentarz... op. cit., s. 198 i n., a także wyrok SN z dn. 28 października 1997 r. (I KKN-390/97), niepublikowany i wyrok SN z dn. 24 marca 1998 (I KKN-562/97), „Lex Polonica Maxima” 2002 (do art. 390 § 1 k.c.).

¹⁵⁵ Por. wyroki SN powołane w poprzednim przypisie.

nie budzi wątpliwości. W ogóle zastosowanie jakiegokolwiek formy szczególnej wymaga zestrojenia oświadczeń woli obu stron, a do tego niezbędne jest określone ich współdziałanie. Zamawiający nie może jednak narzucić – jak się zdaje – zastosowania wyłącznie formy elektronicznej umowy, która ciągle nie jest jeszcze powszechna, nawet w obrocie z udziałem przedsiębiorców, z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców. Aktualny stan normatywny ulegnie jednak już wkrótce zmianie, w związku z koniecznością pełnej elektronizacji zamówień publicznych. Obecnie zastrzeżenie powyższe odpada, jeśli zamawiający dopuścił w warunkach zamówienia składanie ofert wyłącznie w formie elektronicznej. Wymóg formy pisemnej dla umów o zamówienia publiczne łączy się niewątpliwie z bezpieczeństwem transakcji (wymuszenie jawności i rzetelności redakcyjnej aktów umownych oraz ułatwienia dowodowe), a także ze stworzeniem podstaw do kontroli administracyjnej udzielanych zamówień publicznych. Sankcja nieważności umowy zawartej bez zachowania formy pisemnej albo kwalifikowanej formy elektronicznej wynika wprost z ustawy. Ma charakter bezwzględny. Umowa nieformalna (ustna, z zastosowaniem faksu albo w postaci zwykłego przekazu elektronicznego) od razu jest bezskuteczna, nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych. Późniejsze potwierdzenie pisemne takiej nieformalnej umowy nie prowadzi do jej konwalidacji.

Inna forma szczególna (surowsza względem pisemnej) jest rzadko wymagana przez przepisy odrębne. Przykładowo pismo z datą pewną (art. 81 kc) jest niezbędne przy nabyciu udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, a także przy ustanowieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci zastawu na papierach wartościowych. Forma aktu notarialnego jest natomiast potrzebna do nabycia własności nieruchomości albo jej obciążenia ograniczonym prawem rzeczowym. Z kolei zbycie lub wydzierżawienie przedsiębiorstwa albo ustanowienie na nim użytkowania powinno być dokonane w formie pisemnej z podpisanymi notarialnie poświadczonymi (art. 75¹ §1 kc). Jeśli ustawa zastrzega dla umowy inną formę szczególną, umowa zawarta bez zachowania tej formy jest nieważna bezwzględnie. Nie dotyczy to jednak przypadków, gdy zachowanie formy szczególnej jest zastrzeżone jedynie dla wywołania określonych skutków prawnych (np. w odniesieniu do zastrzeżenia własności rzeczy sprzedanej w ujęciu art. 590 §1 kc, co do wypowiedzenia najmu zawartego na czas oznaczony zgodnie z art. 678 §2 kc albo w zakresie umowy rachunku powierniczego – art. 59 prawa bankowego). Problematyka prawna formy umowy zamyka się wyłącznie w sferze sposobu wyrażenia woli strony z zamiarem (stanowczym) wywołania określonych skutków prawnych i nie obejmuje innych elementów wywierających kreacyjny wpływ na czynność prawną, jak np. wpisu do księgi wieczystej, wydania rzeczy, zdolności do czynności prawnych, prawidłowej reprezentacji stron, zgody organu lub osoby trzeciej.

Do zachowania formy pisemnej umowy wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczeń woli stron¹⁵⁶. Wbrew spotykanemu niekiedy w praktyce stanowisku umowa o zamówienie publiczne nie musi być zawarta w obecności obu stron, poprzez podpisanie jednego aktu, może być zawarta także „zaocznie”, poprzez wymianę dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej

¹⁵⁶ Zarówno cały dokument, jak i sam podpis wymagają trwałych znaków (pisma), choć tekst dokumentu nie musi być w całości sporządzony na piśmie, może zawierać schematy lub inne rysunki, byle były zrozumiałe. Według art. 2431 kpc dokumenty w rozumieniu przepisów o postępowaniu dowodowym to dokumenty zawierające tekst, umożliwiające ustalenie ich wystawców. Dowody w odmiennej postaci mieszczą się w pojęciu innych źródeł dowodowych.

ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 §1 kc). Brak bowiem ustawowego wyłączenia tego sposobu podpisania umowy. Z drugiej strony jednak w trybie korespondencyjnego zawarcia umowy zachodzi niepewność co do tożsamości osoby uprawnionej i „własnoręczności podpisu”, a tym samym co do skuteczności doręczonego przez drugą stronę oświadczenia woli. Niebezpieczeństwu można zaradzić poprzez zastosowanie wymogu notarialnego poświadczenia (legalizacji) własnoręczności podpisu. Przy wymianie dokumentów zawierających oświadczenia woli indywidualnie adresowane umowa zostaje zawarta dopiero z chwilą, gdy oświadczenia zostaną wzajemnie doręczone, tak aby każda ze stron mogła zapoznać się z ich treścią (art. 61 § 1 kc). Muszą być doręczone w oryginale, nie wystarcza doręczenie za pośrednictwem faksu lub w postaci zeskanowanych kopii¹⁵⁷. Podobnie w razie sukcesywnego zawierania umowy między obecnymi, jeśli podpisy stron nie są składane jednocześnie, do umowy dochodzi dopiero z chwilą złożenia ostatniego podpisu. Podpis składa się w obecności osoby upoważnionej do odbioru oświadczenia woli po drugiej stronie: organu, pełnomocnika, sekretarza lub prokurenta. Także osobie upoważnionej doręcza się oświadczenie składane w trybie korespondencyjnym. Wyłożenie umowy jednostronnie podpisanej przez zamawiającego do podpisu dla wykonawcy praktykuje wielu zamawiających, powołując się na domniemanie pełnomocnictwa z faktu działania w lokalu urzędowym. Osoba upoważniona do odbioru oświadczenia woli od drugiej strony jest odpowiedzialna za weryfikację tożsamości osoby składającej podpis oraz umocowania do złożenia oświadczenia woli, na dzień podpisania umowy.

Sam podpis stron powinien być zrozumiały, tak jak każdy element oświadczenia woli, a ponadto dostatecznie indywidualizujący osobę (wskazujący co najmniej na jej nazwisko), choć nie musi być czytelny¹⁵⁸. Wymóg własnoręczności podpisu uzasadnia osobiste jego złożenie, piśmem ręcznym. Wyklucza się tu tzw. faksymile (odwzorowanie mechaniczne podpisu), a także elektroniczne wyrażenie intencji zawarcia umowy w formie faksu lub skanu projektu umowy. W razie wątpliwości każda ze stron może żądać od drugiej stosownego „powtórzenia podpisu” albo nawet potwierdzenia czynności przez samego mocodawcę¹⁵⁹. Podpis składa się pod tekstem umowy i jest także wyrazem zakończenia oświadczenia¹⁶⁰. Ewentualne „dopiski” poniżej podpisu nie wchodzą bowiem do oświadczenia podpisanego, nie są więc objęte formą pisemną. W odniesieniu do dokumentów wielostronicowych, wystarczy złożenie podpisu na ostatniej stronie. Pożądane jest zachowanie numeracji stron, choć nie jest konieczne oficjalne „zszycie” dokumentu przez notariusza ani nawet tzw. parafowanie poszczególnych stron, w celu zapobieżenia „podmianie” tekstu. Z tego powodu zwyczajowo umowę sporządza się co najmniej w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach¹⁶¹.

¹⁵⁷ Por. wyrok SN z 23 listopada 2007r. (IV CSK 228/07) OSNC 2008, z. C, poz. 88.

¹⁵⁸ Por. Z Radwański (w:) System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2002, s. 120 i n. oraz uchwała SN (7) z 30 grudnia 1993 r. (III CZP 146/93), OSNC 1994, Nr 5, poz. 94, w której podkreślono, aby podpis w dostatecznym stopniu odzwierciedlał cechy indywidualne osoby składającej oświadczenie woli. Stąd od podpisu odróżnia się tzw. inicjały (początkowe litery imienia i nazwiska), które mogą spełniać co najwyżej rolę tzw. parafy służącej do znakowania poszczególnych stron dokumentu.

¹⁵⁹ Osoba niemogąca pisać (np. cudzoziemiec albo osoba niepełnosprawna) może podpisać się w formie uproszczonej na zasadach wskazanych w art. 79 kc.

¹⁶⁰ Por. K. Knopek: Dokument w procesie cywilnym, Poznań 1993, s. 39 i n.

¹⁶¹ Umowa sporządzona tylko w jednym egzemplarzu jest w pełni skuteczna, a osoba w której posiadaniu znajduje się dokument obowiązana jest przedstawić go na żądanie sądu pod rygorem grzywny (art. 251 kpc).

Podpis musi pochodzić od osoby uprawnionej do zawarcia umowy, według przepisów o reprezentacji stron, w przeciwnym wypadku umowa będzie nieważna.

Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 78¹§ 1 kc). Zunifikowane w skali europejskiej wymogi dla tego rodzaju podpisów określa rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transmisji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE¹⁶², zgodnie z którym przez kwalifikowany podpis elektroniczny rozumie się podpis zaawansowany, składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia, z zastosowaniem kwalifikowanego certyfikatu. Zaawansowany podpis elektroniczny musi być „unikalnie” przyporządkowany podpisującemu w sposób umożliwiający ustalenie jego tożsamości i składany przy użyciu danych pozostających pod wyłączną kontrolą tej osoby oraz powiązany z podpisywanym tekstem (danymi) w taki sposób, że każda późniejsza jego zmiana jest rozpoznawalna (art. 26 rozporządzenia). Skoro kwalifikowany podpis elektroniczny ma charakter osobisty, przy zawarciu umowy w formie elektronicznej nie może działać jakakolwiek inna osoba (np. sekretarka), lecz wyłącznie osoba upoważniona do złożenia oznaczonego oświadczenia woli¹⁶³. Urządzenie do składania kwalifikowanego podpisu obejmuje także odpowiednio skonfigurowane oprogramowanie lub sprzęt, przeznaczone do składania podpisu elektronicznego, spełniające wymogi określone w załączniku II do powyższego rozporządzenia (co do poufności, niepowtarzalności kodu identyfikacyjnego, skutecznej ochrony przed ingerencją osób trzecich). Z kolei kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego oznacza stosowne poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji (weryfikacji) podpisu do określonej osoby fizycznej, potwierdzając co najmniej jej imię i nazwisko lub pseudonim, wydane przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania, spełniające wymogi określone w załączniku I do rozporządzenia (co do niepowtarzalności kodu identyfikacyjnego certyfikatu, okresu ważności, rodzaju podpisu, miejsca nieodpłatnego dostępu do certyfikatu i ustalenia jego statusu). Do odbioru i odczytu oświadczenia woli złożonego w formie elektronicznej nie potrzeba szczególnego sprzętu i oprogramowania ani kwalifikowanego certyfikatu. Zapoznanie się z jego treścią jest możliwe w zwykłym trybie. Rejestr urzędowy krajowych dostawców usług zaufania w Polsce prowadzi minister właściwy do spraw cyfryzacji; wpis dokonywany jest na podstawie decyzji ministra, wydanej w oparciu o przepisy ustawy z 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej¹⁶⁴. Wyznacza ona także szczegółowe warunki emisji certyfikatów przez upoważnione w wyniku rejestracji podmioty. Stosownie do art. 25 rozporządzenia 910/2014 kwalifikowany podpis elektroniczny ma skutek prawny równoważny podpisowi własnoręcznemu, a oparty na kwalifikowanym certyfikacie wydanym w jednym państwie UE jest uznawany za kwalifikowany podpis elektroniczny we wszystkich pozostałych państwach. Wymogi dotyczące urządzeń i narzędzi informatycznych zostały bowiem ujednolicone. Podpisowi elektronicznemu nie

¹⁶² Dz. Urz. L 25t, 28.08.2014, s. 73.

¹⁶³ Ten kto składa kwalifikowany podpis elektroniczny z wykorzystaniem danych przyporządkowanych do innej osoby podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3 (por. art. 40 ustawy powołanej w przypisie następnym).

¹⁶⁴ Dz. U., poz. 1579.

można odmówić skutków prawnych ani dopuszczalności jako dowodu w postępowaniu sądowym wyłącznie z tego powodu, że podpis ten ma postać elektroniczną.

Zawarcie umowy w drodze elektronicznej zbliża się do sposobu jej zawarcia poprzez wymianę dokumentów. Zgodnie z art. 61 § 2 kc oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Liczy się oczywiście wprowadzenie oświadczenia do urządzenia pozostającego pod bezpośrednią kontrolą adresata. Wystarczy, aby oświadczenie było dostępne dla adresata, a nie konieczność rzeczywistego zapoznania się z jego treścią, lecz jeśli elektroniczny nośnik oświadczenia został dotknięty defektem uniemożliwiającym prawidłowe zapoznanie się z treścią oświadczenia (dokonania tzw. odczytu) nie ma mowy o skutecznym jego doręczeniu¹⁶⁵.

Umowa o zamówienie publiczne powinna być w zasadzie wyrażona w języku polskim, który jest językiem urzędowym na obszarze Państwa polskiego. Według art. 5 ust. 1 ustawy z 7 października 1999 r. o języku polskim¹⁶⁶ podmioty wykonujące zadanie publiczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokonują wszelkich czynności urzędowych oraz składają oświadczenia woli w języku polskim, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Poza tym z art. 9 ust. 2 Pzp wynika, że oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składane są w języku polskim, o ile zamawiający w szczególnie uzasadnionym przypadku nie wyrazi zgody na zastosowanie jednego z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języka kraju, na terenie którego zamówienie jest udzielane. Skoro umowę finalną zawiera się na warunkach wybranej oferty, w szczególnie uzasadnionym przypadku można dopuścić umowę w brzmieniu dwujęzycznym, zawieraną z udziałem cudzoziemskiego wykonawcy, tym bardziej że według powszechnego zapatrywania naruszenie wymagań ustawy o języku polskim nie pociąga bezwzględnej nieważności czynności prawnej¹⁶⁷.

Umowa pisemna albo elektroniczna należy do kategorii dokumentów prywatnych, także w sferze zamówień publicznych (art. 245 kpc). Stanowi dowód tego, że osoba, która ją podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie¹⁶⁸. Jeżeli został sporządzony dokument obejmujący umowę, pismo z datą pewną albo akt notarialny, zachodzi domniemanie, że dokument ten zawiera tylko to, co strony oświadczyły oraz, że zawiera całość ich oświadczeń i odzwierciedla je dokładnie, bez zniekształceń¹⁶⁹. Może być ono obalone dowodem przeciwnym. Przepisy art. 246 – 247 kpc przewidują jednak istotne ograniczenia w tym zakresie. Zgodnie z art. 246 kpc jeżeli ustawa wymaga dla czynności prawnej zachowania formy pisemnej, dowód ze świadków lub przesłuchania stron w sprawie między uczestnikami tej czynności na fakt jej dokonania jest dopuszczalny tylko w wypadku, gdy dokument obejmujący czynność został zagubiony, zniszczony lub zabrany przez osobę trzecią. Wpraw-

¹⁶⁵ Por. zwłaszcza J. Grygiel (w:) Kodeks cywilny, t. I, Komentarz, art. 1–449, red. M. Gudowski, Warszawa 2016, s. 402 oraz postanowienie z 10 grudnia 2003 r. (V CZ 127/03), OSNC 2005, Nr 1, poz. 12.

¹⁶⁶ Dz.U. z 2001 r., Nr 43, poz. 224, ze zm.

¹⁶⁷ Por. zwłaszcza Z. Radwański (w:) System prawa... op. cit., s. 123–124, J. Grygiel: op. cit., s. 650 oraz...

¹⁶⁸ Sąd w razie potrzeby może wezwać wystawcę dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej do udostępnienia informatycznego nośnika danych, na którym został ten dokument zapisany (art. 254 § 21 kpc).

¹⁶⁹ Tak J. Gwiżdżomski: Nowe przepisy o formie czynności prawnej (w:) Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki, Warszawa–Wrocław 1967, s. 79 oraz E. Drozd (w:) System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 118.

dzie powyższe ograniczenie dowodowe dotyczy jedynie samego faktu zawarcia umowy, a nie jej treści, lecz bez wskazania, o jaką czynność chodzi, nie można twierdzić o jej istnieniu. W konsekwencji faktu zawarcia umowy dowodzi się w zasadzie za pomocą dokumentu pisemnego wymaganego pod rygorem nieważności. W związku z tym nasuwa się pytanie, czy wszystkie postanowienia umowy muszą być pod nieważnością wyrażone w przepisanej formie, czy też niektóre z nich mogą wynikać z porozumienia nieformalnego? W piśmiennictwie i orzecznictwie zaznaczyła się rozbieżność stanowisk, zmierzająca w kierunku trzech koncepcji¹⁷⁰. Według koncepcji liberalnej¹⁷¹ wystarczy, aby tylko elementy przedmiotowo istotne umowy objęte zostały dokumentem, pozostałe – nieformalnie uzgodnione – zachowują ważność. Została powszechnie odrzucona z uwagi na podstawowy cel formy pisemnej, związany z bezpieczeństwem transakcji, zwłaszcza że postanowienia nie zaliczane do elementów konstytutywnych (np. warunek) mogą istotnie zmienić sens podstawowej treści umowy¹⁷². Koncepcja rygorystyczna zakłada zaś, że wszystkie objęte umową elementy muszą być wyrażone pod nieważnością w dokumencie¹⁷³. Jednak zarzuca się jej brak realizmu, skoro postanowienia umów wykraczają często poza kwestie istotne w praktyce. Bywają niekiedy drobiazgowe, o różnym ciężarze gatunkowym, a obok dyspozycji istotnych pojawiają się uzgodnienia drugoplanowe. W zakresie stosunków obrotu powszechnego dominuje zatem koncepcja pośrednia, dopuszczająca skuteczność dodatkowych postanowień umownych objętych wolą stron, mimo że nie zostały ujęte w dokumencie¹⁷⁴. W każdym razie ewentualne uznanie za nieważne nieistotnych umownych postanowień zazwyczaj następczych nie może mieć wpływu na ważność całej umowy. W ramach tej koncepcji nie stoi też na przeszkodzie, aby strony zastosowały się do nich, nawet wówczas, gdy ich wykonanie prowadzi do spełnienia jakiegoś świadczenia ubocznego¹⁷⁵. Na gruncie prawa zamówień publicznych właściwa jest raczej koncepcja rygorystyczna, skoro z jednej strony wszystkie zapowiedziane z góry postanowienia umowy (projektowane) są istotne i wchodzić automatycznie (*via* oferta i jej przyjęcie) do umowy finalnej w zgodzie z art. 140 Pzp¹⁷⁶, a z drugiej strony nawet nieistotne odstępstwa od umowy powinny być w zasadzie zalegalizowane w drodze zmiany jej postanowień (por. art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp). Potwierdza to bieżące orzecznictwo, zwłaszcza w odniesieniu do prac dodatkowych przy umowie o dzieło lub o roboty budowlane, uruchamianych w oparciu o nieformalne uzgodnienia stron, które nie są rozliczane na podstawie umowy, lecz na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu¹⁷⁷.

Ograniczenie dowodowe z art. 247 kpc ma doniosłe znaczenie praktyczne, skoro dowód ze świadków lub z przesłuchania stron przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu obejmującego czynność prawną może być dopuszczany między uczestnikami tej czyn-

¹⁷⁰ Zestawił je i opatrzył komentarzem E. Drozd: op. cit., s. 115–117.

¹⁷¹ Za czołowego jej przedstawiciela uważa się A. Szpunara: Zakres formy notarialnej przy przeniesieniu własności nieruchomości, „Nowe Prawo” 1987, Nr 9, s. 3 i n.

¹⁷² Por. E. Drozd: System... op. cit., s. 115.

¹⁷³ Tak zwłaszcza Z. Radwański: System prawa cywilnego, T. I, Część ogólna, Ossolineum 1981, s. 636.

¹⁷⁴ Tak E. Drozd: System... op. cit., s. 117.

¹⁷⁵ Tamże.

¹⁷⁶ Przepis art. 140 ust. 2 dopuszczający nieistotne odstępstwa został uchylony w 2007 r.

¹⁷⁷ Por. zwłaszcza wyroki SN... powołać uchwałę Sądu Najwyższego z 7 maja 2010 r. (II CZP 26/10), OSNC 2010, Nr 12, poz. 159 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 21 lutego 2013 r. (IV CSK 354/12), z glosą R. Szostaka, PZP 2014, Nr 3, s. 120 i n.

ności (ich następcami prawnymi) tylko w wypadkach, gdy nie doprowadzi to do obejścia przepisów o formie zastrzeżonej pod rygorem nieważności i gdy ze względu na szczególne okoliczności sprawy sąd uzna to za konieczne. Oznacza to, że rezultatem zastępczego dowodu nie może być rozpatrywanie nieformalnych uzgodnień dodatkowych (występujących poza osnową dokumentu) w kategoriach ważnych postanowień umownych. Istnienie nieważnych postanowień poza osnową dokumentu nie wyklucza – rzecz jasna – przeprowadzenia w razie potrzeby dowodu na ich treść, np. w celu dokonania prawidłowej wykładni ważnych postanowień umownych albo rozliczenia nienależnego świadczenia ubocznego, czy też w celu wykazania nieautentyczności dokumentu¹⁷⁸. Bez ograniczeń dopuszczalny jest natomiast dowód ze świadków co do osnowy dokumentu (nie przeciwko ani ponad osnowę), zwłaszcza przy dokonywaniu wykładni jego postanowień. Jeśli strona zaprzecza prawdziwości dokumentu albo twierdzi, że zawarte w nim oświadczenie osoby, która je podpisała, od niej nie pochodzi, obowiązana jest okoliczności te udowodnić, a gdy spór dotyczy dokumentu pochodzącego od innej osoby niż strona zaprzeczająca, prawdziwość dokumentu powinna udowodnić strona, która chce z niego skorzystać (art. 253 kpc). Strona, która w złej wierze lub lekkomyślnie zgłosiła powyższy zarzut podlega karze grzywny (art. 255 kpc).

Uzupełnienie lub zmiana umowy o zamówienie publiczne wymaga w świetle art. 77 § 1 kc zachowania takiej formy, jaką ustawa przewiduje w celu jej zawarcia. Wymóg „takiej samej formy” odnosi się zarówno do jej rodzaju, warunków zachowania jak i rygoru niezachowania. Strony mogą jednak postanowić w umowie o surowszych wymaganiach formalnych dla następnych czynności, np. zastrzec formę pisemną z datą pewną. Zmiana umowy polega wyłącznie na modyfikacji jej treści, natomiast uzupełnienie oznacza dodanie nowych elementów. W praktyce często dochodzi do jednoczesnej zmiany i uzupełnienia kontraktu. Z uwagi na wymóg przejrzystości i zasadę realnego wykonania zamówienia, zorientowanego na zaspokojenie potrzeb zbiorowych, w zamówieniach publicznych obowiązuje jednak generalny zakaz zmiany lub uzupełnienia umowy z wyjątkiem przypadków ustawowo wskazanych (por. art. 144 Pzp). Wprawdzie ustawa nie narzuca procedury zawarcia umowy nowelizującej wcześniejszy kontrakt w sprawie zamówienia publicznego, lecz z uwagi na ogólny obowiązek staranności w zarządzaniu mieniem publicznym powinna zostać ona poprzedzona co najmniej rzetelnymi negocjacjami. Dopuszczenie do zmiany (uzupełnienia) umowy z naruszeniem ustawy grozi unieważnieniem następcej czynności prawnej, a także odpowiedzialnością karno-administracyjną wobec osoby, która do tego doprowadziła.

W świetle art. 77 § 2 kc, jeżeli umowa została zawarta w formie pisemnej albo elektronicznej, jej rozwiązanie za zgodą obu stron (w zasadzie wykluczane w zamówieniach publicznych), jak również odstąpienie od niej albo jej wypowiedzenie wymaga zachowania formy dokumentowej pod rygorem nieważności, o ile strony nie zastrzegły innej formy, zwłaszcza zwykłej formy pisemnej. Wprowadzenie liberalnej formy dokumentowej nastąpiło w 2016 r. Dla jej zachowania wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu pisemnego albo elektronicznego (w tym nadanego faksem), w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie¹⁷⁹. Za dokument uważa się tu jednak każdy nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią (art. 77³ kc). W odniesieniu do dokumentu elektronicznego nie

¹⁷⁸ Por. E. Drozd: System... op. cit., s. 121.

¹⁷⁹ Więcej o formie dokumentowej D. Szostek (w:) Informatyzacja postępowania cywilnego, Komentarz, red. J. Gołaczyński, Warszawa 2016, s. 58–68.

musi to być tekst opatrzony kwalifikowanym podpisem. W bieżącej praktyce zamówień publicznych strona zazwyczaj zastrzegają formę pisemną dla odstąpienia lub wypowiedzenia umowy. W braku zastrzeżenia o wyborze rodzaju formy dokumentowej decyduje strona składająca drugie jednostronne oświadczenie o rozwiązaniu umowy. Podstawą jednostronnego rozwiązania umowy może być tylko konkretny przepis ustawy. Z uwagi na zasadę realnego wykonania zobowiązania oraz obciążający zamawiającego obowiązek dochodzenia roszczeń wyklucza się zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne (zob. dalej).

Wykładnia postanowień umowy o zamówienie publiczne odbywa się przy zastosowaniu reguł ogólnych z art. 65 kc. Przepisy Pzp nie zawierają rozwiązań odmiennych¹⁸⁰. Celem wykładni jest ustalenie rzeczywistej treści lub znaczenia niejasnych (błędnych) postanowień umownych, które zdarzają się – niestety – często na tle swobody kontraktowej. Potrzeba rzetelnej wykładni podyktowana jest zazwyczaj tym, że oświadczenie woli skutkuje jedynie na tyle, na ile daje się zrozumieć¹⁸¹. Każde bowiem oświadczenie woli powinno ujawniać wolę osoby w sposób dostateczny (art. 60 kc). Wszelkie zaś rozbieżności w ocenie praw i obowiązków stron wynikających z umowy utrudniają jej wykonanie i grożą niepotrzebnymi sporami, tym bardziej, że przypisanie niejasnych dyspozycji umownych właściwym przepisom prawa (subsumcja) bywa ryzykowne. Stanowiące wynik wykładni zgodne ustalenia stron można stwierdzić w formie wspólnego stanowiska albo nawet zawrzeć w tym celu (dla wzmocnienia bezpieczeństwa transakcji) specjalne porozumienie interpretacyjne. Wykładnia oświadczeń woli nie może jednak zmierzać do zmiany umowy (zwłaszcza do uniknięcia jej skutków) albo do odstąpienia od uzgodnionego zakresu lub sposobu jej wykonania. Ich skuteczność ocenia się z punktu widzenia ustawowych przesłanek dopuszczalności oraz wymagań formalnych następcej czynności prawnej¹⁸². Stąd nieformalne odstąpienie od powinności umownych rozpatruje się konsekwentnie w kategoriach nienależytego wykonania zobowiązania.

Obowiązuje zobiektywizowana metoda wykładni oświadczenia woli. Należy je tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego (uczciwego obrotu) oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy raczej badać to, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu (art. 65 § 2 kc). W zamówieniach publicznych okoliczności zawarcia i cel umowy bywają bardziej przejrzyste niż w stosunkach obrotu powszechnego. Zamawiający z góry bowiem projektuje umowę wraz z niemal wszystkimi warunkami zamówienia, a te które stanowią wynik przetargu lub innej procedury (wysokość ceny lub wynagrodzenia, wybrane właściwości jakościowe, zastrzeżenie odpowiedzialności za wady itd.) zazwyczaj także nie budzą wątpliwości. W niektórych kwestiach doniosłą rolę kreacyjną odgrywają przepisy ustawy dotyczące umów o zamówienia publiczne. Dla wykładni postanowień umowy nie bez znaczenia jest też charakter potrzeb publicznych, dla których zaspokojenia udziela się zamówień publicznych (cel umowy). Ostatnio rośnie jednak liczba zamówień skomplikowanych (informatycznych, badawczych, transportowych, budowlano – montażowych itd.) wy-

¹⁸⁰ Por. wyroki SN z 17 czerwca 2009 r. (IV CSK 90/09), Lex Polonica 2046961 oraz z 12 stycznia 2012 r. (IV CSK 219/11), Legalis.

¹⁸¹ Więcej Z. Radwański: Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom, Wrocław 1992, s. 101 i n.

¹⁸² Por. wyrok SN z 19 lipca 2000 r. (II CKN 283/00), Legalis.

magających specjalistycznego opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego wykonania. Dlatego w praktyce rozbieżności w ocenach stron dotyczą często ustaleń projektowych lub innych dyspozycji zawartych w dokumentacji techniczno-realizacyjnej towarzyszącej umowie, wymagających uwzględnienia standardów i wiedzy fachowej właściwej dla danej dziedziny życia gospodarczego. Szczególną rolę odgrywają także ustalone zwyczaje¹⁸³.

Uzupełniające znaczenie ma zatem, preferowana powszechnie, tzw. metoda kombinowana wykładni, zgodnie z którą w pierwszej kolejności dążyć trzeba do uwzględnienia rzeczywistej woli stron, lecz jeśli prowadzi to do kolizji z ochroną uzasadnionego zaufania osób trzecich badane postanowienie umowne należy tłumaczyć tak, jak są one pojmowane przez przeciętnego i rozsądnie działającego uczestnika obrotu¹⁸⁴. W odniesieniu zaś do umów adhezyjnych nie wynegocjowanych indywidualnie, obowiązuje maksyma *in dubio contra proferendum*, zgodnie z którą strona sporządzająca tekst umowy ponosi ryzyko jej niejasnych postanowień, które w razie niedających się usunąć wątpliwości mogą być zinterpretowane na jej niekorzyść albo w ogóle pominięte jako niezrozumiałe¹⁸⁵. Pomimo ograniczeń dowodowych przewidzianych dla formy pisemnej pod rygorem nieważności (art. 246–247 kpc) dopuszczalny jest dowód w postaci wyjaśnienia niejasnych postanowień zawartych w dokumencie, który nie uważa się za dowód przeciwko osnowie dokumentu¹⁸⁶. To samo dotyczy załączników stanowiących integralną część osnowy dokumentu, nawet w zakresie postanowień zawierających deklaracje, informacje lub inne oświadczenia nie będące oświadczeniami woli, do których stosuje się odpowiednio przepisy o oświadczeniach woli (art. 65¹ kc).

5. Jawność umów o zamówienia publiczne

Jawność wynikająca z nakazu ustawowego, zawartego w art. 139 ust. 3 Pzp, wprowadzona została ze względów publicznych. Przede wszystkim zapewnia kontrolę społeczną samych umów (zwłaszcza zawieranych w trybie z wolnej ręki), ewentualnych zmian i uzupełnień wzbogacających zawarte umowy, nie zawsze w zgodzie z ustawą, a także sposobu ich realizacji na tle zasady realnego wykonywania zobowiązań. Przy braku powyższego przepisu udostępnienie umowy cywilnoprawnej do wiadomości publicznej zależałoby od dobrej woli stron, które mogłyby też niektóre umowy o niewygodnej treści obejmować tajemnicą. Tymczasem z mocy ustawy umowy o zamówienia publiczne wraz ze wszystkimi towarzyszącymi im załącznikami są jawne, natomiast ewentualnie tajemnice w nich zawarte stanowią wyjątek, na dodatek ściśle ograniczony ustawowo. Prawo zamówień publicznych, inaczej niż w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia, nie reguluje sposobu

¹⁸³ Por. F. Studnicki: Działanie zwyczaju handlowego, Kraków 1948, s. 51 i n., oraz M. T. Knypl, K. Trzcinski: Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym, PPH 1997, Nr 8, s. 38.

¹⁸⁴ Por. uchwałę SN (7) z 29 czerwca 1995 r. (III CZP 66/95) OSNC 1995, Nr 12, poz. 168 oraz wyroki SN z 2 kwietnia 2009 r. (II CSK 614/08), OSNC 2010, Nr 2, poz. 232 oraz z 10 czerwca 2011 r. (II CSK 568/10), OSNC 2012, Nr 13, poz. 40.

¹⁸⁵ Por. zwłaszcza wyroki SN z 8 stycznia 2010 r. (IV CSK 269/00), Legolis oraz z 5 lipca 2013 r. (IV CSK 1/13), Legalis

¹⁸⁶ Por. Z. Radwański: Wykładnia..., op cit., s. 159 raz A. Janiak (w:) Komentarz KC, t. I (red. J. Kidyba), Warszawa 2012, s. 431, a także uchwałę SN z 29 czerwca 1995 r. (III CZP 66/95) OSNC 1995, Nr 12, poz. 168 i wyrok z 4 lipca 2014 r. (II CSK 612/12), OSNC 2015, Nr 6 poz. 73.

udostępniania umów do wiadomości osób trzecich, odsyłając do „zasad określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej”. W pierwszej kolejności oznacza to, że postanowienia tych umów wraz z dokumentami towarzyszącymi stanowią przedmiot informacji publicznej w rozumieniu ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej¹⁸⁷. Bez przepisu art. 139 ust. 3 Pzp i zawartego w nim odesłania nie byłoby dostatecznie pewne, czy umowa o zamówienie publiczne (z natury cywilnoprawna, czyli prywatnoprawna) rzeczywiście stanowi informację publiczną w rozumieniu przepisów odrębnych. Tymczasem w ramach powszechnego „prawa do informacji publicznej” każdy jest uprawniony do niezwłocznego uzyskania aktualnej informacji o dowolnej umowie o zamówienie publiczne, wraz z wglądem do dokumentów, a nawet dostępem do posiedzeń kolegialnych organów władzy publicznej (pochodzących z powszechnych wyborów) w sprawach związanych z takimi umowami (art. 2–3 ustawy). Brak tu jakichkolwiek ograniczeń rodzajowych. Powszechnym dostępem informacyjnym objęte są wszelkie typy umów, nawet umowy zlecenia, o dzieło i kontrakty menadżerskie, stosowane przy alternatywnym zatrudnieniu osób względem umowy o pracę. Do udostępnienia informacji na żądanie obowiązani są wszyscy zamawiający, bez względu na ich status, nawet osoby prywatne wykonujące zadania publiczne lub gospodarujące środkami publicznymi (art. 4 ustawy). Dopuszcza się jedyne ograniczenia o charakterze ustawowym, a mianowicie w odniesieniu do wiadomości objętych przepisami o ochronie informacji niejawnych¹⁸⁸ oraz o ochronie innych tajemnic (bankowej, skarbowej, adwokackiej itd.), ponadto prawo do informacji podlega ograniczeniu także ze względu na prywatność osoby fizycznej¹⁸⁹ lub tajemnicę przedsiębiorcy (art. 5 ustawy). W odniesieniu do sfery prywatności wyłącza się z publikacji (wglądu) dane dotyczące osób trzecich, lecz jedynie wybrane (tzw. wrażliwe), uzasadnione ochroną dóbr osobistych lub danych osobowych w rozumieniu ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych¹⁹⁰. W świetle projektowanej ustawy o jawności życia publicznego zakres oraz formy jawności umów o zamówienia publiczne mają być znacznie poszerzone

W zakresie natomiast tajemnicy przedsiębiorcy liczy się wyłącznie informacja uprzednio wyodrębniona i zastrzeżona jako informacja od początku poufna, odpowiednio zabezpieczona przed dostępem osób trzecich oraz doniosła pod względem gospodarczym¹⁹¹. Brak któregośkolwiek z tych elementów uniemożliwia zastrzeżenie stanu tajemnicy. Obowiązek ochrony tajemnicy upada jeśli określona wiadomość stała się dostępna dla osób nieupoważnionych. Zasady ochrony innych rodzajów tajemnicy normują przepisy odrębne. Naruszenie ochrony skutecznie zastrzeżonej tajemnicy jest karalne jako przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności.

Udostępnianie informacji dotyczących umów o zamówienia publiczne następuje w szczególności w drodze ich ogłoszenia lub wyłożenia w miejscu ogólnie dostępnym oraz

¹⁸⁷ Dz. U. z 2015r., poz 2058 ze zm.

¹⁸⁸ Ustawa z 5 sierpnia 2010 o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2016, poz. 1167).

¹⁸⁹ Nie dotyczy to jednak osób pełniących funkcje publiczne.

¹⁹⁰ Dz. U. z 2016 r., poz. 922.

¹⁹¹ Por. w tym zakresie art. 11 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., poz. 1503, ze zm.), a także S. Sołtyśński: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz, Red. J. Szwaia, Warszawa 2006, s. 443 i n. W świetle wyroku SN z 5 września 2001 r. (I CKN 1159/00), OSNC 2002, Nr 5, poz. 67 wyklucza się objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa takiej informacji, o której treści zainteresowany może powziąć wiadomość w zwykłej, dozwolonej drodze.

indywidualnego udostępniania z możliwością kopiowania lub przesłania na adres elektroniczny wnioskodawcy. Udostępniania informacji następuje na wniosek, bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 14 dni, pod rygorem skargi sądowej na bezczynność (art. 12–13 ustawy)¹⁹². Ochrona udostępnienia wnioskowanej informacji wymaga wydania decyzji w trybie przepisów kpa, wraz ze stosowanym uzasadnieniem, która może być zaskarżona w trybie odwoławczym, a w razie braku takiej możliwości od razu do właściwego sądu administracyjnego. Wyjątkowe ograniczenia w dostępie do informacji dotyczącej umów o zamówienia publiczne nie mogą być interpretowane rozszerzająco¹⁹³. W piśmiennictwie ujawniły się wątpliwości co do tego, czy dokumenty pośrednio związane z umową o zamówienie publiczne, takie jak protokoły odbioru, reklamacja wadliwości świadczenia, wezwania, faktury itd., także są jawne w ramach jawności umowy, czy też zamawiający może odmówić ich udostępnienia¹⁹⁴? Ostatecznie umocnił się pogląd właściwy dla wykładni funkcjonalnej, według którego jawnością powinny być objęte wszelkie dokumenty związane z umową o zamówienie publiczne, jako źródłem zobowiązania podlegającego realnemu wykonaniu, tym bardziej, że dokumenty rozliczeniowe są również objęte jawnością finansów publicznych¹⁹⁵.

6. Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych

Możność posłużenia się osobą trzecią przy realizacji zobowiązania wynika z zasady kodeksowej. Według bowiem art. 356 § 1 kc wierzyciel może żądać osobistego świadczenia od dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej (umowy), z ustawy albo z właściwości świadczenia. Unormowanie to jest odpowiednikiem art. 202 § 1 dawnego kodeksu zobowiązań, z drobnymi zmianami o charakterze redakcyjnym¹⁹⁶. Podobne rozwiązania normatywne obowiązują w innych państwach europejskich¹⁹⁷. Tylko wyjątkowo konieczność świadczeń osobistych wynika z ich właściwości (spełnianych z udziałem architektów, artystów, naukowców), z przepisu ustawy lub z wyraźnego zastrzeżenia umownego. Dopuszczenie trzeciego, nawet za zgodą wierzyciela, nie oznacza jednak, aby wierzyciel nabywał względem niego jakiegokolwiek roszczenia, może je kierować jedynie bezpośrednio przeciwko dłużnikowi – wykonawcy. Kodeks w żadnym z przepisów nie określa roli osoby trzeciej. Może być ona trojaka. Najczęściej osoba trzecia występuje w charakterze pomocnika, pozostając pod bezpośrednim kierownictwem dłużnika – wykonawcy albo funkcjonuje bardziej samodzielnie jako wyręczyciel¹⁹⁸. Rzadziej zaś działa jako przedstawiciel ustawowy, zwłaszcza

¹⁹² Por. zwłaszcza wyrok NSA z 22 listopada 2011 r. (I OSK-2215/11),... „Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych” (elektroniczna).

¹⁹³ Por. wyrok NSA z 1 października 2010 r. (I OSK 1149/10), Lex Polonica, nr 2514371, a także I. Kamińska, M. Rozbicka-Oskawska: Dostęp do informacji publicznej – orzecznictwo sądowe, Warszawa 2007, s. 37 i n.

¹⁹⁴ Więcej o tym M. Makowski: Jawność umów o zamówienia publiczne – zagadnienia wybrane, Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych” 2011, Nr 3, s. 11 i n., ilustrujący problem bogatym orzecznictwem.

¹⁹⁵ Por. zwłaszcza wyrok NSA z 22 listopada 2011 r. powołany w przypisie 193 oraz wyrok z 9 grudnia 2010 r. WSA w Opolu (IISAB/Op 27/10), niepublikowany.

¹⁹⁶ Por. zwłaszcza R. Longchamps de Berier: op. cit., s. 334–335 oraz F. Błahuta (w:) Kodeks cywilny – Komentarz, t. 2, Warszawa 1972, s. 853.

¹⁹⁷ Więcej o tym T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania, Warszawa 1982, s. 120 i in.

¹⁹⁸ Tamże, s. 228 i n.

względem małoletniego przedsiębiorcy albo w charakterze kuratora ustanowionego dla osoby prawnej niemającej przejściowo organów. W zamówieniach publicznych liczą się zasadniczo tylko pierwsze dwa przypadki. Przyczyny angażowania osób trzecich nie mają większego znaczenia prawnego, lecz jedynie faktyczne. Dopuszczenie podmiotu trzeciego do realizacji zobowiązania podyktowane jest na ogół potrzebą poszerzenia możliwości realizacyjnych wykonawcy lub innymi względami wymuszającymi współpracę z innymi osobami. W zamówieniach publicznych szczególnie doniosła bywa potrzeba wzmocnienia wiarygodności ekonomicznej lub techniczno-organizacyjnej wykonawcy (art. 22a Pzp).

Swoboda angażowania osób trzecich przy realizacji zobowiązania odpowiada potrzebom rozwiniętego obrotu gospodarczego. Sprzyja bowiem podnoszeniu jakości świadczonych usług lub robót budowlanych (specjalizacja), obniżeniu kosztów realizacyjnych, przyspieszeniu wykonania zobowiązań itd. Dodatkowo wzmacnia też zasadę równego dostępu do zadań finansowanych ze środków publicznych, a ponadto efektywność zaspokojenia potrzeb zbiorowych, z poszanowaniem wymagań uczciwej konkurencji. Na przeszkodzie mogą stać jednak konkretne zakazy prawne, zwłaszcza ustawowe (por. np. art. 738 i 840 kc) lub wyraźne zastrzeżenie umowne, podyktowane szczególnymi potrzebami zamawiającego. Właściwości świadczenia, wymagające osobistego zaangażowania dłużnika – wykonawcy, rzadko sprzeciwiają się powierzeniu powinności obligacyjnych innym osobom, z uwagi na nieliczne przypadki występowania takich świadczeń w obrocie gospodarczym. Świadczenie o właściwościach osobistych może być też spełnione przez osobę trzecią za indywidualną zgodą zamawiającego – wierzyciela. W sferze zamówień publicznych kontraktowanie świadczeń artystycznych, związanych z działalnością twórczą lub naukowo – ekspercką albo z inną zindywidualizowaną aktywnością zdarza się jednak częściej niż w obrocie powszechnym. O wiele częściej też dają o sobie znać rozmaite zagrożenia wynikające z ułomności nadzoru nad osobami trzecimi, dopuszczonymi do realizacji usług lub robót budowlanych, wprawdzie standardowych, lecz nierzadko złożonych technologicznie. Dodatkowo nakładają się też trudności w dochodzeniu odpowiedzialności z tytułu obniżonej jakości świadczeń, spełnianych za pośrednictwem osób trzecich, nieposiadających dostatecznej wiedzy, doświadczenia lub kwalifikowanego personelu. Tymczasem realizacja zamówienia z udziałem osób trzecich nie może być gorsza, niż osobiście przez samego wykonawcę. Dlatego w praktyce, z tych właśnie przyczyn, dochodzi do ograniczenia bądź nawet znacznego wyłączenia podwykonawstwa oraz zaostrzenia kontroli nad aktywnością pomocników lub wyręczycieli wykonawcy. W zamówieniach publicznych racjonalizację podwykonawstwa kształtuje się ustawowo (por. art. 36a i 36b Pzp).

Świadczenie osobiste to takie, które ma być wynikiem zachowania samego dłużnika (np. wykonanie utworu, wydanie opinii) lub od niego pochodzić (np. dostarczenie rzeczy)¹⁹⁹. Dla utrzymania osobistego charakteru świadczenia nie jest konieczne bezpośrednio osobiste wręczenie przedmiotu, jego przekazanie, czy przesłanie zamawiającemu; wyjąwszy jednak podwykonawstwo przy umowie o usługi transportowe. Jeśli natura świadczenia na to pozwala może być ono wydane zwłaszcza za pośrednictwem przedstawiciela wykonawcy lub przez posłańca. Podobnie, jeśli nie zachodzą szczególne okoliczności (np. charakterystyczne dla świadczeń autorskich lub artystycznych) nie jest sprzeczne z pojęciem osobistego świadczenia posłużenie się przez dłużnika – wykonawcę pozostającymi pod jego bezpo-

¹⁹⁹ Tak zwłaszcza F. Błahuta: op. cit., s. 853, W. Czachórski: Zobowiązania – zarys wykładu, Warszawa 1978, s. 219 oraz J. Dąbrowa (w.): System prawa cywilnego, t. III/1, Prawo zobowiązań – część ogólna, Ossolineum 1981, s. 730 i n.

średnim kierownictwem i nadzorem osobami służebnymi, zwłaszcza asystentami, sekretarkami, stażystami lub innymi podległymi pracownikami²⁰⁰. W przypadku osób prawnych świadczenie osobiste zachodzi w istocie tylko w ramach powinności załatwianych bezpośrednio przez ich organy statutowe²⁰¹. Dlatego od dawna spotyka się postulat doprecyzowania regulacji tak, aby w ramach osobistego działania osoby prawnej, dopuścić także pracowników funkcjonujących z upoważnienia lub na polecenie, tym bardziej, że profesjonalny charakter działalności osób prawnych, a nawet w ogóle przedsiębiorców, wymusza zaangażowanie kwalifikowanego personelu. Poza tym świadczenie będące czynnością prawną, polegające na złożeniu повинного oświadczenia woli nie musi być wykonane przez właściwy organ zobowiązanego, lecz wystarczy działanie upoważnionego pełnomocnika zachowującego granice (instrukcje) umocowania. Zdarza się ponadto, że wykonawca będący osobą prawną zobowiązuje się na żądanie zamawiającego powierzyć wykonanie czynności dłużniczych innej osobie o szczególnych właściwościach (np. artyście, architektowi, wykładowcy) lub podwładnemu określonej kategorii, legitymującemu się dostateczną wiedzą i doświadczeniem osobistym. Zaangażowanie pracowników i zleceniobiorców oraz innych osób pozostających pod bezpośrednim kierownictwem wykonawcy przy realizacji zamówienia (za wyjątkiem niektórych przypadków wyżej przedstawionych), z braku odmiennych podstaw prawnych konsekwentnie uważać trzeba za dopuszczenie osób trzecich, działających w charakterze pomocników. W piśmiennictwie i orzecznictwie nazywa się ich ogólnie „podwładnymi”, zwłaszcza na użytek odszkodowawczej odpowiedzialności deliktowej, obejmującej każdego (nawet samego zamawiającego), kto „powierza czynności drugiemu”, przy zachowaniu kierownictwa i prawa do udzielania wskazówek (art. 429–430 kc). Podwładni to niewątpliwie pomocnicy, lecz jeśli pomocnictwo osoby trzeciej nie jest połączone z podległością wchodzi w status podwykonawstwa. Z podmiotowego punktu widzenia podwykonawstwo nie wyczerpuje zatem wszystkich sytuacji z udziałem osób trzecich. Odnosi się tylko do takich pomocników, współpracowników lub wyręczycieli dłużnika, którzy przy realizacji zamówienia zachowują pewną samodzielność. Wprawdzie podwykonawcy podlegają kontroli wykonawcy, a nawet samego zamawiającego (na podstawie umowy), lecz już nie takiemu nadzorowi, który łączy się z prawem wydawania na bieżąco wiążących wskazówek i poleceń. Stąd wykluczenie z góry podwykonawstwa w realizacji zamówienia nie oznacza bynajmniej całkowitego wyłączenia udziału osób trzecich, zwłaszcza personelu zatrudnionego w ramach stosunków pracy lub równorzędnych umów cywilnoprawnych.

Wierzyciel ma prawo odmówić przyjęcia świadczenia o charakterze osobistym od osoby trzeciej, choćby działała za wiedzą i wolą dłużnika. Odmowa taka nie może uzasadniać zarzutu zwłoki wierzyciela w rozumieniu art. 480 § 2 kc. Tylko wyjątkowo, w odniesieniu do wymagalnej wierzytelności pieniężnej, z uwagi na wyraźny przepis art. 356 § 2 kc, wierzyciel nie ma prawa odmówić przyjęcia zapłaty od osoby trzeciej, chociażby działała bez wiedzy dłużnika. W zamówieniach publicznych kwestie sporne dotyczą jednak zazwyczaj powinności wykonawcy, a nie zamawiającego. Jeśli zatem świadczenie niepieniężne nie musi być spełnione osobiście, zamawiający – wierzyciel jest obowiązany do przyjęcia świadczenia

²⁰⁰ Por. zwłaszcza F. Błahuta: op. cit., s. 853.

²⁰¹ Por. T. Wiśniewski: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 1, Warszawa 2011, s. 38, według którego osoba prawna spełnia świadczenie osobiście wyłącznie wtedy, gdy działa przez swój organ, natomiast gdy posługuje się jakimkolwiek pracownikiem – dochodzi już do pomocnictwa.

pochodzącego od osoby trzeciej działającej w porozumieniu z dłużnikiem, w razie odmowy popada w zwłokę. Panuje jednak pogląd, że gdyby osoba trzecia działała bez wiedzy dłużnika lub wbrew jego woli, wierzyciel, choć nie ma obowiązku przyjęcia świadczenia, może je jednak przyjąć, doprowadzając do umorzenia zobowiązania²⁰². Na gruncie zamówień publicznych powinno się jednak liczyć tylko działanie za zgodą dłużnika – wykonawcy, co jest w pełni uzasadnione specyfiką tego rodzaju kontraktów oraz potrzebą ochrony interesu publicznego.

Potencjalny krąg osób wspomagających lub wyręczających dłużnika – wykonawcę może być różny, w zależności od typu kontraktu²⁰³. W ramach umowy sprzedaży (art. 535 kc), sprzedawca jest zobowiązany do przeniesienia własności zamawianej rzeczy oraz do jej wydania zamawiającemu. Kwestia wytworzenia rzeczy zbywanej, a także jej pochodzenie, pozostają na ogół poza sferą umowy, byleby sprzedawca był uprawniony do dysponowania przedmiotem (własnością), pod rygorem odpowiedzialności z rękojmi za wady prawne (art. 556 § 2 kc). Do wykonania zobowiązania niepieniężnego wystarczy zazwyczaj posłużenie się przedstawicielem lub pośłańcem. Jeśli jednak rzecz sprzedana ma być przesłana przez sprzedawcę do miejsca, które nie jest miejscem spełnienia świadczenia, poczytuje się w razie wątpliwości, że wydanie zostało dokonane z chwilą, gdy w celu dostarczenia rzeczy na miejsce przeznaczenia sprzedawca powierzył ją przewoźnikowi (art. 544 § 1 kc). W razie zatem, gdy przewoźnik działa na ryzyko i odpowiedzialność odbiorcy przesyłki, w pełni aktualne staje się operowanie osoby trzeciej przy realizacji zamówienia. Ewentualni natomiast kooperanci produkcyjni nie mieszczą się w analizowanej roli osób trzecich, ponieważ w ogóle nie uczestniczą w realizacji zamówienia, lecz jedynie w czynnościach przygotowawczych. Co innego w przypadku działania poddostawcy operującego bezpośrednio wobec zamawiającego, którego trzeba uznać za „podwykonawcę”. Zgodnie z art. 555 kc przepisy o sprzedaży rzeczy stosuje się odpowiednio do sprzedaży energii oraz do sprzedaży praw (np. do przeniesienia praw z papierów wartościowych albo autorskich związanych z gotowym utworem). Z działaniem osoby trzeciej w sferze zobowiązania wykreowanego umową w powyższym ujęciu nie można łączyć także pośrednictwa komisowego sprzedaży bądź zakupu (art. 765 kc), objętego samodzielną umową dotyczącą usług. Nieco szerszy bywa udział podmiotu trzeciego w ramach realizacji zobowiązań wynikających z umowy o produkcję na zamówienie (dostawa w ujęciu art. 605 kc), a także z kontraktacji produktów rolnych (art. 613 kc), w ramach których dostawca zobowiązuje się najpierw do wytworzenia określonych produktów, a następnie do ich dostarczenia zamawiającemu wraz z przeniesieniem własności. Produkcja nie wyczerpuje się bynajmniej tylko w czynnościach przygotowawczych, lecz stanowi objęty rozszczeniem zamawiającego element świadczenia głównego. Stąd zamawiający ma prawo kontroli procesu produkcji i ingerowania w jego przebieg (art. 611 i 617 kc). W praktyce stosunkowo często liczy się wsparcie kooperacyjne osób trzecich, ułatwiających produkcję maszyn i urządzeń (podzespołów). O tyle zatem aktualny staje się problem podwykonawstwa i kontrola nad bezpośrednim zaangażowaniem takich osób w procesie produkcyjnym. Na ogół jednak dla sprawnej realizacji zamówienia publicznego nie ma znaczenia to, gdzie wykonawca zaopatruje się w niezbędne surowce, podzespoły i części zamienne, a nawet i to

²⁰² F. Błahuta: op. cit., s. 853, W. Czachórski: op. cit., s. 219 oraz J. Dąbrowa: op. cit., s. 731.

²⁰³ Więcej R. Szostak: Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych, PZP 2013, Nr 1, s. 3 i n.

kto mu pomaga w procesie produkcji, tym bardziej, że wszelkie konsekwencje uchybień kooperantów obciążają wprost wykonawcę i nie może się on na nich skutecznie powoływać w ramach okoliczności ekskulpacyjnych. Wprawdzie realizacja zobowiązania wynikającego z tzw. kontraktacji produkcyjnej ma charakter bardziej osobisty, niż z tzw. kontraktacji handlowej²⁰⁴, ale i tu producent rolny zobowiązany jest do wytworzenia we własnym zakresie określonych produktów rolnych. Z kolei specyfika najmu, dzierżawy i leasingu (art. 659 i n. kc) sprawia, że sensowny udział osób trzecich przy spełnianiu świadczenia może być tylko uboczny, np. w zakresie dozoru, ochrony mienia, udostępnienia powierzchni parkingowej, czy zaopatrzenia najemcy w wodę, choć i te świadczenia pomocnicze są zazwyczaj przedmiotem dodatkowych umów zamawiającego z osobami trzecimi.

Zupełnie inaczej przedstawia się udział osób trzecich w realizacji zobowiązań usługowych, zwłaszcza wynikających z dominującej w tej sferze umowy o dzieło (art. 627 kc), przewozu (art. 774 kc) oraz przechowania (art. 835 kc) lub o świadczenie usług turystycznych (mieszane), a przede wszystkim z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc), przy których specyfika świadczeń wymagających kwalifikowanej pracy żywej lub uprzedmiotowionej wymusza regularne angażowanie osób trzecich, wyręczających lub tylko wspomagających dłużnika – wykonawcę. Jeśli osoba trzecia zachowuje samodzielność może być postrzegana w roli podwykonawcy. Jedynie zlecenie i umowy o świadczenia usług na warunkach zlecenia (art. 734 – 750 kc), a także pozostałe umowy starannego działania (np. o obsługę bankową – art. 725 kc, agencję – art. 758 kc, spedycję – art. 794 kc) mają generalnie charakter bardziej osobisty, choć jedynie w tym sensie, że na ogół w zakresie powinności podstawowych uzasadniają wyłączenie podwykonawstwa i zastępstwa, lecz już nie zaangażowania podwładnego personelu. Podwykonawstwo dopuszcza się tu jedynie w sytuacjach wyjątkowych (por. np. art. 738 kc). Ponadto specyfika, rzadziej zawieranych w zamówieniach publicznych, umów o przejęcie ryzyka lub szansy (ubezpieczenia, poręczenia, gwarancji) sprzeciwia się zasadniczo udziałowi osób trzecich po stronie zobowiązanego do świadczenia niepieniężnego, które – skądinąd – spełniane jest na ogół w pieniądzu.

Granice pojęciowe podwykonawstwa nie są dostatecznie stabilne, przede wszystkim z braku zdecydowanej koncepcji normatywnej w kodeksie. Dotykający tej kwestii art. 474 kc, stanowiący, że dłużnik odpowiada jak za własne zachowanie za działania lub zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym zobowiązanie powierza, nie załatwia problemu. Wprawdzie wprowadzone w 2003 r. przepisy art. 647¹ kc operują bezpośrednio określeniem „podwykonawca” na użytek umowy o roboty budowlane, jednak bez bliższej identyfikacji jego roli, potęgując spore zamieszanie w piśmiennictwie i orzecznictwie²⁰⁵. Dodatkowo w art. 647¹ §1 kc przeciwstawiono wyraźnie roboty, które wykonawca „wykonywał będzie osobiście” robotom, które zrealizuje „za pomocą podwykonawców”. Powiększyło to skalę niepewności co do tego, czy w ogóle wykonawcy wolno powierzyć podmiotowi trzeciemu większość robót (wszystkie) objętych umową zawartą z zamawiającym, a także co do znaczenia „osobistego wykonania robót” przez samego wykonawcę, nazywanego w tym przepisie według standardów z poprzedniego ustroju „gene-

²⁰⁴ Por. A. Stelmachowski (w:) System prawa prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa (red. J. Rajska), Warszawa 2004, s. 253.

²⁰⁵ Por. K. Kołakowski: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 2, Warszawa 2011, s. 299, wraz z powołaną tam literaturą i orzecznictwem.

ralnym wykonawcą". Niepewności te udało się jednak w znacznym stopniu opanować na gruncie zamówień publicznych, zwłaszcza w związku z nowelizacją ustawy z 2016 r. Po pierwsze, z definicji umowy o podwykonawstwo z art. 2 pkt 9b Pzp, a także z proklamacji w art. 36a Pzp zasady, że wykonawca może dopuścić podwykonawców, wynika wprost wskazanie, nie tylko na samodzielność podwykonawcy działającego w swoim imieniu, choć w cudzym interesie, lecz także na realizację „części zamówienia”, a zatem na uczestnictwo podwykonawcy w bezpośredniej realizacji przedmiotu, który ma być objęty odbiorem zamawiającego. Z pojęcia „podwykonawstwa” w zamówieniach publicznych wypadają zatem wszelkie role pomocnicze osób trzecich (niesamodzielnych), jak również działania wprawdzie samodzielnych osób trzecich, lecz ograniczone tylko do sfery przygotowawczej (różnych kooperantów), poprzedzającej realizację świadczenia właściwego, a więc powinności nie stanowiących elementów przedmiotu objętego odrębnym odbiorem w ramach umowy z zamawiającym. Przykładowo podwykonawcą w zakresie robót budowlanych będzie dostawca urządzenia wraz z jego instalacją na budowie, a nawet dostawca betonu lub asfaltu przeznaczonego bezpośrednio do montażu docelowego, natomiast nie będzie nim dostawca surowca niezbędnego do wytworzenia prefabrykatu lub nawet jakiegoś elementu obiektu budowlanego nie podlegającego bezpośrednio montażowi. Poddostawcę operującego wprawdzie na podstawie umowy z wykonawcą, lecz bezpośrednio w zakresie przedmiotu należnego zamawiającemu, wyjątkowo uznać trzeba zatem za podwykonawcę, pomimo niezbyt szczęśliwej terminologii. Jest to ujęcie prawidłowe, choć nie usuwa wszystkich niepewności, zwłaszcza co do roli osób operujących bezumownie lub na podstawie umowy nieformalnej²⁰⁶. Po drugie, parokrotne odwołanie się w ustawie do pojęcia „części zamówienia” dowodzi pośrednio, że wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy realizacji całego zobowiązania, zwłaszcza wszystkich prac lub robót nim objętych²⁰⁷. Ograniczenie to uwzględnia interesy publiczne, ponieważ zapobiega choćby częściowo „odstępowaniu” zamówienia osobom trzecim, z całkowitym zrywaniem więzi realizacyjnych w układzie wykonawca – zamawiający. Problem granic podwykonawstwa doczekał się też kilkukrotnego rozstrzygnięcia w orzecznictwie europejskim²⁰⁸, gdzie ostatecznie sformułowano zasadę, że wykonawca może tylko w części powierzyć wykonanie zamówienia osobie trzeciej. Sprawa jednak komplikuje się nieoczekiwanie, gdy pytamy o następstwo uchybienia tej zasadzie, które – wobec braku wyraźnej sankcji ustawowej – należy łączyć tylko z naruszeniem umowy. W konsekwencji, to nie tyle wykonawca nie może całkowicie wyręczyć się osobami trzecimi, ile zamawiającemu nie wolno do tego dopuścić. Konieczne są zatem stosowne zastrzeżenia w warunkach zamówienia, limitujące podwykonawstwo co najmniej pod rygorem kar umownych. Powyższy kierunek wykładni potwierdziły nowe dyrektywy europejskie, zwłaszcza dyrektywa 2014/24, która w art. 63, dotyczącym możliwości odwołania się do zasobów

²⁰⁶ Już samo dopuszczenie osoby trzeciej w charakterze podwykonawcy przez wykonawcę otwiera drogę do odpowiedzialności majątkowej za niego na podstawie art. 474 kc, skoro wystarcza samo zaangażowanie faktyczne, a istnienie i treść stosunku pozostają bez znaczenia. Więcej o tym T. Pajor: *Odpowiedzialność...* op. cit., s. 228 i n. W obecnej praktyce zamówień publicznych tego rodzaju naruszenia dobrych obyczajów zwalczą się karami umownymi, wymierzanymi wykonawcom.

²⁰⁷ Por. zwłaszcza W. Dzierżanowski: *Wybór podwykonawcy zamówienia publicznego*, „Kwartalnik PZP” 2015, Nr 1, s. 26–27.

²⁰⁸ Por. wyroki ETS z 2 grudnia 1999r. (C-176/98, Holst Italia), ECR 1999, I – 08607; z 18 listopada 2004 r. (C-126/03, Komisja – RFN), ECR 2004, I 11197 oraz z 18 marca 2004r. (C-314/01, Siemens – Arge), ECR 2004, I – 02549.

(wiarygodności) osób trzecich, jak i w art. 71, limitującym zastosowanie podwykonawstwa w trakcie realizacji zamówienia, wyraźnie wskazuje na częściowe tylko dopuszczenie podwykonawstwa, ograniczając zakres tego pojęcia wyłącznie do sposobu spełnienia świadczenia zamawiającemu, co pośrednio może rzutować na zakres ochrony interesów podwykonawcy w razie braku zapłaty ze strony wykonawcy głównego.

Zakres osobistej realizacji zamówienia powinien wynikać każdorazowo z zastrzeżenia zamawiającego (art. 36a ust. 2 Pzp) bezpośrednio w warunkach zamówienia, a także w postanowieniach umowy finalnej (art. 36 ust. 2 pkt 10 Pzp). W przeciwnym wypadku wykonawca staje się wolny co do tego, czy i na ile dopuści podwykonawców. Zamawiający nie może jednak całkowicie wyłączyć podwykonawstwa, ewentualny bowiem warunek osobistej realizacji zamówienia przez wykonawcę może dotyczyć tylko „kluczowych części zamówienia” na usługi lub roboty budowlane, natomiast w ramach dostaw – wyłącznie „prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją” przedmiotu zamówienia²⁰⁹. Odpowiadające dyrektywie określenie „kluczowe części zamówienia” trzeba łączyć z podstawowymi elementami zakresu przedmiotowego umowy (modułami), a nie z wybranymi pracami, na dodatek istotnymi (podstawowymi), z punktu widzenia przeznaczenia zamówienia, jego celów i funkcji. W pozostałym zakresie zamawiający nie może sprzeciwić się podwykonawstwu. Wyjątkowo jednak, jeżeli podwykonawcą ma być osoba, na której zasoby powołuje się wykonawca i udowodni on, że będzie rzeczywiście nimi dysponował, wyłączenie podwykonawstwa staje się bezskuteczne.

Możność powołania się przez wykonawcę na zasoby i zdolności osób trzecich przy wykazywaniu spełnienia warunków wymaganych od wykonawców wynika z art. 22a Pzp, niezależnie od charakteru współpracy. Liczą się jednak tylko stosunki obligacyjne zgodne z prawem, choć ich typy nie są limitowane ustawowo. Udostępnienie wykonawcy przez osobę trzecią określonych zasobów rzeczowych lub finansowych, a nawet zagwarantowanie współodpowiedzialności nie wymagają bezpośredniego zaangażowania osoby trzeciej w realizację zobowiązania. W odniesieniu zaś do warunków zamówienia na usługi lub roboty budowlane, dotyczących wykształcenia (wiedzy), kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawca może polegać na zdolnościach innej osoby, jeśli osoba ta realnie wykona określone usługi lub roboty, do wykonania których te zdolności są wymagane²¹⁰. Przy dostawach powyższa wiedza i umiejętności nie odgrywają już takiego znaczenia i dlatego nie jest konieczny udział osoby wspierającej wykonawcę w toku realizacji zamówienia²¹¹. Udział osoby trzeciej w realizacji cudzego zobowiązania przybiera najczęściej formę podwykonawstwa, chyba że wystarczy niesamodzielne pomocnictwo. Wykonawca powołujący się na zdolności innego podmiotu musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie rzeczywiście będzie dysponował niezbędnym zaangażowaniem (zdolnościami lub zasobami)

²⁰⁹ W nowym art. 36a ust. 2a Pzp dodano zastrzeżenie, że zamówienie in house udzielone z wolnej ręki na roboty budowlane lub usługi użyteczności publicznej powinno być zrealizowane osobiście przez wykonawcę w zakresie „kluczowych części robót lub usług”.

²¹⁰ Por. w tym zakresie wyrok TSUE z 7 kwietnia 2016 r. (C 324/14, Partner Apelski), a także wyrok z 15 maja 2017 r. (C 387/14, Esaprojekt), dostępne na stronach internetowych UZP. Por. też wyroki KIO z 26 maja 2017 r. (925/17 i 933/17) oraz z 18 września 2017 r. (KIO 1854/17), dostępne na stronach internetowych Izby.

²¹¹ Jedynie w postępowaniu na dostawę wymagające dodatkowych prac instalacyjnych, zamawiający może wymagać wskazania w ofercie ewentualnych podwykonawców wykonujących te czynności, wraz z informacją o ich kwalifikacjach zawodowych i doświadczeniu (art. 22d ust. 3 Pzp).

tego podmiotu, a także brak podstaw do jego wykluczenia²¹² z uwagi na przeszkody, o których mowa w art. 24 Pzp. Dlatego na żądanie zamawiającego, wykonawca który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom składa jednolite dokumenty zamówienia dotyczące poszczególnych podwykonawców albo stosowną informację uproszczoną przy ubieganiu się o zamówienie małej wartości (art. 25 ust. 5 Pzp). Jeżeli jednak rzeczywiste zdolności zawodowe podwykonawcy nie potwierdzą spełniania przez wykonawcę wymaganych warunków lub zachodzą podstawy jego wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca zastąpił proponowanego podwykonawcę inną osobą lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, oczywiście jeśli zdoła wyka-
zać w tym zakresie własne zdolności realizacyjne (art. 22a ust. 6 Pzp). Podobnie, gdy dojdzie do dobrowolnej zmiany albo rezygnacji z podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się w celu wykazania swojej wiarygodności w postępowaniu, wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż deklarowany uprzednio podwykonawca (art. 36b ust. 2 Pzp). Do zmiany lub rezygnacji z podwykonawcy może dojść, zarówno przed zawarciem umowy finalnej, jak i tym bardziej w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę z góry w ofercie tych części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców (art. 36b ust. 1 Pzp), bez względu na to, czy będzie się powoływał na ich zdolności, czy też liczy jedynie na zwykłe wsparcie w toku realizacji zamówienia. W ocenie autora za przedwczesne wydaje się obligatoryjne żądanie od wykonawcy podania tożsamości wszystkich podwykonawców już w ofercie, podczas gdy wykonawca zazwyczaj nie jest jeszcze do tego gotowy, tym bardziej, że dyrektywa dopuszcza takie rozwiązanie fakultatywnie. Dlatego w praktyce przymuszony sytuacyjnie wykonawca podaje kogokolwiek w ofercie, a następnie przy zawieraniu umowy koryguje swoje wskazanie, doprowadzając do uciążliwych trudności biurokratycznych w związku z weryfikacją wiarygodności nowego podwykonawcy. To samo może uczynić w trakcie realizacji zamówienia, a nawet zmienić zakres podwykonawstwa. Jedyną barierą jest skuteczne zastrzeżenie przez zamawiającego osobistego zrealizowania kluczowych części zamówienia. Niewiążący charakter deklaracji wykonawcy w zakresie podwykonawstwa tłumaczy się jej wstępno-intencjonalnym znaczeniem, a co do podwykonawstwa zgłaszanego w sytuacji, gdy wykonawca samodzielnie spełnia wszystkie wymagane warunki ubiegania się o zamówienie – w ogóle uznaje się za nieistotną²¹³. Jeżeli jednak podwykonawca zostanie już dopuszczony do realizacji zamówienia jego rola jest wiążąca.

Kontrola zamawiającego nad podwykonawcą wspierającym wykonawcę w zakresie spełniania wymaganych warunków jest obligatoryjna, natomiast fakultatywna w przypadku, gdy warunki spełnia samodzielnie wykonawca. Przede wszystkim zamawiający może uzależnić dopuszczenie podwykonawcy, zwłaszcza w zamówieniu na usługi lub roboty budowlane, od swojej zgody, pod rygorem kary umownej lub nawet odstąpienia od umowy w przypadku samowolnego dopuszczenia podwykonawcy. W razie powierzenia podwykonawcy części zamówienia w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedsta-

²¹² Więcej M. Brzeziński: Poleganie na potencjale podmiotów trzecich a podwykonawstwo, LEX nr 290027.

²¹³ Por. P. Granecki: op.cit., s. 526.

wia oświadczenie o spełnianiu przez proponowanego podwykonawcę koniecznych warunków i brak podstaw do wykluczenia wraz z ewentualnymi dokumentami dodatkowymi (art. 36ba Pzp). Jeżeli jednak zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Jednakże w odniesieniu do zamówień budowlanych tryb dopuszczania podwykonawcy i akceptacji umowy podwykonawczej określają szczegółowo przepisy art. 143b Pzp. W ramach warunków zamówienia zamawiający z góry określa wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo obejmującej roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy podwykonawczej lub sprzeciwu do takiej umowy już zawartej (art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp). Zgodnie z art. 36b ust. 1a Pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonywane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, wykonawca na żądanie zamawiającego ujawnia tożsamość każdego z podwykonawców oraz podaje właściwe dane kontaktowe. Nieco surowszą kontrolę uruchamia zamawiający w odniesieniu do umowy zawieranej przez wykonawcę budowlanego z podwykonawcą.

Umowa o podwykonawstwo zawierana jest na piśmie pomiędzy wykonawcą wybranym przez zamawiającego a podwykonawcą, której przedmiotem są świadczone odpłatnie usługi, roboty budowlane lub dostawy stanowiące część zamówienia, a w przypadku zamówień na roboty budowlane także między wykonawcą a dalszym podwykonawcą (art. 2 pkt 9b Pzp). Do umowy zawartej z dalszym podwykonawcą stosuje się zatem przepisy o umowie o podwykonawstwo. Z definicji tej wynikają co najmniej trojaki konsekwencje. Po pierwsze, umowa podwykonawcza powinna być zawarta na piśmie, a to oznacza, że nieformalna umowa, zawierana stosunkowo często w praktyce zamówień publicznych, nie wywrze wszystkich skutków prawnych, przede wszystkim ochronnych przewidzianych w art. 143b–143c Pzp. Nawet ogólnie obowiązujący przepis art. 647¹ § 4 kc przewidujący formę pisemną umowy o podwykonawstwo w zamówieniu budowlanym nie może tu znaleźć zastosowania z uwagi na szczególne postanowienie z art. 2 pkt 9b Pzp. Doszło do paradoksalnej sytuacji, w której rozwiązanie kodeksowe jest surowsze, niż w zamówieniach publicznych. Po drugie, liczy się tylko odpłatna umowa o podwykonawstwo, lecz z art. 2 pkt 9b Pzp nie wynika bynajmniej, aby umowa o nieodpłatne podwykonawstwo była nieważna, choć w praktyce zdarza się ona sporadycznie. Po trzecie, umowa o podwykonawstwo stanowi jedynie konstrukcję ogólną, która pasuje do różnych zamówień publicznych, funkcjonuje ponad przyjętą typologią kontraktów nazwanych i nienazwanych. O jej typologicznej kwalifikacji przesądza ostatecznie treść świadczenia niepieniężnego obciążającego podwykonawcę. Może zatem wejść w status którejś z umów nazwanych lub zachować odrębność w ramach umowy nienazwanej. W szczególności w ramach podwykonawstwa w zamówieniu budowlanym umowa podwykonawcza wcale nie musi nabierać właściwości odpowiednich dla umowy o roboty budowlane w ujęciu art. 647 kc, lecz może być umową o dzieło (art. 627 kc), przewozu (art. 774 kc), dostawy (art. 605 kc), czy nawet wyjątkowo na warunkach zlecenia (art. 750 kc). W uproszczeniu stwierdzić zatem trzeba, że wszystko zależy od tego co *in casu* wykonać ma podwykonawca dla wykonawcy.

Umowa o podwykonawstwo kreuje normalne zobowiązanie funkcjonujące w układzie wyłącznie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Zamawiający w nim nie uczest-

niczy, także wtedy, gdy zastrzegł sobie, w umowie podstawowej o zamówienie publiczne, kontrolę nad podwykonawstwem w formie akceptacyjnej zgody na dopuszczenie podwykonawcy do realizacji zamówionego świadczenia. Nawet, gdy zamawiający nie wyrazi zgody na dopuszczenie określonego podwykonawcy, zawarta z nim ewentualnie umowa musi być uznana za skuteczną, choć niekoniecznie w zakresie wszystkich następstw ochronnych wynikających z mocy prawa, a nie tylko z woli zamawiającego. Zgodnie bowiem z odwieczną zasadą umowy wiążą wyłącznie strony, które w nich uczestniczą. Nikt nie może obciążać, zwłaszcza płatnościami osoby, która w umowie nie uczestniczy. Wyjątek w postaci solidarnej odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych to skutek dodatkowy, wynikający z mocy przepisów szczególnych z art. 143c Pzp, uwarunkowany jednak zgodą zamawiającego.

Solidarna odpowiedzialność zamawiającego z wykonawcą głównym za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu zrealizowanych robót budowlanych, a także ewentualnie za zapłatę wynagrodzenia na rzecz dalszego podwykonawcy, wynika wprost ze znowelizowanego art. 143c ust. 8 Pzp²¹⁴. Do odpowiedzialności tej subsydiarne zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego o solidarności dłużników (art. 366 i n. kc), a także przepisy z art. 647¹ kc. Różne zagrożenia ujawniające się w sferze zamówień budowlanych, zwłaszcza w stosunkach obrotu powszechnego, uzasadniły w 2003 r. wprowadzenie do kodeksu cywilnego szczególnej regulacji ochronnej na rzecz podwykonawców, narażonych wskutek niegodziwych praktyk (były nawet przypadki zмовы prywatnych zamawiających z wykonawcami) na brak zapłaty należnego wynagrodzenia. Pomimo mniejszych zagrożeń w sferze zamówień publicznych, które należało zwalczać środkami dyscyplinującymi lub karnymi, unormowaniem z art. 647¹ kc objęto także zamówienia publiczne. Utrzymujące się przez wiele lat trudności w stosowaniu tych przepisów (nierzadko publiczny zamawiający zmuszony był do podwójnej zapłaty: z tytułu swojego długu wobec wykonawcy głównego oraz dodatkowo z tytułu cudzego długu na rzecz podwykonawcy)²¹⁵, przyczyniły się do wprowadzenia w 2013 r. specjalnych przepisów art. 143c Pzp, przewidujących mechanizm płatności bezpośrednich na rzecz podwykonawcy, kompensowanych stosownym potrąceniem z wynagrodzenia należnego wykonawcy głównemu, uzależnionych jednak od uprzedniej akceptacji przez zamawiającego faktu zawarcia umowy o podwykonawstwo. Pozwoliło to wprawdzie na złagodzenie trudności, lecz nadal kilka elementów tego mechanizmu budzi wątpliwości interpretacyjne. Tymczasem nieustające pod wpływem nasilonego orzecznictwa mankamenty w zakresie podstawowej regulacji z art. 647¹ kc spowodowały ostatnio gruntowną jej nowelizację²¹⁶, zmierzającą do większej racjonalizacji ochrony podwykonawców budowlanych poprzez mechanizm gwarantujący realną zapłatę należnego im wynagrodzenia²¹⁷. W szczególności odnotować tu trzeba doprecyzowanie zgłoszenia zamawiającemu osoby podwykonawcy wraz z zakresem powierzanych mu robót, wydłużenie okresu na wniesienie sprzeciwu przez zamawiającego do 30 dni oraz ograniczenie zakresu

²¹⁴ Por. art. 7 ustawy z 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz. U. z 2017 r., poz. 933).

²¹⁵ Więcej R. Szostak: O potrzebie uchylecia art. 647¹kc, PPH 2008, Nr 6, s. 12 i n.

²¹⁶ Por. art. 1 powołanej wyżej ustawy z 7 kwietnia 2017 r.

²¹⁷ Por. R. Stefanicki: Solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane podwykonawcy, PPH 2017, nr 8, s. 4 i n.

odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę cudzego długu w postaci wynagrodzenia należnego podwykonawcy do wysokości analogicznego wynagrodzenia należnego wykonawcy głównemu od zamawiającego w ramach zobowiązania podstawowego (art. 647¹ § 3 kc). Ten ostatni przepis z założenia zapobiegać ma zdarzającym się w praktyce wyłudzeniom płatności na szkodę publicznego zamawiającego. W związku z powyższym niespójność regulacji szczególnej z art. 143b–143c Pzp względem znowelizowanego art. 647¹ kc pogłębiła się, co uzasadnia potrzebę gruntownego przeglądu zasadności powyższych przepisów. Podkreślenia wymaga, że problematyka ta pozostaje w zasadzie poza zasięgiem dyrektyw europejskich, niemal w całości mieści się w domenie prawa krajowego. Wprawdzie w świetle art. 71 ust. 7 dyrektywy ogólnej 2014/24 państwo członkowskie może wprowadzić bardziej rygorystyczne przepisy dotyczące odpowiedzialności związanej z podwykonawstwem, a nawet podjąć dalej idące środki na mocy prawa krajowego w odniesieniu do płatności bezpośrednich na rzecz podwykonawców, zwłaszcza dopuścić płatności bezpośrednie w interesie podwykonawców, jednak „bez konieczności występowania przez podwykonawców z żądaniem takiej płatności bezpośrednio względem zamawiającego”. Sytuacja na rynku budowlanym poprawia się na korzyść wykonawców i być może w nieodległej przyszłości rozwiązania nadzwyczajne o płatnościach bezpośrednich z mocy prawa, a nie z woli stron, w ogóle staną się zbędne.

Upřednia akceptacja przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo jest warunkiem jego współodpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (art. 143c Pzp)²¹⁸. Jedyny wyjątek może dotyczyć wyłącznie podwykonawstwa z góry zgłoszonego w ofercie, a następnie zidentyfikowanego w umowie o zamówienie publiczne w postaci: „szczegółowego opisu robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego wykonawcę” (art. 647¹ § 2 kc). W pozostałym zakresie w myśl art. 143b Pzp wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia budowlanego zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem mają być roboty budowlane, jest obowiązany w trakcie realizacji zamówienia do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, a gdy z inicjatywą występuje podwykonawca lub dalszy podwykonawca powinien on dodatkowo dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. Jeśli jednak przedmiotem umowy podwykonawczej w zamówieniu budowlanym są dostawy lub usługi, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca nie przedkłada zamawiającemu projektu umowy, lecz kopię już zawartej umowy podwykonawczej, w terminie 7 dni od jej zawarcia, z wyłączeniem wszakże umów o wartości mniejszej niż 0.5% wartości umowy podstawowej, chyba że przekraczają 50 tys. zł, a także umów o podwykonawstwo, których przedmiot określony został z góry w warunkach zamówienia jako niepodlegający późniejszemu uzgodnieniu (art. 143b ust.8 Pzp). Powyższe sposoby uzgodnień stosuje się odpowiednio do zmiany umowy o podwykonawstwo.

Zamawiający w terminie z góry zastrzeżonym w umowie podstawowej o zamówienie publiczne zgłasza w formie pisemnej ewentualne zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a mianowicie gdy: a) nie spełnia

²¹⁸ O akceptacji projektu umowy podwykonawczej i następstwach zob. P. Drapała: Odpowiedzialność zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy robót budowlanych w świetle prawa zamówień publicznych, PZP 2015, Nr 1, s. 4 i n. wraz z powołanym tam orzecnictwem.

ona wymagań zastrzeżonych z góry w warunkach zamówienia, b) przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni od doręczenia wykonawcy (podwykonawcy) faktury lub rachunku, potwierdzającego wykonanie powierzonych prac²¹⁹. Oznacza to, że innego rodzaju zastrzeżenia są wykluczone, a gdyby były podniesione – nie powinny mieć, jako bezprzedmiotowe, wpływu na dorozumianą akceptację projektu umowy podwykonawczej. Niezgłoszenie pisemnych zastrzeżeń w terminie do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem mają być roboty budowlane uważa się za akceptację tego projektu przez zamawiającego (art. 143b ust. 3–4 Pzp). Zastrzeżenia wniesione przez zamawiającego mogą uruchomić mechanizm korekcyjny i ponowne wystąpienie o aprobatę projektu umowy podwykonawczej. Następnie, już po zawarciu umowy o podwykonawstwo, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia budowlanego przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia. Zamawiający w terminie wskazanym w umowie podstawowej może zgłosić sprzeciw pisemny do umowy podwykonawczej, gdy jej treść uchybia wymaganiom ustalonym z góry w warunkach zamówienia lub przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni. Niezgłoszenie sprzeciwu w terminie uważa się za „milczącą” akceptację umowy o podwykonawstwo. Obowiązek każdorazowego przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu zamierzonej umowy o podwykonawstwo, a także kopii już zawartej umowy o podwykonawstwo powinien być objęty postanowieniami umowy podstawowej o zamówienie publiczne, a jego naruszenie opatrzone powinnością uiszczenia kary umownej, to samo dotyczy obowiązku dostosowania treści umowy podwykonawczej do maksymalnie dopuszczalnego 30 dniowego terminu zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (art. 143d ust. 1 pkt 7 Pzp).

Zamawiający akceptując umowę o podwykonawstwo nie staje się bynajmniej stroną tej umowy, ani nawet dłużnikiem podwykonawcy. W zakresie świadczenia niepieniężnego dłużnikiem wykonawcy głównego jest podwykonawca, który spełniając dłużne świadczenie przy okazji przyczynia się do umorzenia innego długu, a mianowicie obciążającego wykonawcę głównego wobec zamawiającego, za który jednak podwykonawca nie odpowiada, lecz z mocy umowy podwykonawczej jego zachowanie skierowane zostaje pośrednio także na przedmiot cudzego zobowiązania. Z kolei w zakresie świadczenia pieniężnego z umowy podwykonawczej wyłącznym dłużnikiem podwykonawcy jest wykonawca główny, a zamawiający, choć nie jest współdłużnikiem, odpowiada jednak z mocy prawa za ten cudzy dług tak, jak współdłużnik solidarny (przymusowy gwarant), co wynika wyraźnie z nowego przepisu art. 143c ust. 8 Pzp. Może być więc wezwany do zapłaty należnego podwykonawcy wynagrodzenia za wykonane świadczenie na wypadek, gdy wykonawca główny w naturalny sposób nie ureguluje swojej powinności. Ochrona interesów zamawiającego, zwłaszcza przed skutkami podwójnej zapłaty, łączy się, nie tylko z uprzednią akceptacją umowy podwykonawczej, lecz także z mechanizmem kontroli podstaw i wymagalności zapłaty cudzego wynagrodzenia, przewidzianym w art. 143c Pzp.

²¹⁹ To samo dotyczy umowy o podwykonawstwo mającej za przedmiot usługi lub dostawy, gdy termin zapłaty jest dłuższy niż 30 dni zamawiający wzywa wykonawcę do zmiany tej umowy pod rygorem uiszczenia kary umownej (art. 143b ust. 9 Pzp).

Charakter solidarnej odpowiedzialności zamawiającego jest szczególny, ponieważ zastosowanie (z odesłania) przepisów art. 366–376 kc doznaje modyfikacji, wynikających z unormowania zawartego w art. 143c Pzp. Po pierwsze, pomimo że ta szczególna solidarność bierna wynika z ustawy, jej powstanie uzależnione zostało od uprzedniej akceptacji umowy podwykonawczej przez zamawiającego. Po drugie, moment dopuszczalnego wystąpienia podwykonawcy z roszczeniem przeciwko zamawiającemu został ustawowo odroczone, do czasu „uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę lub podwykonawcę” (art. 143c ust. 1 Pzp). Oznacza to, że wymagalność roszczenia przeciwko zamawiającemu aktualizuje się później, niż wobec dłużnika głównego, a na dodatek jest wprost uwarunkowana jego zachowaniem. W pierwszej kolejności zatem ustawa przewiduje zaspokojenie podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) przez dłużnika głównego. Zaspokojenie to prowadzi do zwolnienia zamawiającego ze współodpowiedzialności (art. 366 § 2 kc), w przeciwnym wypadku aktualizuje się wymagalność roszczenia względem zamawiającego. Przesłanka „uchylenia się” współodpowiedzialnego od zapłaty, przewidziana w ramach uwarunkowania wymagalności roszczenia przeciwko zamawiającemu, nie jest pomyślana szczęśliwie, ponieważ akcentuje niepotrzebnie tradycyjny element zawinienia, co może sprzyjać nieporozumieniom w trójkątnym układzie więzi obligacyjnych. Po trzecie, choć tego wyrażenie w ustawie nie zastrzeżono, odpowiedzialność zamawiającego ma w zasadzie charakter akcesoryjny, nie można przecież założyć, że w razie częściowego zaspokojenia pretensji podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) upada w ogóle odpowiedzialność zamawiającego, wręcz przeciwnie – utrzymuje się w pozostałym zakresie. Wskazuje na to *ratio legis* mechanizmu zapłaty bezpośredniej z art. 143c Pzp, a także wymóg uprzedniego zbadania zasadności zapłaty przez zamawiającego w trybie art. 143c ust. 4 Pzp. Podobnie zatem jak w przypadku poręczenia, o zakresie zobowiązania zamawiającego rozstrzyga zasadniczo każdorazowy zakres odpowiedzialności dłużnika głównego, choć możliwe są ograniczenia, wynikające przede wszystkim z art. 143 ust. 2–3 Pzp (np. co do odsetek), a także z nowego art. 647¹ § 3 kc (co do żądania przekraczającego wysokość wynagrodzenia z umowy podstawowej). W konsekwencji zamawiający może bronić się, nie tylko zarzutami osobistymi względem podwykonawcy (dalszego podwykonawcy), lecz także zarzutami, które mu przysługują na podstawie art. 375 kc ze względu na sposób powstania i treść zobowiązania, jako wspólnymi wszystkim współdłużnikom, a wyrok zapadły na korzyść jednego z nich zwalnia pozostałych. Do zastosowania korzystniejszego art. 883 kc (dotyczącego poręczenia) brak – niestety – podstaw prawnych. Dopuszcza on bowiem możliwość podnoszenia wszelkich zarzutów, jakie przysługują dłużnikowi głównemu. Podobnie brak też podstaw do zastosowania art. 880 kc, według którego, jeżeli dłużnik główny opóźnia się ze spełnieniem świadczenia wierzyciel (podwykonawca) powinien zawiadomić o tym niezwłocznie osobę współodpowiedzialną (zamawiającego), choć można – jak się zdaje – wymóg taki zastrzec bezpośrednio w ramach postanowień umowy podwykonawczej. Wcześniejsze poinformowanie zamawiającego o opóźnieniu w zapłacie po stronie dłużnika głównego może przyczynić się do uruchomienia rozmaitych środków zaradczych, a także do większej przejrzystości całej sytuacji. Nie ulega natomiast wątpliwości, że wymagalność zapłaty przez zamawiającego, „posiłkowo odpowiedzialnego”, zależy od wezwania (żądania) ze strony podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. Wynika to choćby z samego uwarunkowania zapłaty w postaci przesłanki „uchylenia się” od obowiązku spełnienia świadczenia pieniężnego przez dłużnika głównego, jak i z konieczności weryfikacji zasadności żądania zapłaty od zamawiającego

(art. 143c ust. 5 Pzp), która – przy zbędności wezwania – mogłaby okazać się bezprzedmiotowa. Po czwarte wreszcie, zamawiający po zadośćuczynieniu żądaniu podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy nabywa roszczenie regresowe do dłużnika głównego, ponieważ spłaca cudzy dług. Podstawą prawną jest art. 518 § 1 pkt 1 kc, stanowiący, że osoba trzecia, która spłaca wierzyciela, nabywa spłaconą wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty, jeśli płaci cudzy dług, za który jest odpowiedzialna osobiście. Według dominującego poglądu wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela następuje *ex lege*, a do następstw tej subrogacji stosuje się odpowiednio przepisy o cesji wierzytelności (art. 509 i n. kc)²²⁰. W konsekwencji w pełni zrozumiały okazuje się przepis art. 143c ust. 6 Pzp, wymuszający od zamawiającego potrącenie kwoty wypłaconego podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy głównemu. Nie stanowi on jednak samodzielnej podstawy potrącenia (narzuca jedynie obowiązek jego wykonania), do którego może dojść tylko na warunkach z art. 498 kc, ze skutkami automatycznego umorzenia wzajemnych wierzytelności pieniężnych do wysokości wierzytelności niższej, poprzez jednostronne oświadczenie woli zamawiającego złożone dłużnikowi głównemu.

Granice odpowiedzialności solidarnej zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia wynikającego z umowy podwykonawczej są ustawowo limitowane. Po pierwsze, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia wymagalnego, przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, zarówno z umowy podwykonawczej (zaakceptowanej przez zamawiającego) obejmującej roboty budowlane, jak i z umowy podwykonawczej o usługi lub dostawy, wyłącznie w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę lub podwykonawcę. Dlatego przed dokonaniem zapłaty bezpośredniej zamawiający powinien umożliwić wykonawcy zgłoszenie uwag na piśmie, dotyczących zasadności zapłaty cudzego długu, w terminie nie krótszym niż 7 dni. Chodzi bowiem o upewnienie się co do faktycznych podstaw zapłaty obciążającej zamawiającego rzutujących na jej wymagalność, zwłaszcza co do tego, czy doszło do prawidłowego spełnienia świadczenia podwykonawczego, w całości albo w części, czy odbył się jego odbiór, doręczenie faktury itd. Po drugie, w przypadku zgłoszenia uwag zamawiający może w myśl art. 143c ust. 5 Pzp zależnie od okoliczności: a) powstrzymać się z bezpośrednią płatnością wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy albo wręcz odmówić zapłaty, jeśli wykonawca główny wykaże jej niezasadność (np. gdy już sam uiścił należność) albo b) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w przypadku zaistnienia zasadniczej wątpliwości co do wysokości należnej zapłaty lub co do podmiotu, któremu płatność się należy albo c) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy), jeśli wykaże on zasadność takiej zapłaty. Interesujący jest przede wszystkim przypadek złożenia kwoty do depozytu sądowego, który trzeba postrzegać jako wynikający z *lex specialis* względem ogólnego art. 467 kc i rozpatrywać w kategoriach szczególnej podstawy prawnej²²¹. Rozwiązanie to nie wydaje się jednak w pełni szczęśliwe. Wprawdzie dopóki podwykonawca lub dalszy podwykonawca nie odbierze pie-

²²⁰ Por. zwłaszcza A. Ohanowicz: Wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela – wybór prac Autora (repind), Warszawa 2007, s. 651, W. Czachórski: Zobowiązania – zarys wykładu, Warszawa 1978, s. 283 oraz E. Łętowska (w:) System prawa cywilnego, Prawo zobowiązań – część ogólna, t. III/1, Ossolineum 1981, s. 918–920.

²²¹ Postępowanie sądowe zawsze przebiega podobnie, toczy się według art. 692 i n. kpc. Przed zezwoleniem na złożenie określonej kwoty do depozytu sąd nie bada jednak materialno-prawnej zasadności wniosku.

niędzy z depozytu, zamawiający może złożony depozyt wycofać (art. 469 kc), problem jednak w tym, że przecież nie wiadomo, czy rzeczywiście pieniądze te należą się formalnie uprawnionemu. Jeśli byłoby to jasne – złożenie do depozytu należałoby uznać za chybione. Dlatego zamawiający powinien niezwłocznie zająć się wyjaśnieniem zasadności żądania podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) i w razie potrzeby wycofać pieniądze z depozytu. Depozyt spełnia tu bowiem jedynie funkcje zabezpieczające. Jeśli zaś weryfikacja dowiedzie zasadności pretensji, zamawiający musi pozostawić złożoną kwotę w depozycie, zawiadamiając uprawnionego. Dlatego centralnym zagadnieniem pozostaje ustalenie przez zamawiającego warunków wydania pieniędzy podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy), już we wniosku skierowanym do właściwego sądu. Zgodnie bowiem z art. 693¹⁴ kpc sąd na żądanie uprawnionego wierzyciela postanawia o wydaniu mu depozytu, tylko wtedy, gdy ziszczą się warunki określone we wniosku o złożenie przedmiotu świadczenia do depozytu. Stosownie zaś do art. 470 kc ważne złożenie do depozytu sądowego ma takie same skutki prawne, jak spełnienie świadczenia bezpośrednio do rąk uprawnionego i zobowiązuje do zwrotu zamawiającemu kosztów złożenia²²². Po trzecie, bezpośrednia zapłata, a także kwota składana do depozytu, obejmuje wyłącznie wynagrodzenie należne podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, po zaakceptowaniu umowy podwykonawczej, w pełni wymagalne oraz bez odsetek (art. 143c ust. 2–3 Pzp). Poza tym z mocy art. 647¹ § 3 kc odpowiedzialność zamawiającego względem podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) nie obejmuje tej części wynagrodzenia ustalonego w umowie o podwykonawstwo, która przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy od zamawiającego za te same roboty budowlane według umowy podstawowej. Chodzi tu o racjonalizację ochrony interesów podwykonawcy oraz o zapobieganie ewentualnym zmwom na szkodę zamawiającego.

Ryzyko nienależytego spełnienia świadczenia (spóźnienie, braki ilościowe, wady fizyczne itd.) z udziałem podwykonawcy i ewentualnie dalszego podwykonawcy obciąża wykonawcę głównego, jako stronę zobowiązania z umowy o zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy wykonawca główny sprawował jakiekolwiek kierownictwo i nadzór nad podwykonawstwem, czy też było ono samodzielne. Zgodnie bowiem z art. 474 kc wykonawca główny ponosi wobec zamawiającego pełną odpowiedzialność za działania lub zaniechania swoich podwykonawców, tak jak za swoje zachowania. W świetle dominującego poglądu jest to surowsza forma odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadzie ryzyka²²³. Gdyby wykonawca sam zrealizował część zamówienia, którą powierzył podwykonawcy, odpowiadałby na zasadzie winy. Na gruncie zaniedbań realizacyjnych objętych przepisem art. 474 kc wykonawca główny nie może zatem uwolnić się od odpowiedzialności odszkodowawczej poprzez wykazanie braku winy w samym wyborze podwykonawcy, ani też w nadzorze nad wykonywaniem przez niego powierzonej części zamówienia²²⁴. Odpowiada ponadto za wszelkie szkody wyrządzone przy okazji realizacji powierzonych podmiotowi trzeciemu zadań, a nie tylko za zdarzenia

²²² Na żądanie zamawiającego zgłoszone przed wydaniem depozytu uprawnionemu, sąd może przyznać mu zwrot kosztów postępowania (art. 69316 kpc).

²²³ Por. zwłaszcza J. Dąbrowa (w:) System prawa cywilnego, Prawo zobowiązań – część ogólna, t. III/1, Ossolineum 1981, s. 773 i n., W. Czachórski: Zobowiązania: op. cit., s. 240, Z. Radwański: Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2003, s.... oraz M. Gutowski (w:) Kodeks cywilny, Komentarz, t. II, Warszawa 2016, s. 71.

²²⁴ Por. zwłaszcza obszerne wywody T. Pajor: Odpowiedzialność... op. cit., s. 254 i n. oraz wyroki Sądu Najwyższego z 10 sierpnia 1979 r. (III CRN 125/79), OSNC 1980, Nr 2, poz. 32 i z 27 listopada 1985 r. (III CRN 387/85), OSNC 1986, Nr 10, poz. 16, a także uchwałę Sadu Najwyższego z 25 lutego 1986 r. (III CZP 2/86), OSNC 1987 Nr 1, poz. 10.

związane bezpośrednio z samym wykonywaniem powinności świadczenia. Wyłączną podstawą zwolnienia wykonawcy z odpowiedzialności wynikającej z art. 474 kc jest wykazanie, że podwykonawca zachował taką staranność jaka była wymagana od samego dłużnika głównego. Jednak następstwa odszkodowawcze działań podjętych przez podwykonawcę poza wiedzą i wolą wykonawcy głównego, jako tzw. ekscesy, nie mogą już być objęte odpowiedzialnością wykonawcy głównego²²⁵. W takich przypadkach zamawiający może co najwyżej domagać się odszkodowania od samego podwykonawcy, jako od sprawcy szkody, lecz na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych (art. 415 i n. kc). Zaostrzenie odpowiedzialności z art. 474 kc rozciąga się także na podstawy żądania kary umownej, jeśli została zastrzeżona w umowie o zamówienie publiczne, w związku z potencjalnym uchybieniem wykonawcy głównego, dotyczącym tej części zamówienia, którą akurat powierzył potem podwykonawcy. Odpowiedzialność z tytułu kary umownej stanowi bowiem szczególną formę odpowiedzialności kontraktowej. Dlatego w normalnych okolicznościach kara zależy od winy wykonawcy, jednak w analizowanym przypadku przesłanka winy odpadnie, ponieważ wykonawca nie będzie mógł skutecznie powołać się na okoliczności subiektywne wskazujące na brak winy. Stąd np. kara zastrzeżona za zwłokę w realizacji zamówienia okaże się ostatecznie karą za samo spóźnienie, do którego przyczynił się podwykonawca. W odniesieniu zaś do odpowiedzialności za wady z tytułu rękojmi przepis art. 474 kc niewiele zmienia, ponieważ ma ona charakter zobiektywizowany i w ogóle nie zależy od tego, kto spowodował wadę, czy była zawiniona, czy wykonawca główny w ogóle o niej wiedział i czy mógł jej zapobiec, byleby sama wada lub jej przyczyna tkwiła w przedmiocie zamówienia w chwili jego wydania. Poniesienie odpowiedzialności majątkowej wykonawcy głównego wobec zamawiającego może zaowocować roszczeniem regresowym wykonawcy względem podwykonawcy, lecz rozstrzyga o tym każdorazowo treść łączącego ich zobowiązania podwykonawczego.

7. Współwykonawstwo (konsorcjum) w zamówieniach publicznych

Wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne stanowi konsekwencję nie tylko swobody kontraktowej, lecz także równego dostępu do zamówienia, zarówno w wymiarze krajowym, jak i europejskim. Zamawiający nie może zatem ograniczać dostępu do zamówienia, ani poprzez wykluczenie określonych kategorii podmiotów, ani też poprzez narzucenie zachowania ustalonej formy organizacyjnej po stronie wykonawcy. Stąd gwarancje zawarte w dyrektywach. W szczególności w świetle art. 19 dyrektywy 2014/24 o zamówienie publiczne mogą ubiegać się grupy wykonawców, w tym tymczasowe stowarzyszenia, a zamawiający nie może wymagać od nich określonej formy prawnej, lecz co najwyżej określić sposób, w jaki mają spełnić wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności techniczno – zawodowej, przy zachowaniu obiektywizmu i proporcjonalności; to samo odnosi się do warunków wspólnej realizacji zamówienia. W świetle art. 23 Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu. Pełnomocnictwo takie może, lecz nie musi, obejmować także umocowanie

²²⁵ Tak T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 232, M. Gutowski: op. cit., s. 72 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z 25 lutego 1986 r., powołanym w przypisie poprzednim.

do zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Wprawdzie przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy stosuje się odpowiednio do współwykonawców, jednak zamawiającemu wolno dodatkowo narzucić z góry w warunkach zamówienia:

- szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez współwykonawców warunków udziału w postępowaniu (wiarygodności), jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne,
- obowiązek przedłożenia przed udzieleniem zamówienia umowy regulującej współpracę współwykonawców, na wypadek gdy oferta pochodząca od współwykonawców zostanie wybrana,
- szczegółowe warunki realizacji zamówienia przez współwykonawców, odbiegające od warunków jego realizacji przez pojedynczego wykonawcę, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

Formy współpracy wykonawców przy ubieganiu się o zamówienie oraz przy realizacji pojedynczego zamówienia mogą być różne. W praktyce najczęściej spotyka się współpracę w ramach doraźnego konsorcjum, spółki cywilnej oraz małżeńskiej wspólnoty majątkowej. Ani tzw. spółka cicha (wkład w cudze przedsiębiorstwo w zamian za udział w zysku), ani zawiązane na podobnej zasadzie konsorcjum ciche, nie skutkują w stosunkach zewnętrznych, a tym samym nie upoważniają do wspólnego zaciągania zobowiązań, na zewnątrz występuje wyłącznie przedsiębiorca korzystający z „cichego” wsparcia innej osoby. Najtrudniejszy przypadek to konsorcjum, które zawiązuje się na podstawie nienazwanej umowy obligacyjnej, natomiast forma spółki cywilnej jest unormowana dostatecznie w art. 860–875 kc. Współdziałanie zaś małżonków w sferze majątkowej regulują przepisy art. 31 i n. ustawy z 25 lutego 1964 r. kodeks rodzinny i opiekuńczy²²⁶, choć ubieganie się o zamówienie przez obojga małżonków zdarza się sporadycznie.

Konsorcjum (z łac. „consors” = współuczestnik wspólności) oznacza doraźną formę współpracy umownej dwu- bądź wielostronnej niezależnych podmiotów (przedsiębiorców) w postaci współdziałania przy realizacji określonego przedsięwzięcia gospodarczego na zasadzie wspólnych korzyści i wspólnego ponoszenia ryzyka²²⁷. Jest zawiązywane okazjonalnie, na czas oznaczony, rzadko na czas nieoznaczony. Różni się od spółki cywilnej, nawet zawartej na czas oznaczony, nie tylko skalą współdziałania (konsorcjum zawiązuje się dla jednostkowego przedsięwzięcia a spółkę dla osiągnięcia szerszej pojętego wspólnego celu gospodarczego), lecz przede wszystkim charakterem zobowiązania i odpowiedzialnością. Elementem istotnym stosunku spółki jest powinność wniesienia oznaczonych wkładów, w konsekwencji wyodrębnia się wspólny majątek z udziałami, czego brak w ramach konsorcjum. Zyski nie są dzielone równo, tak jak w spółce cywilnej, lecz proporcjonalnie do zaangażowania. Dlatego chybiony jest pogląd uznający konsorcjum za szczególny przypadek spółki cywilnej²²⁸. Ponadto należy dodać, że na poziomie podstawowej systematyki kon-

²²⁶ Dz. U. z 2012 r., poz. 788 ze zm., dalej „kro”.

²²⁷ Tak zwłaszcza J. Lic: Konsorcjum w zamówieniach publicznych, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2008, Nr 4, s. 78 i n., A. Herbert (w:) System prawa prywatnego, t. 16, Prawo spółek osobowych, Warszawa 2008, s. 603, S. Włodyka (w:) System prawa handlowego, t. 5, Prawo umów handlowych, Warszawa 2014, s. 713, L. Siwik: Spółka cywilna w obrocie gospodarczym, Warszawa 2009, s. 2 i n. oraz E. Zielińska: Wspólna realizacja zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane, PZP 2015, Nr 1, s. 133 i n.

²²⁸ Por. zwłaszcza L. Stecki: Konsorcjum, Warszawa 1997, s. 140, J. Hilla: Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum, RP 2005, Nr 5, s. 35 oraz E. Wieczorek [w:] Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, Komentarz, red. A. Powałowski, Warszawa 2007, s. 35.

traktów nazwanych i nienazwanych, jedna i ta sama umowa nie może przynależeć do dwóch typów kontraktów. Aby zatem zakwalifikować konsorcjum w ramach podtypu spółki cywilnej umowa ta musiałaby w całości wyczerpać się w typie spółki. Do tego zaś brak dostatecznych podstaw prawnych²²⁹. Zachodzi jednak pomiędzy nimi pewien zakres podobieństwa, zwłaszcza co do wspólnego prowadzenia spraw, uzasadniający możliwość analogicznego stosowania do konsorcjum niektórych przepisów o spółce cywilnej. Konsorcjum, tak jak spółka cywilna, nie posiada podmiotowości prawnej, nie jest samodzielny podmiotem praw i obowiązków ani odrębną jednostką organizacyjną²³⁰. Prawa i obowiązki są wspólne. Udzielenie zamówienia publicznego następuje zatem łącznie na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum, którzy stają się współwykonawcami, stanowią zatem wielopodmiotową stronę zobowiązania z zachowaniem własnej odrębności, tożsamości i odpowiedzialności, która może być solidarna, gdy wynika to z ustawy lub z zastrzeżenia umownego²³¹. Częściowe ograniczenie swobody działania konsorcjum wynika jednak z dyspozycji art. 23 oraz 141 Pzp. Jeśli zostało zawarte „okazjonalnie” dla realizacji pojedynczego zamówienia, jego warunki rzutują pośrednio na zasady współpracy konsorcjantów. Reprezentacja współdziałających uczestników konsorcjum może być różna, mogą działać łącznie albo wzajemnie się zastępować na zasadzie pełnomocnictwa. Przy ubieganiu się o zamówienie w imieniu konsorcjum powinien jednak działać pełnomocnik.

Spółka cywilna to umowa obligacyjna zawierająca zobowiązanie dwu- lub wielostronne, w ramach którego wspólnicy zobowiązują się do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów (art. 860 § 1 kc). Może być spółką okazjonalną, do pojedynczego przedsięwzięcia, lecz na ogół jest odwrotnie, a nawet dominują w obrocie spółki cywilne zawiązywane do wspólnego prowadzenia działalności gospodarczej, stałej, zarobkowej i profesjonalnej. Z uwagi na brak podmiotowości prawnej wpisem do ewidencji działalności gospodarczej obejmuje się każdego ze wspólników osobno. Zobowiązania zaciągane przez wspólnotę obciążają wszystkich wspólników, którzy wchodzi w status jednej wielopodmiotowej strony zobowiązania. Ich odpowiedzialność za te zobowiązania jest z mocy prawa solidarna (art. 864 kc). Wkład wspólnika może polegać na wniesieniu do spółki własności lub innych praw albo na świadczeniu usług. Majątek początkowy, a także dorobkowy, wspólnoty jest objęty współwłasnością łączną. Wszyscy wspólnicy są uprawnieni do równego udziału w zyskach i stratach, bez względu na rodzaj i wartość wkładu, choć w umowie można rozstrzygnąć odmiennie. Każdy wspólnik jest uprawniony, a zarazem zobowiązany do prowadzenia spraw spółki (zarządzania). Bez uprzedniej uchwały wspólników może prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłego zarządu, lecz w razie sprzeciwu któregośkolwiek z pozostałych, potrzebna jest uchwała wspólników. Umowa może jednak limitować zakres powyższego uprawnienia. Każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach,

²²⁹ Więcej o konsorcjum J. Lic: *Konsorcjum czy spółka cywilna*, „MP Zamówień Publicznych” 2009, Nr 1, s. 14 i n oraz E. Zielińska: *Wspólna realizacja...* op. cit., s. 134 i n.

²³⁰ Wyjątkowo jednak spółka cywilna uznawana jest za jednostkę w niektórych stosunkach administracyjnych, a zwłaszcza podatkowych np. w zakresie VAT.

²³¹ Na tym tle niejasno przedstawia się stanowisko zawarte w wyroku Sądu Najwyższego z 7 listopada 2014 r. (V CSK 95/14), powołujący za E. Zielińską: *Wspólna realizacja...* op. cit., s. 136–137, uznające za dopuszczalne w zamówieniach publicznych tzw. konsorcjum zdecentralizowane, w ramach którego poszczególni konsorcjanci mogą zawierać dodatkowe umowy wykonawcze z zamawiającym, każdy we własnym imieniu.

w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw, lecz z postanowień umowy albo doraźnej uchwały wspólników może wynikać co innego, nawet pełne umocowanie jednego, z wyłączeniem pozostałych wspólników (art. 866 kc)²³². Nie zawsze zatem umowa spółki będzie miarodajna dla ustalenia tego, czy spółka prawidłowo ustanowiła przedstawiciela do reprezentowania jej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Osoby wspólnie ubiegające się o zamówienie mogą zawrzeć umowę spółki umacniającą ich współpracę już po uzyskaniu zamówienia²³³.

Małżonkowie, zwłaszcza prowadzący wspólnie działalność zarobkową także mogą ubiegać się o zamówienie publiczne. Jeżeli pozostają w ustawowej wspólnotcie majątkowej, oboje współdziałają w zarządzie mieniem wspólnym na zasadach art. 36 kro. W szczególności każdy z nich może samodzielnie reprezentować obojga w bieżących sprawach, o ile drugi nie zgłosi sprzeciwu. W sprawach przekraczających zakres zwykłego zarządu majątkiem wspólnym konieczna jest zgoda drugiego małżonka. Jednostronna czynność prawna podjęta bez zgody małżonka jest nieważna, natomiast umowa może być potwierdzona przez drugiego małżonka (art. 37 kro). Jeżeli natomiast małżonkowie pozostają w rozdzielności majątkowej, każdy z nich samodzielnie zarządza swoim majątkiem (art. 51¹ kro). Separacja orzeczona przez sąd, podobnie jak i ewentualny rozwód, prowadzi do zniesienia wspólnotty majątkowej.

Pełnomocnik reprezentujący wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musi być ustanowiony obligatoryjnie, pod rygorem odrzucenia wspólnej oferty, chyba że z umowy spółki cywilnej wprost wynika umocowanie spełniające wymogi z art. 23 ust. 2 Pzp. Sama oferta przetargowa może być podpisana przez wszystkich współpracujących wykonawców, co przy ofercie łącznej jest bardziej naturalne niż zastępstwo. W przypadku spółki cywilnej pełnomocnictwa udzielają wszyscy wspólnicy. Pełnomocnikiem nie musi być oczywiście jeden ze współwykonawców, może nim być osoba trzecia. *Ratio legis* art. 23 ust. 2 Pzp sprowadza się do tego, aby wszelkie kontakty zamawiającego – organizatora z grupą, począwszy od doręczenia oferty, aż do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie odbywały się w układzie wielostronnym, lecz wyłącznie z udziałem przedstawiciela, w celu usprawnienia postępowania. Wprawdzie udzielenie kilku pełnomocnictw nie jest zakazane, lecz wyłącznie zamawiający decyduje o wyborze właściwego pełnomocnika. Pełnomocnictwo „do postępowania” organizowanego przez zamawiającego wymaga formy pisemnej (art. 99 kc)²³⁴. Dopuszczenie pełnomocnika nie pozbawia możliwości działania samych współwykonawców. Pełnomocnictwo może być odwołane w każdym czasie. Z udzieleniem pełnomocnictwa jednemu z wykonawców nie prowadzi do wyposażenia tego wykonawcy w funkcję lidera, o szczególnych uprawnieniach zarządczych. Wszyscy bowiem wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w relacji do zamawiającego są równi. Bywa też, że w celu wzmocnienia pozycji takiego lidera operuje się bezpodstawnie pełnomocnictwem nieodwoływanym, nie znajdującym żadnego usprawiedliwienia w stosunku podstawowym konsorcjum albo spółki cywilnej (por. art. 101 kc).

²³² Więcej o spółce cywilnej W. Pyziół: Spółka cywilna [w:] Prawo spółek, red. S. Włodyka, Kraków 1991, s. 18 in., K. Kubala, W. Kubala: Umowa spółki cywilnej, Warszawa 1998, s. 5 in., J. Lic: Spółka cywilna. Problematyka podmiotowości prawnej, Warszawa 2013, s. 10 in oraz uchwała Sądu Najwyższego (7 sędziów) z 26 stycznia 1996 r. (III CZP 111/95), OSNC 1996, Nr 5, poz. 63.

²³³ Tak Prezes UZP w opinii z 2017 r., dostępnej na stronie internetowej UZP.

²³⁴ Tak też J. Pieróg: op. cit., s. 132 oraz P. Granecki: op. cit., s. 317.

Ustawa nie wymaga pełnomocnictwa do zawarcia umowy z udziałem współwykonawców, lecz jedynie dopuszcza taką możliwość, która bywa w praktyce – niestety – nadużywana ze szkodą dla wykonawców „odsuniętych od umowy”, zazwyczaj przez samozwańczego lidera konsorcjum, zastrzegającego sobie np. wyłączność w zakresie inkasowania zapłaty wynagrodzenia za wykonane zamówienie. Tymczasem w praktyce rośnie liczba wyłudzeń polegających na zaniechaniu przez lidera rozliczenia się z pozostałymi współwykonawcami. Naturalną konsekwencją wspólnego ubiegania się o zamówienie powinno być raczej osobiste podpisanie umowy, choć wyjątkowo, w razie jakichś ważnych powodów, każdy ze współwykonawców może zastąpić się pełnomocnikiem, niekoniecznie ustanowionym w oparciu o „wspólne” umocowanie. Zupełnie natomiast poza prawem zamówień publicznych funkcjonuje, często jako zbędne, pełnomocnictwo do realizacji umowy, wymuszone nierzadko w celu wzmocnienia pozycji tzw. lidera konsorcjum na niezorientowanych współwykonawcach, ale nie jest ono zakazane. Zarówno bowiem pojedyncza czynność prawna, jak i czynności tego samego rodzaju mogą być dokonane za pośrednictwem pełnomocnika. O ile w przypadku spółki cywilnej można sobie wyobrazić zasadność sprawowania stałego zastępstwa wspólników, o tyle o wiele niższy stopień zaufania w ramach doraźnego konsorcjum sprzeciwia się faktycznie oporowaniu tego rodzaju umocowaniem.

O zasadach ustanawiania wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne przesądza bezpośrednio wspólność praw i obowiązków w postępowaniu. Wadium podlega przepadkowi, nawet w sytuacji gdy od zawarcia umowy uchyla się wykonawca, który w ogóle nie partycypował w jego ustanowieniu. Treść dokumentu wadiumnego w żaden sposób nie może blokować tej konsekwencji. Wadium może ustanowić przecież osoba trzecia działająca w cudzym interesie, lecz musi być dostatecznie jasne to, czyje powinności zabezpiecza. W razie zaś dochodzenia zwrotu bezpodstawnie zatrzymanego wadium legitymowany jest wyłącznie ten, kto wadium ustanowił (opłacił), ponieważ tylko on naraża się na szkodę²³⁵.

Sposób weryfikacji spełniania wymaganych warunków wynikać powinien z natury współpracy w ramach „oferty łącznej” oraz z celu i stopnia skomplikowania zamówienia. W przypadku okazjonalnego konsorcjum od razu wykluczyć trzeba formę współdziałania zawiązywanego dla innych celów niż dla stosownego rozłożenia (podziału) nakładów i innych ciężarów realizacji zamówienia. Doraźne konsorcjum zawiera się bowiem dla realnego zsumowania potencjałów na czas realizacji zamówienia. Wynika to pośrednio z art. 25 ust. 6 Pzp, w świetle którego w przypadku współubiegania się o zamówienie, jednolity dokument zamówienia składa każdy z wykonawców; potwierdza on spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje to spełnianie i brak podstaw do wykluczenia. Tymczasem w praktyce nadal utrzymują się trudności co do „odpowiedniego stosowania” przepisów o pojedynczym wykonawcy²³⁶. Zbyt często bezkrytycznie hołduje się zasadzie prostego sumowania potencjałów współwykonawców, wystarczającego być może przy ocenie stanu „umaszynowienia”, czy łącznego rozmiaru zasobów finansowych, natomiast zawodzi przy weryfikacji wiedzy, do-

²³⁵ Tak słusznie Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z 7 września 2005 r. (VI Ca 527/35, niepubl.), podają za P. Granecki: op cit., s. 134.

²³⁶ Por. zwłaszcza M. Owczarczyk: Wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne, PZP 2015, Nr 4, s. 204 i n.

świadczenia, zadłużenia itd., które powinno się odnosić realnie do całej wspólnoty. W szczególności niepełnego doświadczenia współwykonawcy w żadnym razie nie wolno poczytywać za jakiekolwiek doświadczenie, które można by następnie sumować z takim samym ze strony kolejnego współwykonawcy. Jeśli zatem dwaj współwykonawcy z osobna nie są w pełni doświadczeni w wymaganym zakresie – łącznie także nie są doświadczeni²³⁷. Jeżeli np. należało wykazać się udziałem w budowie trzech obiektów podobnych do oferowanego, a spośród doraźnie występujących trzech konsorcjantów każdy udowodnił wzniesienie tylko jednego, to w sumie w żadnym razie nie można ich uznać za doświadczonych, skoro żaden z nich nie nabył jeszcze pożądanych umiejętności. Co innego, gdyby zamawiany obiekt składał się z trzech różnych segmentów, a każdy z uczestników konsorcjum zdobył pełne doświadczenie w zakresie budowy co najmniej pojedynczego segmentu.

Żądanie przedłożenia zamawiającemu umowy regulującej współpracę współwykonawców (konsorcjum, spółki cywilnej) po wyborze oferty umożliwia ostateczną weryfikację ról poszczególnych wykonawców oraz ich potencjału łącznego, jak i zdolności indywidualnych do należytego wykonania zobowiązania. Wprawdzie zamawiający nie jest związany tą umową, ani nie ma uprawnień do jej zatwierdzania (akceptacji)²³⁸, jednak jej postanowienia nie mogą kolidować z projektowaną umową o zamówienie publiczne (np. w zakresie solidarnej odpowiedzialności za spełnienie świadczenia), ani z regułami realnego wykonania zamówienia. Zamawiający może jednak sygnalizować potrzebę zmian dostosowawczych. W praktyce treść umowy o współpracę, zwłaszcza umowy konsorcjum, pozwala znaleźć dostateczne oparcie dowodowe nie tylko dla weryfikacji spełniania wymaganych warunków podmiotowych (wykluczenie jest możliwe w każdym czasie, aż do zawarcia umowy finalnej), lecz także do ujawnienia innych zagrożeń realizacyjnych. W ustawie brak odpowiedzi na pytanie o sankcję w razie odmowy okazania umowy o współpracę.

Klauzule warunkowe co do współwykonawstwa można zawrzeć z góry w projekcie umowy finalnej, zwłaszcza na wypadek wyboru oferty złożonej przez doraźne konsorcjum. Pożądane są przede wszystkim w razie braku współdziałania wykonawców, czy też ogłoszenia upadłości pojedynczego wykonawcy albo rozwiązania (wypowiedzenia) umowy o współpracę. Nie wydaje się jednak zasadne tolerowanie w stosunku podstawowym, wynikającym z umowy o zamówienie publiczne, nadzwyczajnych funkcji i uprawnień tzw. lidera grupy. W szczególności nie leży w interesie publicznym wprowadzanie na stałe do umowy podstawowej rozwiązania upoważniającego wyłącznie jednego i tego samego współwykonawcę do wystawiania faktur oraz inkasowania od zamawiającego zapłaty wynagrodzenia należnego za wykonane zamówienie. Wszyscy współwykonawcy są wierzycielami upoważnionymi do fakturowania i żądania zapłaty, nawet w braku solidarności wierzycielskiej. W umowie należy zatem wskazać rachunki bankowe poszczególnych współwykonawców albo wspólny rachunek bankowy. Niezależnie od tego, pod wpływem bie-

²³⁷ Por. R. Szostak: O niektórych uwarunkowaniach efektywności zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Warszawa 2012, s. 146; K. Horubski, T. Kocowski: Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, „Kwartalnik PZP” 2014, Nr 1, s. 45–46 oraz P. Granecki: op. cit., s. 233–234.

²³⁸ Według wyroku Sądu Najwyższego z 11 maja 2012 r. (II CSK 491/11) *Legalis* z faktu, że umowa z konsorcjum została dołączona do umowy o zamówienie publiczne nie wynika bynajmniej aby umowa konsorcjalna była wiążąca dla zamawiającego. Por. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 maja 2014 r. (I ACa 1621/13), *Legalis*.

jących doświadczeń praktyki²³⁹, postulować trzeba zastrzeżenie w umowie o zamówienie publiczne solidarności wierzycieli w zakresie zapłaty wynagrodzenia, która nie wynika tu wprost z ustawy, lecz może być wykreowana jedynie z mocy umowy²⁴⁰. Współwykonawcy powinni być współuprawnieni do zapłaty w ten sposób, aby zamawiający – dłużnik w razie potrzeby mógł spełnić całe świadczenie do rąk jednego z nich, a zaspokojenie któregośkolwiek prowadziło do wygaśnięcia długu względem wszystkich. W oparciu bowiem o art. 367 § 2 kc zamawiający dłużnik może spełnić świadczenie, według swego wyboru, do rąk któregośkolwiek z wierzycieli solidarnych, choć w razie wytoczenia powództwa przez jednego z nich, dłużnik jemu powinien uiścić zapłatę. Ten zaś kto zainkasował zapłatę powinien – rzecz jasna – rozliczyć się prawidłowo z pozostałymi, odpowiednio do zakresu faktycznego zaangażowania przy realizacji zamówienia. Tymczasem w praktyce, w warunkach konfliktu i upadku zaufania między współwykonawcami, dochodzi nierzadko do naruszenia zasady sprawiedliwego rozliczenia i w rezultacie do porzucenia zamówienia przez pokrzywdzonego wykonawcę. Dlatego w razie potrzeby rozważyć trzeba wzbogacenie umowy podstawowej o klauzulę solidarności wierzycieli, przewidującą obok „wspólnego fakturowania” także wyjątkową możliwość wystawienia zamawiającemu faktury w zakresie płatności częściowej, przez pojedynczego wykonawcę biorącego udział w realizacji określonej części zamówienia. Tak, czy owak, należałoby kierować się zasadą „wspólnej wierzytelności” pieniężnej, wzbogaconą o szczególne warunki zapłaty chroniące interesy wszystkich współwykonawców. Wypada tu powołać wyrok Sądu Najwyższego z 7 listopada 2014 r. (sygn. akt: IV CSK 95/14)²⁴¹, zgodnie z którym wprawdzie w umowie o zamówienie publiczne współwykonawcy (konsorcjum) są wielopodmiotową stroną zobowiązania dwustronnego, a wewnętrzny podział zadań (prac) pozostaje w zasadzie obojętny dla zamawiającego i każdy ze współuprawnionych ma prawo do wynagrodzenia (wierzytelność wspólna), jednak z uwagi na podzielną świadczenia pieniężnego nie można wykluczyć płatności częściowych. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 grudnia 2013 r. (sygn. akt: VI ACa 677/13)²⁴² pojedynczemu wykonawcy przyznano z tego tytułu nawet samodzielną legitymację czynną w dochodzeniu wynagrodzenia od zamawiającego²⁴³.

Solidarna odpowiedzialność współwykonawców za spełnienie zamówionego świadczenia wynika wprost z ustawy. Nie trzeba się o nią umawiać. Przepis art. 141 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Zastrzeżenia przeciwne są nieważne. Chodzi jednak wyłącznie o solidarność bierną – dłużników. Przepis ten w żadnym wypadku nie może sta-

²³⁹ Por. trudności sygnalizowane przez E. Zielińską: Wspólna realizacja .. op. cit., s. 139 oraz T. Pleśniak: Ile dla inwestora, który spłacił podwykonawcę, „Rzeczpospolita” z 19 sierpnia 2016 r., na tle wyroku Sądu Najwyższego z 11 lutego 2016 r. (V CSK 339/15), dotyczącego roszczenia regresowego zamawiającego wobec konsorcjum, które dopuściło podwykonawcę. Regres skierowany wyłącznie wobec lidera konsorcjum, któremu uprzednio zamawiający uiścił wynagrodzenie Sąd Najwyższy uznał tylko częściowo, z uwagi na współodpowiedzialność wszystkich współwykonawców, choć ostatecznie nie otrzymali żadnej zapłaty.

²⁴⁰ Nawet wspólnicy spółki cywilnej nie są uprawnieni solidarnie, jeśli w umowie pominięto tę kwestię. Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 9 lutego 2011 r. (III CZP 130/10), Legalis. Z drugiej strony dopiero po rozwiązaniu spółki wspólnik może samodzielnie dochodzić przypadającej mu części wierzytelności. Por. wyrok Sądu Najwyższego z 11 lutego 2009 r. (V CSK 325/08), Legalis.

²⁴¹ Podaję za E. Zielińską: Wspólna realizacja...op. cit., s. 142.

²⁴² Tamże, s. 143.

²⁴³ Podobnie Sąd Apelacyjny w Katowicach z 1 lutego 2013 r. (V ACa 664/12), Legalis, a także Sąd Apelacyjny w Warszawie z 1 października 2013 r. (I ACa 636/13), Legalis.

nowić podstawy dla solidarności czynnej (wierzycielskiej)²⁴⁴. Według art. 366 kc kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzycielowi wolno żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani. Zobowiązanie może być solidarne, chociażby każdy ze współdłużników był zobowiązany w sposób odmienny (art. 368 kc), co ma istotne znaczenie dla ewentualnego podziału ról pomiędzy współwykonawców²⁴⁵. Wprawdzie podział ról w umowie konsorcjum (spółki) nie skutkuje bezpośrednio względem zamawiającego, lecz jego odzwierciedlenie w umowie podstawowej działa modyfikująco na zobowiązanie dłużne. W tym wypadku dochodzi do różnicowania sposobu spełnienia świadczenia, także pod względem jego wartości, choć za całe świadczenie odpowiadają wszyscy współdłużnicy solidarni. Dlatego, pomimo ewentualnego różnicowania sytuacji prawnej współwykonawców w zakresie realizacji zamówienia, zamawiający może domagać się całego świadczenia od każdego z nich z osobna. Ponadto, w świetle art. 372 kc zachowanie dłużnika solidarnego nie może szkodzić pozostałym współdłużnikom, zarówno w sferze czynności prawnych, jak i faktycznych. Sankcją jest ograniczenie skutków wyłącznie do granic odpowiedzialności niesummiennego dłużnika. Poza tym w razie niemożliwości następczej świadczenia, wywołanej okolicznościami, za które odpowiadają jedynie niektórzy ze współwykonawców, konsekwentnie odpowiedzialność odszkodowawcza powinna obejmować tylko tych dłużników, natomiast względem pozostałych zobowiązanie wygasa²⁴⁶.

Wymóg ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy także obciąża solidarnie współwykonawców z mocy art. 141 Pzp. Podobnie jak w przypadku wadium koszty zabezpieczenia ustanowionego z udziałem wszystkich współwykonawców mogą ponieść tylko niektórzy z nich albo nawet osoba trzecia, byleby z treści dokumentu zabezpieczenia wynikała możliwość dochodzenia roszczeń zamawiającego (regresowych) z majątku każdego ze współwykonawców. W szczególności trzeba o tym pamiętać przy zabezpieczeniach w postaci zobowiązań abstrakcyjnych (z weksla lub gwarancji). Przykładowo, jeśli wystawca weksla *in blanco* nie ujawni w jego treści, że działa także w imieniu pozostałych współwykonawców – zobowiązanie wekslowe zostaje wykreowane jedynie z udziałem wystawcy.

Zmiana albo rozwiązanie umowy o współpracę w zasadzie nie rzutuje na odpowiedzialność wykonawców wobec zamawiającego, nie może bowiem działać wstecznie ani ograniczając wobec solidarnej odpowiedzialności z art. 141 Pzp. Jeżeli jednak dojdzie do zmiany lub rozwiązania współpracy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzi do wyeliminowania współdziałających wykonawców z ubiegania się o zamówienie, z uwagi na utratę warunków podmiotowych. Według bowiem art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia można udzielić tylko wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W trakcie realizacji zamówienia zdarza się, że oszukany w rozliczeniach współwykonawca wypowiada udział

²⁴⁴ Por. P. Granecki: op. cit. s. 1167, powołujący się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29 kwietnia 2013 r. (VI ACa 1183/12), Legalis.

²⁴⁵ Więcej A. Klein: Istota solidarności biernej, a skutki prawne odpowiedzialności [w:] Studia z prawa zobowiązań, Warszawa–Poznań 1979, s. 209 i n. oraz B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: Konstrukcja solidarności biernej w kodeksie cywilnym, Studia Prawno Ekonomiczne, 1974, t. XII, s. 7 i n.

²⁴⁶ Tak zwłaszcza W. Dubis [w:] Kodeks cywilny, Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 673.

w konsorcjum²⁴⁷ albo dochodzi do ogłoszenia upadłości pojedynczego wykonawcy. W szczególności, w tym drugim przypadku zobowiązanie z umowy o zamówienie publiczne może doznawać istotnych trudności realizacyjnych. W razie zaś utraty uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej należy – jak się zdaje – stosować przepisy o następczej niemożności świadczenia. Zmiana umowy o zamówienie publiczne po stronie osoby wykonawcy, zwłaszcza zmierzająca do wyłączenia jednego ze współwykonawców ze zobowiązania jest wyjątkowo możliwa, lecz na warunkach z góry zastrzeżonych w jej postanowieniach (art. 144 ust. 1 pkt 4a Pzp).

8. Unieważnienie umowy finalnej

Wadliwość umowy, jako czynności prawnej, może uzasadniać co najmniej trojaką sankcję prawną:

- nieważność bezwzględna,
- nieważność względna (wzruszalność),
- bezskuteczność zawieszoną.

Żadnej z nich nie domniemuje się, w zasadzie wynikają wprost z przepisów prawa, stronom nie wolno ich kształtować pod względem konstrukcyjnym. Poza zasięgiem pojęcia wadliwej czynności prawnej są tzw. „czynności nieistniejące”, które w ogóle nie mieszczą się w kategorii „zdarzeń prawnych”, z uwagi na brak dostatecznych elementów konstytutywnych, niezbędnych do wytworzenia zamierzonej czynności prawnej, którą można by następnie uznać za ważną bądź nieważną.

Nieważność bezwzględna umowy o zamówienie publiczne zdarza się niezwykle rzadko, a to z uwagi na wysoki stopień profesjonalizacji procesu kształtowania i zawierania tego rodzaju umów. Pośród przypadków występujących sporadycznie odnotować trzeba zawarcie umowy:

- z całkowitym pominięciem stosowania reżimu prawa zamówień publicznych,
- z nieuprawnionym, zwłaszcza z udziałem osoby działającej bez umocowania lub z wykonawcą, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy,
- bez zachowania formy pisemnej,
- o świadczenie niemożliwe,
- sprzecznej w swej treści z bezwzględnie wiążącymi normami lub zasadami współżycia społecznego,
- dotkniętej wadą oświadczenia woli złożonego w warunkach braku świadomości lub swobody albo pozoorności (art. 82–83 kc).

Zostały one przedstawione w ramach związanych z nimi zagadnień. Przypadek drugi polega jednak najczęściej na czynności niezupełnej (bezskuteczności zawieszony), którą można wzbogacić o zatwierdzenie umowy przez mocodawcę, nadając jej pożądane skutki prawne (art. 103 kc). Wyjątkowo jednak gdy rzekomo umocowany działał po wygaśnięciu umocowania, a druga strona o tym wiedziała – umowa od razu staje się nieważna (art. 105 kc).

²⁴⁷ Stosunek spółki cywilnej, nawet zawartej na czas oznaczony, może być wypowiedziany z ważnych powodów (art. 869 kc), jednak pewności takiej brak w odniesieniu do konsorcjum, zawieranego zazwyczaj celowo na czas realizacji konkretnego zamówienia publicznego, choć nie powinno być zastrzeżeń, jeśli prawo wypowiedzenia zostało zastrzeżone z góry w umowie o współpracę.

Nieważność bezwzględna następuje z mocy samego prawa, bez potrzeby dokonywania jakichkolwiek czynności potwierdzających. Dzieje się od początku, od chwili zawarcia wadliwej umowy. Ma charakter definitywny, a w razie późniejszego upadku przyczyny nieważności, nie staje się automatycznie ważna²⁴⁸. W obszarze zamówień publicznych brak przypadku wyjątkowej ustawowej konwalidacji (uzdrowienia) nieważnej umowy. Może natomiast dojść do konwersji czynności polegającej na przemianie nieważnego typu na inny (ważny) typ, np. umowy o zwalniające przejście długu (art. 519 kc) na umowę o zwolnienie dłużnika od obowiązku świadczenia (art. 392 kc) albo nieważne poręczenie wekslowe może być uznane za ważne poręczenie zwykłe z art. 876 kc. Poza tym nieważność bezwzględna działa *erga omnes*, każdy zatem zainteresowany prawnie może na nią się powołać w formie zarzutu procesowego albo w powództwie. Sąd uwzględnia ją z urzędu, niezależnie od tego, czy ktokolwiek na nią się powołuje, o ile tylko ujawnią się stosowne okoliczności²⁴⁹. Strony mogą same zgodnie stwierdzić nieważność umowy, a w razie rozbieżności strona zainteresowana może powstrzymać się z wykonaniem świadczenia albo wystąpić do sądu o deklaratywne stwierdzenie nieważności umowy na podstawie art. 189 kpc. W razie wykonania bezwzględnie nieważnej umowy w całości lub w części świadczenia są nienależne, każda ze stron może żądać zwrotu spełnionego bezpodstawnie świadczenia w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 410 kc), a jeśli zwrot świadczenia in natura nie jest możliwy – rozliczenie wzajemnych roszczeń następuje w pieniądzu²⁵⁰.

Wzruszalność umowy o zamówienie publiczne (unieważnienie) z powodu wadliwości dotyczącej procedury poprzedzającej jej zawarcie zachodzi obecnie częściej w zamówieniach publicznych niż nieważność bezwzględna. Czynność prawna wzruszalna wywołuje skutki prawne podyktowane wolą stron, jednak są one niepewne, zależą bowiem od tego, czy sam składający wadliwe oświadczenie woli, czy też sąd bądź inny organ (np. KIO), doprowadzi do unicestwienia tych skutków, nazywanego „unieważnieniem”. W pierwszej kolejności trzeba odnotować przypadki przewidziane w kodeksie, które mogą zdarzyć się zarówno w stosunkach obrotu powszechnego, jak i w zamówieniach publicznych. W szczególności ten, kto złożył oświadczenie woli pod wpływem błędu, podstęp lub groźby bezprawnej może doręczyć drugiej stronie w ciągu roku oświadczenie na piśmie o uchyleniu się od skutków prawnych wadliwego oświadczenia²⁵¹. Wskutek tego wadliwa czynność prawna upadnie. Według zaś art. 388 kc strona umowy pokrzywdzona wyzyskiem drugiej strony może w ciągu dwóch lat żądać unieważnienia umowy przez sąd, jeśli przywrócenie ekwiwalentności świadczeń jest nadmiernie utrudnione²⁵². Poza tym stosownie do art. 70⁵ kc organizator lub uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy finalnej, jeżeli jej strona, inny uczestnik lub osoba trzecia działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi oby-

²⁴⁸ Por. Z. Radwański [w:] System prawa prywatnego, t. 2... op. cit., s. 428 i n.

²⁴⁹ Tamże.

²⁵⁰ Więcej E. Łętowska: Bezpodstawne wzbogacenie, Warszawa 2009, s. ... oraz W. Serda: Nienależne świadczenie, Warszawa 1988, s. 216 i n. wraz z powołanym tam orzecnictwem.

²⁵¹ Więcej B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym, Warszawa 1973, s. 58 i n. oraz M. Gutowski: Wzruszalność czynności prawnej, Warszawa 2010, s. 11 i n., a także J. Byrski: Wadliwość oświadczenia woli składanego drogą elektroniczną, „Prawo Nowych Technologii” 2008, Nr 2, s. 74 i n.

²⁵² Więcej B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: Wyzysk jako wola oświadczenia woli, „Studia Prawno Ekonomiczne” 1973, Nr 10, s. 63 i n. oraz P. Machnikowski: Kodeks cywilny... op. cit., s. 703 i n.

czajami. Umowę unieważnia sąd, a uprawnienie do żądania unieważnienia wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy. W zamówieniach publicznych przepis art. 70⁵ kc znajduje zastosowanie jedynie częściowe, z uwagi na odmienne rozwiązanie normatywne (zob. niżej). Możliwość podważenia bytu prawnego umowy w powyższych przypadkach rozpatruje się w kategoriach prawa kształtującego. W sferze profesjonalnie udzielanych zamówień publicznych są one jednak rzadkością. O wiele większe znaczenie mają przypadki unieważnienia umowy z przyczyn wskazanych w przepisach art. 146 Pzp, związanych bezpośrednio z wadliwością procedur udzielania zamówień publicznych, mających charakter *lex specialis* w stosunku do rozwiązań kodeksowych, choć założenia konstrukcyjne są podobne.

Sankcja bezskuteczności zawieszona zdarza się w zamówieniach publicznych sporadycznie. Polega na tymczasowym wstrzymaniu następstw prawnych dokonanej czynności (umowy), do momentu nadejścia określonego zdarzenia²⁵³. W okresie zawieszenia skutków czynność wiąże jednak strony, które aż do ziszczenia się całego stanu faktycznego nie mogą się od niej uwolnić. Do najbardziej znanych należą przypadki zawieszenia skutków umowy do czasu: zgody osoby trzeciej (art. 63 kc), zatwierdzenia umowy przez stronę reprezentowaną przez rzekomego pełnomocnika (art. 103 kc) albo uzupełnienia stanu faktycznego o dodatkowe zdarzenie (wydanie przedmiotu, dokonanie wpisu do księgi wieczystej, ustanowienie zabezpieczenia). Czas na aktywowanie skutków prawnych może być ograniczony terminem, także wyznaczonym przez drugą stronę, a po bezskutecznym jego upływie czynność staje się nieważna z mocą wsteczną.

Podstawy żądania unieważnienia umowy finalnej w oparciu o przepisy art. 146 Pzp dotyczą uchybień popełnionych przez zamawiającego – organizatora, który:

- zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia, udzielenia zamówienia z wolnej ręki albo zapytania o cenę z naruszeniem przepisów ustawy,,
- nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w BZP albo nie przekazał ogłoszenia Urzędowi Publikacji UE,
- zawarł umowę finalną przedwcześnie z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1 Pzp, jeżeli uniemożliwia to KIO uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy,
- uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom uprzednio niezainteresowanym (niedopuszczonym) lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem,
- uniemożliwił wykonawcy będącemu stroną umowy ramowej złożenie oferty w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia jednostkowego,
- zawarł umowę w trybie udzielenia zamówienia *in-house* z wolnej ręki przed upływem czternastodniowego terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12 Pzp.

Nie można zakładać, że same strony umowy są władne unieważnić umowę, nie tylko ze względu na szczególny charakter podstaw uzasadniających ingerencję władzy publicznej, lecz także na ustawowy zwrot: „umowa podlega unieważnieniu”. Z zasady, według której

²⁵³ Tak S. Grzybowski: Prawo cywilne – zarys części ogólnej, Warszawa 1974, s. 257–258, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska (: System... op. cit., s. 719–720, Z. Radwański: Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2007, s. 341 oraz

następstwa wadliwych czynności postępowania organizowanego przez zamawiającego koryguje się w trybie odwoławczym oraz z przepisów art. 192 ust. 2–3 Pzp wskazujących na zakres orzekania KIO, wynika pośrednio, że właściwa jest KIO w trybie odwoławczym. Wobec braku przepisu legitymującego wykonawcę do zaskarżenia umowy finalnej (może zaskarżać tylko wadliwe lub zaniechane czynności postępowania) należy zgodzić się z poglądem, że KIO unieważnia umowę finalną z urzędu²⁵⁴, nie tylko przedwcześnie zawartą, lecz także z naruszeniem procedur wskazanych w art. 146 ust. 1 Pzp. Wykonawca wnoszący odwołanie na uchybienia organizatorskie zamawiającego wpływa jedynie pośrednio na możliwość unieważnienia umowy finalnej. Rozwiązanie to nasuwa zastrzeżenia natury konstrukcyjnej, przede wszystkim dlatego, że postępowanie przed KIO ma charakter skargowo – jurysdykcyjny (wyłącza drogę sądową) i jest oparte na zasadzie kontrydiktoryjności, która przesądza o potrzebie związania Izby granicami zaskarżenia²⁵⁵. Droga sądowa do unieważnienia umowy finalnej na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp jest zamknięta, zarówno dla żądania unieważnienia umowy przez stronę, jak i Prezesa UZP, choć właściwy sąd okręgowy może orzekać w takiej sprawie w trybie apelacyjnym, rozpoznając skargę na orzeczenie KIO²⁵⁶. Zamawiający, a także Prezes UZP, mogą jednak w oparciu o odrębne podstawy prawne podważać umowę finalną przed sądem, z powodu zdarzeń rzutujących na wynik postępowania (art. 146 ust. 5–6 Pzp).

Pośród podstaw unieważnienia umowy wskazanych w art. 146 ust. 1 Pzp najczęściej występuje bezzasadne zastosowanie niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia, z naruszeniem ustawowych przesłanek jego dopuszczalności, a mianowicie: z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 Pzp), negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 1 Pzp) albo zapytania o cenę (art. 70 Pzp). Szersza formuła ustawowa wyrażająca się zwrotem: „z naruszeniem przepisów ustawy” obejmuje także przypadki wadliwego toku procedury, choćby prawidłowo wszczętej. Z drugiej strony pominięcie innych trybów ustawowo limitowanych: negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej, nasuwa pytanie o zasadność ujawniającego się braku symetryczności, tym bardziej, że ich nadużycie może prowadzić do istotnego naruszenia interesu publicznego. Doniosły praktycznie przypadek unieważnienia umowy przedwcześnie zawartej z naruszeniem obligatoryjnego okresu zawieszenia, związanego z możliwością zaskarżenia wyniku postępowania, nie wymaga właściwie komentarza, choć w istocie obejmuje on każde uchybienie proceduralne zasługujące na uwzględnienie w trybie odwoławczym. Chodzi o rygorystyczne egzekwowanie zasady, że przedwcześnie zawarta umowa nie może stać na przeszkodzie w uwzględnieniu odwołania. Liczy się tu nie tyle doprowadzenie do przedwczesnego zawarcia umowy, ile efektywne rozstrzygnięcie odwołania. W razie zatem oddalenia odwołania – odpada potrzeba unieważnienia umowy finalnej. Urzędnik, który dopuścił do przedwczesnego zawarcia umowy podlega jednak odpowiedzialności za naruszenie

²⁵⁴ Więcej R. Szostak: Zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne, ZPZ 2010, Nr 1, s. 3 i n.

²⁵⁵ Brak podstaw do domniemania zaskarżenia umowy z samego faktu wniesienia odwołania przez wykonawcę zwalczającego uchybienia proceduralne zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

²⁵⁶ Przeciwnie stanowisko w tym zakresie zajął jednak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 24 marca 2016 r. (III Ga 20/16), w którym uwzględniając skargę na orzeczenie KIO stwierdził jedynie zawarcie umowy w warunkach naruszenia prawa, natomiast powinien konsekwentnie rozważyć jej unieważnienie na podstawie art. 146 Pzp, skoro w postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy doszło do istotnego uchybienia rzutującego na wybór oferty.

dyscypliny finansów publicznych. Także w innych przypadkach objętych wyliczeniem z art. 146 ust. 1 Pzp – KIO z urzędu unieważnia umowę finalną tylko wtedy, gdy uwzględni odwołanie w zakresie uchybień proceduralnych. Prawo do obalenia umowy o zamówienie publiczne w trybie odwoławczym wskazuje pośrednio na krótki termin jego wygaśnięcia, uzależniony od terminu na wniesienie odwołania oraz czasem niezbędnym na jego rozpoznanie przez KIO lub sąd skargowy.

W przepisie art. 146 ust. 4 Pzp zastrzeżono, że z przyczyn proceduralnych nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 189 kpc. Jest to norma interpretacyjna zmierzająca do usunięcia wątpliwości. Po pierwsze, dawniejsza konstrukcja bezwzględnej nieważności umowy, właściwej dla wad proceduralnych (do 2004 r.) na podstawie specjalnych przepisów odrębnych lub ogólnej formuły z art. 58 kc, jest obecnie nieaktualna, wobec wyraźnego brzmienia ustawy, podyktowanego dyspozycjami dyrektywy odwoławczej 89/665²⁵⁷. Z braku stosownego przepisu, należy ją kwalifikować – jak już wspomniano – przy uwzględnieniu dawniejszego orzecznictwa, w ramach bezwzględnej nieważności umowy na podstawie art. 58 § 1 kc. Po drugie, dopuszczalność choćby tylko uzupełniającego zastosowania art. 189 kpc prowadziłaby do rozbieżności w orzekaniu, także w zakresie legitymacji procesowej, ponieważ z powództwem o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego może wystąpić każdy, kto ma w tym interes prawny.

Skutki unieważnienia umowy finalnej przez KIO normują przepisy art. 146 ust. 3 oraz art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp. Zasadniczo unieważnienie umowy działa wstecznie, zostaje ona ubezskutezczona (obalona) w całości, od momentu jej zawarcia, analogicznie jak w obrocie powszechnym. Pod tym względem sytuacja zbliża się do nieważności bezwzględnej, z tym, że unicestwienie skutków umowy nie następuje od razu z mocy prawa, lecz później w następstwie jej unieważnienia przez organ władzy publicznej z mocą *ex tunc*. Jeśli doszło choćby do częściowego wykonania umowy, otwiera się możliwość żądania wzajemnego zwrotu spełnionych świadczeń. Jednakże brak podstaw prawnych do orzekania o tym zwrocie przez KIO. Jeżeli zaś wadliwa proceduralnie umowa nie zostanie unieważniona, pozostaje w mocy ze wszystkimi konsekwencjami, zwłaszcza w zakresie jej wykonania. Od tak pojętych następstw unieważnienia zachodzi wyjątek przewidziany w przepisie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp, który zezwala Izbie na częściowe unieważnienie umowy, w zakresie zobowiązań jeszcze niewykonanych (skutek *ex nunc*), w szczególności, gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń już spełnionych na podstawie unieważnianej umowy. W takim przypadku Izba nakłada na zamawiającego karę finansową płatną do budżetu państwa w wysokości do 10% wartości przedmiotu umowy. Niezbyt jasno przedstawia się natomiast przypadek z art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp polegający na możliwości orzeczenia przez Izbę o „skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym (...)”, którego ustawa nie postrzega już w kategoriach „unieważnienia”. Tymczasem samo skrócenie terminu wyznaczającego okres spełnienia świadczenia jest pozbawione praktycznego sensu, a nawet może być szkodliwe, przy braku równoczesnego ograniczenia zakresu świadczenia. Przepis ten trzeba odnosić zatem tylko do „zamówień na czas”, udzielanych na świadczenia okresowo powtarzalne albo ciągle. Skrócenie „okresu” przesądza wtedy automatycznie o ograniczeniu przedmiotu zamówienia i może mieścić się w pojęciu częściowego unieważnienia

²⁵⁷ Dz. Urz. L 395, 30.12.1989, s. 33.

umowy w zakresie powinności jeszcze niewykonanych, co powinno być odzwierciedlone jasno w ustawie.

Prawo żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na drodze sądowej wynika z art. 146 ust. 5 Pzp, który w zakresie podstaw unieważnienia odsyła wprost do art. 70⁵ kc, wyłączając jednak legitymację drugiej strony umowy (wykonawcy), a także innych uczestników postępowania poprzedzającego zawarcie transakcji. Uwzględniając to ograniczenie należy stwierdzić, że zamawiający – organizator może żądać unieważnienia zawartej umowy finalnej, jeżeli jej strona, inny wykonawca ubiegający się o zamówienie lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Uprawnienie to wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym zamawiający powziął wiadomość o przyczynie unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy (termin zawity)²⁵⁸. Wyłączenie legitymacji do zaskarżenia umowy przez konkurenta, zwłaszcza takiego, którego bezprawnie pozbawiono szans na zamówienie publiczne, tłumaczy się pierwszeństwem środków odwoławczych, jednak zdarzają się przypadki zmowy lub manipulacji wynikiem przetargu, które wychodzą na jaw zbyt późno, aby skorzystać ze środków odwoławczych. Pokrzywdzonemu pozostaje wtedy sygnalizować sprawę Prezesowi UZP z nadzieją, że ten uruchomi doraźną kontrolę postępowania i ewentualnie skorzysta z prawa do wniesienia powództwa o unieważnienie umowy. Znikome prawdopodobieństwo naruszenia interesów drugiej strony umowy zawartej wskutek wadliwego wyniku postępowania znajduje także oparcie w możliwości sygnalizacji uchybienia Prezesowi UZP. Sygnalizacji takiej nie można zaś oczekiwać od zamawiającego, który jako organizator postępowania sam popełnia najwięcej błędów. Dlatego zamawiający dysponuje samodzielną legitymacją do zaskarżenia umowy, obok Prezesa UZP, tym bardziej zasadną, że wprawdzie ponosi on odpowiedzialność za prawidłowy wynik postępowania, lecz rozstrzygnięcie może być oparte na zniekształconych przesłankach. W pierwszej kolejności zamawiającemu służy unieważnienie postępowania dotkniętego wadą nieusuwalną, uniemożliwiającą zawarcie skutecznej umowy finalnej. Jeśli wada postępowania ujawni się po podpisaniu umowy pozostaje mu właściwie tylko powództwo sądowe, ponieważ brak podstaw do samodzielnego uchylenia się od skutków prawnych zawartej umowy. Wyjątek dotyczy jednak błędu, podstępu lub groźby bezprawnej (art. 88 kc), a także sytuacji z art. 145a pkt 2 Pzp, upoważniającego zamawiającego do rozwiązania umowy w drodze odstąpienia, jeśli wykonawca w chwili jej zawarcia podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp.

Wpłyńnięcie na wynik przetargu albo innego postępowania ofertowego stanowi wadliwość z zakresu przygotowania czynności prawnej, zbliżoną do takich wad oświadczenia woli, jak błąd lub podstęp. Stąd „unieważnienie umowy” jest bardziej adekwatne niż sankcja nieważności bezwzględnej. Przez wynik postępowania rozumie się jego rezultat związany bezpośrednio z wyborem oferty. Druga pozycja w rankingu ofert także może wchodzić warunkowo w zakres pojęciowy „wyniku”, skoro w razie uchylenia się zwycięskiego oferenta od zawarcia umowy – zamawiający wybiera kolejną ofertę bez ponownej oceny ofert (art. 94 ust. 3 Pzp). Niedozwolone „wpłyńnięcie na wynik” to zachowanie realnie rzutujące na rezultat postępowania, bez którego byłby on niewątpliwie odmienny. Większość uchybień występujących

²⁵⁸ Więcej o tym A. Kaźmierczyk-Henzelamnn: Unieważnienie umowy zawartej w drodze przetargu, „Przegląd Sądowy” 2000, Nr 7–8, s. 68 in., R. Szostak: Zagadnienia konstrukcyjne przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego, KPP 2004, Nr 1, s. 108 i n.

w toku postępowania w ogóle pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na jego wynik lub wpływ ten bywa na tyle nieistotny, że gdyby te uchybienia zostały w porę wyeliminowane i tak rezultat końcowy pozostałby ten sam. Zasadniczo wynik postępowania zależy od trzech rodzajów okoliczności: liczby zakwalifikowanych ofert, ich treści oraz zastosowanych kryteriów oceny ofert²⁵⁹. Na jego zniekształcenie wpływ mogą mieć zatem zdarzenia rzutujące bezpośrednio na te okoliczności. Liczą się jednak tylko bezprawne zachowania osób wskazanych w art. 70⁵ kc (w tym członków komisji przetargowej przekraczających zakres umocowania), pozostające w normalnym związku przyczynowym z nieprawidłowym wyborem oferty najkorzystniejszej. Do spotykanych w praktyce uchybień wpływających na liczbę zakwalifikowanych ofert należy zazwyczaj bezpodstawne niedopuszczenie oferty do przetargu (np. rzekomo spóźnionej) albo odwrotnie – dopuszczenie oferty, którą należało zwrócić albo odrzucić. Za mogące wpłynąć na krąg oferentów uznaje się też zaniechanie ogłoszenia o zamówieniu. Do drugiej grupy okoliczności zalicza się niedozwolone uzgadnianie między oferentami treści składanych ofert (tzw. zmowy przetargowe) z zamiarem realnego wpływu na rezultat postępowania, którym towarzyszy niekiedy złożenie oferty z rażąco niską ceną. Stosunkowo często występują też uchybienia przy ocenie ofert przetargowych, z naruszeniem wymogu bezstronności przez członków komisji przetargowej, choć na ogół są one popełniane w granicach działania komisji i dlatego objęte są odpowiedzialnością samego zamawiającego. Wyrok unieważniający umowę finalną zapada w trybie powództwa prawokształtującego. Ma charakter konstytutywny, działa z mocą wsteczną, od chwili zawarcia zaskarżonej umowy.

Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy także w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 Pzp). Bez znaczenia pozostaje to, skąd Prezes powziął wiadomość o uchybieniu. Powinien jednak uruchomić kontrolę postępowania, aby zweryfikować stan faktyczny, zwłaszcza pod kątem przesłanek zasadnego powództwa, wytaczanego tymczasowo na koszt Skarbu Państwa, chyba że stan faktyczny został uprzednio ustalony przez inny organ kontrolny. W razie wyjątkowego zbiegu podstaw zaskarżenia, gdy sprawę rozpoznaje KIO, czynności Prezesa UZP związane bezpośrednio z wytoczeniem powództwa o unieważnienie umowy (przedwczesnej) powinny być wstrzymane, aż do rozstrzygnięcia sprawy przez KIO. Wykonanie umowy nie stoi na przeszkodzie w żądaniu jej unieważnienia. W razie uwzględnienia powództwa wyrok sądu ma charakter konstytutywny, unieważnia umowę w całości z mocą wsteczną. Uprawnienie Prezesa do wytoczenia powództwa prawokształtującego na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp przeciwko obu stronom umowy wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy (art. 144a ust. 2 Pzp). Z kolei uprawnienie Prezesa UZP z art. 146 ust. 6 Pzp nie jest limitowane czasowo.

Wprawdzie bezpośrednią postawą zaskarżenia umowy przez Prezesa UZP są wadliwe czynności (zaniechania) zamawiającego, jako organizatora postępowania, lecz faktyczny jej zakres jest nieco szerszy, ponieważ pośrednio obejmuje też niedozwolone zachowania konkurentów, które nie spotkały się w porę z należyłą reakcją zamawiającego, np. bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty przetargowej. Na drugim planie jest przesłanka bezprawności (naruszenie ustawy) w ujęciu obiektywnym, choć liczy się tu także pogwałcenie zasad udzielania zamówień. Bez znaczenia są natomiast okoliczności subiektywne, leżące po stronie organizatora, złasz-

²⁵⁹ Por. R. Szostak: Zagadnienia konstrukcyjne... op. cit., s. 109–110.

cza charakter przyczyny uchybienia, jej znajomość po stronie organizatora, ani nawet zupełny brak winy zamawiającego. Liczy się każde uchybienie organizatorskie, które nie zostało w porę wyeliminowane, także w trybie unieważnienia postępowania, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przy ocenie, zwłaszcza potencjalnego wpływu uchybienia na wynik postępowania, należy zachować obiektywizm, choć wnioskowanie nie musi uwzględniać w pełni założeń charakterystycznych dla związku przyczynowego adekwatnego, skoro nawet same przepisy uznają zaniechanie urzędowego ogłoszenia o zamówieniu za rzutujące na wynik postępowania, narzucając przy tym reguły właściwe dla normatywnego związku przyczynowego²⁶⁰.

²⁶⁰ Przykładowo według wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z 28 kwietnia 2006 r. (III Ca 218/06), podają za P. Granecki: op. cit., s. 927, żądanie od wykonawców dokumentu niewystępującego w obiegu, a następnie zmiana warunków po terminie składania ofert mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

III. ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY²⁶¹

1. Uwagi ogólne

Zabezpieczenie ściągalności roszczeń przysługujących zamawiającemu przeciwko wykonawcy zamówienia publicznego ma na celu nie tylko zwyczajne usprawienie ich egzekwowania, lecz przede wszystkim – z uwagi na wyraźne prewencyjną funkcję – urzeczywistnienie odwiecznej zasady *pacta sunt servanda*, która w odniesieniu do zobowiązania o bezpośredniej doniosłości gospodarczej łączy się z powinnością jego realnego wykonania (art. 354 kc). W odniesieniu do zamówień publicznych ma ona szczególne znaczenie, skoro kontraktowanie niezbędnych dostaw, usług lub robót budowlanych odbywa się w obliczu konieczności ciągłego zaspokajania rozległych potrzeb publicznych. Nie bez znaczenia jest też troska o wyrównanie „symetrii” w ochronie prawnej interesów stron w okresie realizacji transakcji. Powinności kontraktowe obciążające zamawiającego publicznego, zwłaszcza zapewnienie współdziałania z wykonawcą i zapłata należnego mu ekwiwalentu pieniężnego, nie nastęrczają większego ryzyka dla wykonawcy, głównie z uwagi na planowanie zamówień przez jednostki zamawiające (zapewniające racjonalne zaspokojenie potrzeb publicznych oraz niezbędne pokrycie finansowe), a także radykalne ograniczenie zdolności upadłościowej w sferze publicznej. Na dodatek dopuszczenie do spóźnienia w zapłacie należności wykonawcy jest obwarowane po stronie zamawiającego odsetkami ustawowymi oraz odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych²⁶². Tymczasem prywatnego zazwyczaj wykonawcę obciążają trudniejsze obowiązki związane z bardziej ryzykowną realizacją świadczenia niepieniężnego, z naturalnych względów częściej narażonego na spóźnienie, element przypadkowości i rozmaite defekty jakościowe. Nie bez znaczenia są też różne ułomności w ramach nadzoru właścicielskiego po stronie zamawiającego, niekiedy nawet w zakresie zaniedbania zwykłej osłony dowodowej roszczeń. Cywilnoprawne sankcje nie mają tu charakteru restrykcyjnego, są oparte na tradycyjnych sposobach dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, z tytułu kar umownych lub z rękojmi za wady, nierzadko na drodze sądowej z ciężarem dowodu po stronie zamawiającego. Stąd w wyniku zabezpieczenia ich ściągalności (eliminującego konieczność ingerencji sądu wobec możliwości samozaspokojenia) stają się nieuchronne, co z góry zmusza wykonawcę do należytej realizacji zamówienia publicznego.

Potrzebę wzmocnienia ochrony roszczeń zamawiającego dostrzegano już co najmniej od początków XIX w. W szczególności francuskie, pruskie i austriackie przepisy o zamówieniach publicznych wymagały obligatoryjnego zabezpieczenia roszczeń przysługujących zamawiającemu w wysokości nie niższej niż 5% wartości zamówienia²⁶³. Według dyspozycji § 40 ust. 1 pkt 8 polskiego przedwojennego rozporządzenia Rady Ministrów z 29 stycznia 1937 r. o do-

²⁶¹ Rozdział ten stanowi zmodyfikowaną wersję referatu autorskiego pn. Ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy o zamówienie publiczne (w): Ochrona interesów wierzycieli w stosunkach gospodarczych, red. K. Szuma, Poznań 2013, s. 37–56.

²⁶² Por. art. 16 udfp.

²⁶³ Por. więcej o tym R. Szostak: Zarys rozwoju zamówień publicznych w Polsce na tle państw środkowoeuropejskich, „Studia Prawnicze” 2011, Nr 3–4, s. 5.

stawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego²⁶⁴ umowa o zamówienie publiczne koniecznie musiała określać sposób wniesienia i wysokość zabezpieczenia należytego jej wykonania oraz ewentualnie wysokość i warunki ściągania i zwrotu kaucji dodatkowych (rat kolaudacyjnych), ulegających potrąceniu przy zaliczkowych wypłatach za dostawy lub roboty. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy ustanawiano przed podpisaniem umowy. Po wojnie wydano nawet specjalne rozporządzenie Rady Ministrów z 13 marca 1947 r. o zabezpieczeniu zobowiązań w związku z podejmowaniem się wykonania robót na rzecz Skarbu Państwa²⁶⁵. Potem umowny sposób udzielania zamówień zastąpiono instrumentami systemu nakazowo – rozdzielczego sterowania gospodarką (plan dyrektywny – rozdzielnik – urzędowy cennik). Reaktywowanie przetargowych sposobów udzielania zamówień publicznych w warunkach gospodarki rynkowej na mocy ustawy z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych²⁶⁶ związane było z koniecznością ustanowienia obligatoryjnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy o roboty budowlane o wartości przekraczającej 20 tys. euro (5–10% tej wartości), natomiast w odniesieniu do zamówień na dostawy lub usługi żądanie zabezpieczenia było fakultatywne (art. 75). Podobne rozwiązanie obowiązywało do 2009 r. na gruncie ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych²⁶⁷.

Obecnie, po zmianie art. 147 Pzp, żądanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest fakultatywne, także przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane, nawet wielkiej wartości. Widocznie, zdaniem ustawodawcy, poprawiła się troska przeciętnego zamawiającego co do przewidywania ryzyka kontraktowego i potrzeby zabezpieczania się przed jego skutkami. O ustanowieniu zabezpieczenia roszczeń decyduje jednak sam zamawiający, z góry na mocy warunków zamówienia. Przesądza o tym jasno art. 147 Pzp, stanowiąc, że zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Oparcie o kryterium legalności środka zaskarżenia warunków zamówienia, ustalanych przez zamawiającego (odwołanie do KIO i skarga sądowa) nie mogą zatem dotyczyć zasadności zabezpieczenia, lecz co najwyżej krzywdzących warunków jego ustanowienia. Zamawiający bowiem z góry ustala wszelkie wymagania w tym zakresie, zwłaszcza wysokość i dopuszczalne ustawowo formy zabezpieczania roszczeń, a także formalności połączone z zawarciem umowy finalnej. Zamawiający żądając ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia roszczeń powinien kierować się przewidywanym ryzykiem wystąpienia nieprawidłowości pociągających odpowiedzialność wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (odszkodowań, kar umownych, rękojmi za wady), które zazwyczaj bywa większe w odniesieniu do robót budowlanych. Obecnie szczególnie uciążliwe są przypadki opóźnień realizacyjnych, braków ilościowych i uszczupień jakościowych. Przewidywane prawdopodobieństwo i rozmiar tych nieprawidłowości powinny być uwzględnione każdorazowo przy ustalaniu wysokości zabezpieczenia. Zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny ofertowej albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania pieniężnego, obciążającego zamawiającego.

²⁶⁴ Dz. U. Nr 13, poz. 92.

²⁶⁵ Dz. U. Nr 31, poz. 133.

²⁶⁶ Dz. U. Nr 76, poz. 344 ze zm.

²⁶⁷ Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, dalej: „Pzp”.

2. Roszczenia podlegające zabezpieczeniu

Ustawa nie wskazuje dokładnie rodzaju zabezpieczanych roszczeń, ograniczając się jedynie do określenia celu zabezpieczenia, a mianowicie, że ma ono służyć wyłącznie pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Pod pojęciem tym kryją się przede wszystkim roszczenia wynikające z: a) kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych (art. 471 kc), w tym z tytułu następczej niemożliwości świadczenia (art. 475 kc), zwłoki dłużnika (art. 477 kc) lub niedozwolonych zachowań podwykonawców (art. 474 kc), b) wynikających z uprzednio zastrzeżonych kar umownych (art. 483 kc), a także c) z tytułu rękojmi za wady (art. 556 kc)²⁶⁸.

Odpada natomiast zabezpieczenie roszczeń z tytułu gwarancji dodatkowej (art. 577 kc), co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, gwarancja jakości, poczynawszy od zmiany regulacji kodeksowej w 1996 r. jest czynnością w pełni dobrowolną, której udzielenia zamawiający nie może domagać się od wykonawcy, tym bardziej, że w warunkach gospodarki rynkowej tego rodzaju gwarancji udzielają zazwyczaj wcześniejsze ogniwa obrotu: producenci lub importerzy i to na dodatek w celach promocyjnych²⁶⁹. Wykonawca zamówienia publicznego przenosi jedynie na zamawiającego – jako ostatecznego odbiorcę – oświadczenie gwarancyjne, umożliwiając w ten sposób nawiązanie stosunku gwarancyjnego pomiędzy odległymi ogniwami obrotu. Ma on w tym także i swój interes, a mianowicie żeby zamawiający zainteresował się w razie potrzeby roszczeniami gwarancyjnymi wobec producenta (importera) i nie dochodził odpowiedzialności z tytułu rękojmi przeciwko wykonawcy. Zgodnie bowiem z art. 579 kc zamawiający może wykonywać uprawnienia z rękojmi za wady fizyczne, niezależnie od uprawnień z gwarancji jakości. Żądanie udzielenia, a tym bardziej zabezpieczenia, gwarancji jakości od wykonawcy zamówienia jest więc bezprzedmiotowe, nie tylko z uwagi na innego zobowiązanego, ale także w obliczu ustawowej rękojmi za wady, której w zamówieniach publicznych nie wolno ograniczać, wyłączać ani zastępować gwarancją jakości, ze względu na ogólny obowiązek dochodzenia roszczeń. Jeśli zaś z jakichkolwiek powodów ochrona z tytułu rękojmi staje się niewystarczająca, zamawiający powinien rozważyć jej zaostrożenie, zwłaszcza poprzez przedłużenie terminu rękojmi, a nie wdawać się w iluzoryczną pod względem zakresu ochrony gwarancji jakości, uzasadniającą – skądinąd – dużo węższy pakiet roszczeń. Chodzi zwłaszcza o przeglądy gwarancyjne, naprawy, a ewentualnie po wyczerpaniu ustalonego limitu napraw – wymianę wadliwego przedmiotu na wolny od wad. Tymczasem obawiający się skutków surowszej rękojmi wykonawcy ciągle promują wobec często zdezorientowanego – zamawiającego, gwarancję jakości. Nawet jeśli byłaby ona udzielana bezpośrednio przez wykonawcę zamówienia staje się niezbyt atrakcyjna wobec surowszej rękojmi, której termin wolno stosownie przedłużyć. Oczywiście każdy wykonawca bez wzywania, z własnej inicjatywy, może udzielić zamawiającemu gwarancji jakości albo „przenieść” gwarancję producenta (importera), ale zamawiający nie powinien z góry żądać zabezpieczenia roszczeń wynikających z takiej dobrowolnej gwarancji, ponieważ wykonawca, który sam poddaje się tej dodatkowej odpowiedzialności, nie może być z tego powodu negatywnie stymulowany. Po drugie, w ra-

²⁶⁸ Por. opinię UZP pn. Należności jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dostępna na stronie UZP.

²⁶⁹ Zob. zwłaszcza Cz. Żuławska: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia – zobowiązania, t. 2, Warszawa 2011, s. 107 i n.

mach nowelizacji unormowania art. 147 Pzp w 2009 r.²⁷⁰ skreślono przepis ust. 2 zd. 2, który brzmiał: „jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości”. Uchylenie tej dyspozycji oznacza, że najpóźniej od dnia wejścia w życie skreślenia (22 grudnia 2009 r.), żądanie zabezpieczenia roszczeń gwarancyjnych jest niedopuszczalne. Ustawodawca podzielił bowiem ostatecznie pogląd o pierwszeństwie uprawnień z rękojmi, które czynią bezprzedmiotowym żądanie udzielenia gwarancji jakości, a tym bardziej zabezpieczenia wynikających z niej roszczeń.

Roszczeń odszkodowawczych na zasadach ogólnych dochodzi się zazwyczaj wtedy, gdy brak podstaw do żądania kary umownej albo zadośćuczynienia któremuś z uprawnień z rękojmi za wady. O pierwszeństwie tych drugich przesądzą dogodniejsze przesłanki prawne, a także względy praktyczne. Podstawowym mankamentem roszczeń odszkodowawczych są liczne przesłanki egzoneracyjne, towarzyszące zasadzie winy, wprawdzie domniemanej, lecz dopuszczającej możliwość ekskulpacji dłużnika oraz konieczność udowodnienia wysokości szkody.

Kara umowna jest uzależniona od winy wykonawcy, lecz nie od szkody, pomimo, że jej celem ekonomicznym jest właśnie zapewnienie wierzycielowi zryczałtowanej sumy pieniężnej na pokrycie ewentualnej szkody, bez wnikania wszakże w to, czy rzeczywiście zaistniała i w jakiej wysokości²⁷¹. Kara umowna „ucina” zatem dyskusję co do wysokości szkody. Jest dogodniejsza z procesowego punktu widzenia z uwagi na korzystniejszą pozycję dowodową uprawnionego. Jej zasądzenie jest na ogół nieuchronne, chyba że wykonawca wystąpi zasadnie o jej obniżenie²⁷². Kara umowna należy się bowiem wierzycielowi bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły (art. 484 kc). Kara umowna wymaga jednak uprzedniego zastrzeżenia w umowie. Wprawdzie każde uchybienie zobowiązaniu niepieniężnemu można objąć karą umowną, jednak w praktyce brane są pod uwagę jedynie niektóre, najbardziej uciążliwe nieprawidłowości. Po długotrwałym okresie funkcjonowania kar umownych w ustroju gospodarki nakazowo – rozdzielczej, kształtowanych ogólnie przepisami podstawowymi, obecnie wielu zamawiających ma nadal – niestety – trudności w racjonalnym kształtowaniu kar umownych, zarówno co do wskazywania tytułu (naruszenia zobowiązania), jak i stawki zadośćuczynienia, która powinna być uzależniona od rozmiarów spodziewanego uchybienia wykonawcy. Dlatego zastrzeżeniu kary umownej powinna towarzyszyć regularnie klauzula, że zapłata kary nie pozbawia zamawiającego możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych.

Obowiązek zwrotu zabezpieczenia w ciągu 30 dni od wykonania zamówienia (art. 151 ust. 1 Pzp) uniemożliwia objęcie nim roszczeń odszkodowawczych, a także z tytułu kar umownych niezaspokojonych do tego czasu (np. spornych), a także roszczeń powstałych po tym okresie. Jedynie na poczet ewentualnych roszczeń z rękojmi zatrzymuje się 30% wysokości zabezpieczenia. Tymczasem wiele szkód, zwłaszcza wywołanych wadami przedmiotu zamówienia,

²⁷⁰ Por. art. 1 pkt 14 ustawy z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591).

²⁷¹ Por. T. Wiśniewski: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 1, Warszawa 2011, s. 799 i n., a także uchwałę Sądu Najwyższego (składu 7 sędziów) z 6 listopada 2003 r. (III CZP-61/03), OSNC 2004, Nr 5, poz. 69.

²⁷² Miarkowanie kary przez sąd jest dopuszczalne na żądanie wykonawcy, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub należna kara jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 kc).

wienia, ujawnia się nawet po dłuższym czasie od jego odbioru. Nie można także wykluczyć zastrzeżenia kary umownej za dopuszczenie do wady, a przede wszystkim za zwłokę w jej usunięciu. Wprawdzie w odniesieniu do wadliwości przedmiotu zamówienia kara umowna ma większy sens praktyczny w odniesieniu do wad ujawnionych w związku z jego odbiorem, skoro wady ujawnione po odbiorze, już jako tzw. ukryte, objęte są surowszą rękojmą, ale nie ma przeszkód w zastrzeżeniu kary z tytułu zwłoki w usuwaniu wad lub na wypadek dalszych uszczerbków wyrządzonych przez wadę. W zamówieniach publicznych brak bowiem podstaw do przyjęcia przedmiotu z wadami, a także do tzw. warunkowego jego przyjęcia, dawniej nagminnie praktykowanego, któremu towarzyszyło przyrzeczenie usunięcia wad przez wykonawcę w późniejszym terminie²⁷³. Można jedynie ograniczyć zakres odbioru, dokonując przyjęcia części (niewadliwej) świadczenia, jeśli ma ona znaczenie dla zamawiającego. Dyscyplinujące działanie kary umownej w tym zakresie jest zatem oczywiste. Dlatego postulować trzeba stosowną korektę art. 151 ust. 2 Pzp w kierunku dalszej racjonalizacji rozmiaru terminu przewidzianego dla zwrotu zabezpieczenia.

Podstawowym celem ustawowej odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi jest przywrócenie naruszonej równowagi ekonomicznej świadczeń stron, w wyniku wadliwości fizycznej lub prawnej świadczenia niepieniężnego²⁷⁴. Wykonawca odpowiada z tytułu rękojmi za wady fizyczne powstałe przed wydaniem przedmiotu umowy zamawiającemu, jak i za wady powstałe później, lecz z przyczyn tkwiących już poprzednio w przedmiocie. Kodeks nie przewiduje żadnych okoliczności wyłączających odpowiedzialność z rękojmi. Stąd uważa się ją za niezależną od winy i szkody odpowiedzialność opartą na zasadzie ryzyka, której nie wyłącza nawet siła wyższa, jako ewentualna przyczyna wadliwości świadczenia²⁷⁵. Surowsze, w porównaniu z roszczeniami gwarancyjnymi, są także uprawnienia przysługujące zamawiającemu z tytułu rękojmi za wady fizyczne. Nabywca może bowiem odstąpić od umowy albo żądać obniżenia ceny, wymiany przedmiotu na wolny od wad bądź usunięcia wad. Przy gwarancji zaś pozostaje tylko żądanie naprawy przedmiotu, a po wyczerpaniu ustalonego limitu napraw – ewentualnie jeszcze żądanie wymiany wadliwego przedmiotu na wolny od wad. Hierarchię i warunki wykonywania uprawnień z rękojmi określono szczegółowo w kodeksie. Ponadto z tytułu szkód wywołanych wadliwością przedmiotu zamówienia w grę wchodzi posiłkowa odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadach ogólnych (art. 471 kc)²⁷⁶. Podkreślić jednak trzeba, że odstąpienie od umowy i obniżka ceny nie są roszczeniami, lecz uprawnieniami prawokształtującymi, wykonywanymi samodzielnie przez złożenie stosownego oświadczenia woli, bez potrzeby ingerencji sądu, a zatem nie wymagają żadnego zabezpieczenia finansowego. Dopiero powstałe w ich następstwie rosz-

²⁷³ Por. okoliczności sprawy rozstrzygniętej wyrokiem Sądu Najwyższego z 24 lipca 2009 r. (II CSK-61/09), PZP2010, Nr 3, w. 78 i n., z aprobowaną glosą R. Szostaka.

²⁷⁴ Por. w tym zakresie zwłaszcza Z. Świderski: Konstrukcja prawna odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy w kodeksie cywilnym, „Studia Prawo Ekonomiczne” 1986, t. XXXVI, s. 58 in., W. Katner (w:) System prawa prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa (red. J. Rajski), Warszawa 2004, s. 123 i n. oraz Cz. Żuławska: Kodeks cywilny, Komentarz, Zobowiązania, t. III/2, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 60 i n., a także uchwały Sądu Najwyższego z 30 stycznia 1970 r. (III CZP-102/69), OSNC 1970, Nr 10, poz. 176 oraz z 5 lutego 2004 r. (III CZP-96/03), OSNC 2004, Nr 6, poz. 88.

²⁷⁵ Niekiedy w piśmiennictwie określa się ją mianem „odpowiedzialności absolutnej”. Por. zwłaszcza Cz. Żuławska: Kodeks cywilny... op. cit., s. 60.

²⁷⁶ Por. piśmiennictwo powołane w przypisie poprzednim, a także uchwała Sądu Najwyższego z 13 maja 1987 r. (III CZP-82/86), OSPiKA 1988, Nr 6, poz. 135.

czenia zwrotne lub odszkodowawcze uzasadniają takie zabezpieczenie. Powstaje zatem pytanie, czy są one objęte „kwotą pozostawioną na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi” w rozumieniu art. 151 ust. 2–3 Pzp. Z literalnego punktu widzenia te dalsze roszczenia nie są już uprawnieniami z rękojmi, ale pod względem funkcjonalnym kwalifikują się do zabezpieczenia (zob. jednak uwagi w rozdz. VIII, pkt 4). Dla bezpieczeństwa transakcji zamawiający powinien wprowadzić do umowy w tej kwestii stosowne zastrzeżenie.

Zabezpieczenie roszczeń wynikających z rękojmi powinno utrzymywać się przez cały okres tej odpowiedzialności. Uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości (obiektu budowlanego) – po upływie lat pięciu, licząc od dnia wydania przedmiotu umowy zamawiającemu, choć zarzut z rękojmi może być podniesiony także po upływie tego terminu, jeżeli przedtem zamawiający zdołał stwierdzić wadę (art. 568 kc). Dlatego powszechnie uważa się, że termin rękojmi, to okres przewidziany na stwierdzenie ewentualnych wad. Potem biegnie co najwyżej odrębny termin przedawnienia, lecz tylko co do uprawnień będących roszczeniami (o naprawę, wymianę przedmiotu lub o zwrot ceny), który wynosi rok, począwszy od dnia stwierdzenia wady. W odniesieniu do niektórych urządzeń lub obiektów budowlanych ustawowe terminy rękojmi mogą okazać się zbyt krótkie, z punktu widzenia potrzeb gospodarczych zamawiającego. Niekiedy bowiem wady wychodzą na jaw w dłuższym horyzoncie czasowym, zazwyczaj pod wpływem trudnych warunków eksploatacji lub skrajnych czynników atmosferycznych. Stąd w niektórych państwach zachodnioeuropejskich rękojmia w odniesieniu do obiektów budowlanych jest opatrywana dłuższym, niż pięcioletnim terminem²⁷⁷. Dlatego od dawna w zamówieniach publicznych utrzymuje się tendencja do przedłużania w umowie ustawowego okresu rękojmi. Przejściowo w piśmiennictwie można było jednak spotkać głosy przeciwnie. W szczególności podnoszono, że w ramach ustawowej rękojmi wola stron jest drugorzędna, a wskazującego na możliwość modyfikacji odpowiedzialności art. 558 kc nie powinno się odnosić do terminu zawitego, z zasady nie podlegającego prolongacie z woli stron. Poglądy o nietrafności tego stanowiska, dopuszczające możliwość swobodnego wydłużenia terminu rękojmi z woli stron umowy, prezentowane w doktrynie²⁷⁸, długo nie mogły zdominować nastawionej zachowawczo praktyki. Sytuacja uległa radykalnej poprawie dopiero pod wpływem wyroku Sądu Najwyższego z 5 sierpnia 2005 r. (sygn. akt: II CK 28/05)²⁷⁹, który sformułował oczywistą tezę, że przewidziany w art. 568 kc termin wygaśnięcia uprawnień z tytułu rękojmi może być przedłużony umową stron. W tym celu zamawiający powinien z góry w warunkach zamówienia zastrzec dłuższy termin rękojmi, wprowadzając stosowną klauzulę do umowy finalnej. Zastrzeżenie takie nie może być w żadnym razie poczytywane za dyskryminacyjne, ponieważ w istocie zmierza do stworzenia podstawy prawnej dla naturalnej ochrony interesu publicznego. W konsekwencji zabezpieczenie roszczeń z tytułu rę-

²⁷⁷ Więcej o tym U. Walczak: O terminach dochodzenia roszczeń z tytułu wad fizycznych obiektu budowlanego, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, Nr 4, s. 252 i n. Krytycznie o obowiązujących w okresie gospodarki nakazowo rozdzielczej terminach odpowiedzialności za wady S. Buczkowski (w:) Kodeks cywilny – Komentarz, t. 2, Warszawa 1970, s. 1303 oraz J. Skąpski: Sprzedaż (w:) System prawa cywilnego, t. III/2 Prawo zobowiązań – część szczegółowa (red. S. Grzybowski), Ossolineum 1976, s. 152.

²⁷⁸ Por. zwłaszcza J. Skąpski: op. cit., s. 124, A. Szpunar: Uwagi w sprawie wykładni art. 568 kc, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, Nr 5, s. 6 oraz J. Naworski: Uprawnienia zamawiającego z tytułu wad obiektu budowlanego, PUG 1992, Nr 10 – 12, s. 200.

²⁷⁹ Opublikowanego w PiP 2006, Nr 6, s. 115 z aprobowaną glosą R. Szostaka.

kojmi musi utrzymywać się przez cały okres umownie zmodyfikowanej odpowiedzialności za wady (art. 151 ust. 3 Pzp). Zatrzymana na okres rękoi 30% części zabezpieczenia podlega uwolnieniu w ciągu 15 dni po upływie okresu rękoi.

3. Formy zabezpieczeń

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy ma charakter finansowy, w myśl art. 150 ust. 1 Pzp ustala się je w stosunku procentowym do całkowitej ceny ofertowej zaproponowanej przez zwycięskiego oferenta albo maksymalnej wartości zobowiązania wynikającego z umowy, jeśli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Ostateczną wysokość zabezpieczenia *in casu* podaje się w warunkach zamówienia wraz z innymi wymaganiami jego ustanowienia. W przypadku zastosowania procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki konsekwentnie procentową wysokość zabezpieczenia powinno się odnosić do umownej wartości zamówienia. Według art. 148 Pzp zabezpieczenie należytego wykonania umowy może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

- pieniądzu
- poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym,
- gwarancjach bankowych,
- gwarancjach ubezpieczeniowych,
- poręczeniach udzielanych przez podmioty, o który mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Ponadto, za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone także:

- w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej,
- przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego,
- przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.

Powyższy katalog zabezpieczeń jest zamknięty. Inne formy zostały wykluczone (np. zastaw zwykły, przewłaszczenie rzeczy na zabezpieczenie, przelew wierzytelności dla zabezpieczenia), jako niedogodne z punktu widzenia ochrony interesu publicznego. Ustawa nie określa sposobu ustanawiania poszczególnych rodzajów zabezpieczeń, otwierając drogę do stosowania przepisów powszechnie obowiązujących: o poręczeniu, gwarancji, wekslu itp. Wyjątek dotyczy jednak tzw. zabezpieczenia w pieniądzu, polegającego na ustanowieniu odpowiedniej kaucji zabezpieczającej, które nie ma – jak dotychczas – regulacji ogólnej. Przepisy z art. 150 ust. 3–6 Pzp usuwają w znacznym zakresie uciążliwą lukę normatywną. Z drugiej jednak strony utrzymujące się od dawna trudności w stosowaniu gwarancji ubezpieczeniowej, także pozbawionej ogólnej regulacji ustawowej, nie skłoniły ustawodawcy do podobnego rozwiązania problemu, poprzez uregulowanie choćby tylko podstawowych jej elementów

konstrukcyjnych²⁸⁰. Kaucja zabezpieczająca umożliwia bezpośrednie zaspokojenie ewentualnych roszczeń zamawiającego – beneficjenta (przez potrącenie wierzytelności), natomiast pozostałe formy mają charakter pośredni, ponieważ uzasadniają jedynie żądanie zapłaty, niekiedy od osoby trzeciej (banku) odpowiadającej za cudzy dług. Przyspieszają jedynie zaspokojenie zamawiającego – wierzyciela, nie eliminując zupełnie potrzeby egzekucji sądowej. Z reguły zatem najpierw zamawiający zmuszony jest próbować dochodzenia roszczenia podstawowego, a dopiero gdy jego żądanie okaże się bezskuteczne – skorzystać z zastępczego roszczenia o charakterze zabezpieczającym, choć w niektórych przypadkach (np. gwarancji bankowej) od razu może domagać się zaspokojenia pretensji, które powinno nastąpić na pierwsze żądanie.

Zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu (kaucyjne) wykonawca wpłaca przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego (art. 148 Pzp). W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia (porozumienie dodatkowe). Zabezpieczenie kaucyjne zamawiający przechowuje na oprocentowanym rachunku bankowym. Po ustaniu okresu takiego zabezpieczenia, zamawiający zwraca sumę kaucji wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, pomniejszoną o koszt prowadzenia rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy. Według art. 150 ust. 3 Pzp, jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, kaucja gwarancyjna, za zgodą zamawiającego, może być tworzona sukcesywnie poprzez „potrącenia” z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane, polegające na częściowym zatrzymaniu zapłaty. Jednakże w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść na rzecz zamawiającego co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia. Zamawiający zaś wpłaca zatrzymane kwoty na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury. Ustanowienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa finalna. Zamawiający dysponuje uprawnieniami właścicielskimi do przedmiotu kaucji, ale jedynie o charakterze powierniczym, ponieważ pozostawienie określonej kwoty w jego dyspozycji nie następuje w celu definitywnego przysporzenia majątkowego, lecz wyłącznie dla zabezpieczenia wierzytelności. Wykonawca nie ma zatem żadnych roszczeń windykacyjnych w czasie utrzymywania się zabezpieczenia, natomiast zamawiający nie może czynić niczego, co przeszkadzałoby w późniejszej realizacji wymagalnego zwrotu przedmiotu kaucji.

4. Ustanowienie wymaganego zabezpieczenia

Wniesienie zabezpieczenia umowy finalnej jest jednym z warunków jej skuteczności. Przewidując możliwość żądania tego zabezpieczenia art. 147 ust. 1 Pzp nie zawiera żadnej wskazówki co do charakteru prawnego koniecznego zastrzeżenia zamieszczanego w warunkach zamówienia. Z drugiej jednak strony z art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp wynika wyrażnie, że jeśli zwycięski wykonawca nie ustanowił wymaganego zabezpieczenia, zamawiając zatrzymuje uprzednio wniesione przez niego wadium. Oznacza to, że zastrzeżenie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia staje się warunkiem prawnym (*conditio iuris*) zawarcia

²⁸⁰ Więcej o tym R. Szostak: Uwagi o charakterze prawnym gwarancji ubezpieczeniowej (w:) Ubezpieczenia gospodarcze – wybrane zagadnienia prawne, red. B. Gneta, Warszawa 2011, s. 142 in.

skutecznej umowy. Zastrzeżenie to bowiem, tak jak pozostałe warunki umowy, staje się wiążące, jako element wielostronnego z założenia porozumienia proceduralnego (przetargowego), nawiązywanego w wyniku dyspozycji z góry zawartej w warunkach zamówienia²⁸¹. Zastrzeżenie zabezpieczenia wiąże zatem od razu wszystkich konkurentów dopuszczonych do postępowania, lecz warunkowo, a mianowicie na wypadek obowiązku zawarcia umowy finalnej, w odniesieniu do którego liczy się tylko jeden – (wybrany) konkurent. Z warunków zamówienia nie wynika wszakże żaden obowiązek zawarcia umowy, lecz jedynie powinność zrealizowania określonych czynności proceduralnych, zmierzających do rzetelnego wyboru oferty najkorzystniejszej. Obowiązek zawarcia umowy finalnej wynika dopiero z umowy przedwstępnej, wykreowanej przyjęciem wybranej oferty²⁸². Zastrzeżenie zabezpieczenia, podobnie jak i wymagania wadialne, stanowią zaś składniki wstępnego porozumienia proceduralnego, które wyznacza warunki ewentualnego zawarcia umowy finalnej, zresztą tak jak i pozostałe „formalności niezbędne po wyborze oferty w celu zawarcia umowy o zamówienie publiczne” (por. art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp). Stanowiące element porozumienia proceduralnego zastrzeżenie zabezpieczenia umowy trzeba rozpatrywać zatem nie tyle w kategoriach obligacyjnego obowiązku podjęcia określonej czynności prawnej (zabezpieczającej), ile w kategoriach warunku prawnego zawarcia w pełni skutecznej umowy finalnej. Warunki prawne wiążą z woli stron, analogicznie jak wzorzec kontraktowy, na wypadek zawarcia umowy finalnej. Przemawia za tym także okoliczność, że nie wszystkie przesłanki ustanowienia zabezpieczenia są z góry zdeterminowane, zwłaszcza wybór formy zabezpieczenia do ostatniej chwili zależy od woli wykonawcy. Pozbawione samoistnych skutków obligacyjnych zastrzeżenie co do ustanowienia zabezpieczenia umowy wywołuje efekt podobny do następstw działania ogólnych warunków umowy lub regulaminu, tym bardziej, że obowiązuje zakaz zmiany warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert, nawet za zgodą wszystkich jego sygnatariuszy. Zastrzeżenie zabezpieczenia jest w istocie „normatywnie wiążące”, w połączeniu z działaniem właściwych przepisów ustawy, w taki sposób, że późniejsze oświadczenia woli stron, zwłaszcza oferta i jej przyjęcie, forma i inne konstytutywne przesłanki umowy finalnej, a tym bardziej tryb jej zawarcia nie mogą być realizowane na warunkach odmiennych, niż z góry ustalone w warunkach zamówienia. Warunki te pełnią bowiem funkcję preskryptywną wobec całego postępowania zmierzającego do wyboru oferty najkorzystniejszej i następczego obowiązku zawarcia umowy finalnej²⁸³. Stąd od dawna zwraca się uwagę, że porozumienie przetargowe na podobieństwo *pactum de forma* wyznacza drogę (wymagania) prowadzącą do zawarcia umowy finalnej²⁸⁴. Uniwersalnie ujęty w art. 70¹ § 4 kc obowiązek postępowania zgodnie z warunkami przetargu obejmuje nie tylko określone *in casu* powinności obligacyjne, lecz także *sui generis* powinności przestrzegania warunków przetargu. Niektóre z nich wybiegają poza stosunek przetargowy,

²⁸¹ Por. Z. Radwański: System prawa prywatnego (t. 2)... op. cit., s. 363, Z. Rajski: Aukcja i przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego, PPH 2003, Nr 5, s. 5 oraz R. Szostak: Przetarg na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne, Krajów 2005, s. 135 i n.

²⁸² Por. zwłaszcza Z. Rajski: op. cit., s. 8, A. Brzozowski: Kodeks Cywilny. Komentarz, t. 1, Warszawa 2004, s. 281–281, Cz. Żuławska: Komentarz ... op. cit., s. 190. oraz R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 163 i n.

²⁸³ Więcej o tym R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 143.

²⁸⁴ Por. zwłaszcza G. Ćmiekiewicz: Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy, cz. II, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1983, Nr 7, s. 33, Z. Radwański: System... op. cit., s. 363 oraz R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 143.

przesądzać o przesłankach aktualizacji i trybie realizacji postprzetargowego obowiązku zawarcia umowy finalnej.

Na tle powyższego nasuwa się pytanie, czy strony (zamawiający i zwycięski oferent) mogą uchylić zastrzeżony wymóg (warunek) ustanowienia przez wykonawcę zabezpieczenia umowy lub zmienić jego treść, np. obniżyć wysokość uprzednio zastrzeżonego zabezpieczenia. Preskryptywny charakter tego zastrzeżenia, ogólny zakaz zmiany warunków zamówienia (oferta sprzeczna z nimi podlega odrzuceniu, a umowa odbiegająca od treści wybranej oferty – unieważnieniu) oraz zasady przejrzystości oraz równego traktowania konkurentów i poszanowania reguł uczciwej konkurencji nakazują wykluczyć taką możliwość. Nie bez znaczenia jest ponadto zagrożenie dla interesu publicznego, zwłaszcza wywołane brakiem pożądanej gwarancji ściągłości roszczeń przysługujących zamawiającemu. Powołane wyżej przedwojenne rozporządzenie o zamówieniach publicznych nie pozostawiało w tym zakresie żadnych wątpliwości. Zawierało bowiem wyraźny przepis (§ 40 ust. 4), zgodnie z którym zabezpieczenie należytego wykonania umowy powinno być złożone przez wykonawcę przed podpisaniem umowy. W rezultacie umowa zawarta bez wymaganego zabezpieczenia była od razu nieważna bezwzględnie. Skoro obecnie trzeba pośrednio wnioskować o tym, że zamawiającemu nie wolno dopuścić do zawarcia umowy z pominięciem jej zabezpieczenia, nasuwa się trudność w ustaleniu rodzaju sankcji na wypadek pogwałcenia tego wymogu. Brak podstaw do żądania unieważnienia umowy finalnej przed sądem z powództwa Prezesa UZP, ponieważ w świetle art. 146 ust. 6 Pzp Prezes UZP może wystąpić z takim żądaniem tylko w razie dokonania przez zamawiającego wyboru oferty z naruszeniem ustawy. Tymczasem dopuszczenie do zawarcia umowy z pominięciem wymaganego zabezpieczenia następuje już po wyborze oferty najkorzystniejszej. To samo dotyczy powództwa przysługującego, zwłaszcza zamawiającemu, na podstawie art. 70⁵ kc, które także opartym na zarzucie bezprawnego wpłynięcia na wynik przetargu.

O wiele lepiej przedstawia się sytuacja, gdy od ustanowienia wymaganego zabezpieczenia uchylił się jednostronnie zwycięski oferent, co uprawnia i zarazem zobowiązuje zamawiającego do odstąpienia od obliżu, w połączeniu z zatrzymaniem wadium, a jeśli wadium nie było wymagane albo wygasło – do żądania stosownego odszkodowania (art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp). Do tego dochodzi jeszcze ewentualność wyboru kolejnej oferty w trybie art. 94 ust. 3 Pzp, chyba że wystąpiły przesłanki unieważnienia postępowania. Z możliwości rozwiązania obliżu przedwstępnego ze zwycięskim oferentem wynika zatem, że skuteczne zobowiązanie finalne w ogóle nie zostaje wykreowane, nawet gdyby doszło do podpisania umowy, której nie uzupełniono w porę stosownym zabezpieczeniem. Okoliczności te ulegają pewnemu skomplikowaniu, gdy dojdzie do umowy finalnej przewidującej ustawienie zabezpieczenia, które nie zostanie jednak wniesione. Wobec braku ustawowej wskazówki co do momentu ustanowienia wymaganego zabezpieczenia, nie musi ono nastąpić od razu przy zawarciu umowy albo nawet wcześniej, lecz także później, byleby w bezpośrednim związku z jej zawarciem. Zabezpieczenie powinno być bowiem ustanowione najpóźniej przed upływem terminu przewidzianego dla zawarcia umowy, ponieważ z art. 94 ust. 3 Pzp wynika, że jest on również terminem do ustanowienia wymaganego zabezpieczenia. Skoro na ogół chodzi o termin – okres możliwe jest wcześniejsze podpisanie umowy, jeszcze przed ustanowieniem jej zabezpieczenia. Poza tym termin ten może być zgodnie przez strony

przedłużony²⁸⁵. Jeśli jednak upłynie on bezowocnie – podpisana zawczasu umowa pozostaje bezskuteczna, a zamawiający może bez przeszkód odstąpić od obligu, zatrzymać wadium wniesione przez zwycięskiego oferenta i ewentualnie wybrać kolejną ofertę (art. 94 ust. 3 Pzp). Do czasu „uzupełnienia zabezpieczenia” podpisana umowa nie wywołuje żadnych skutków prawnych.

W konsekwencji w odniesieniu do wszystkich tych sytuacji nasuwa się jednolite następstwo uchylenia się od ustanowienia wymaganego zabezpieczenia umowy, a mianowicie: bezskuteczność nadaremnie zawartej umowy finalnej. Zachodzi ona nie tylko wtedy, gdy od spełnienia warunku zabezpieczającego uchyli się jednostronnie zwycięski oferent, lecz także wtedy, gdy do jego pogwałcenia dojdzie za przyzwoleniem zamawiającego. Dopuszczenie tu sankcji nieważności bezwzględnej kontraktu finalnego nie ma dostatecznego umocowania prawnego, skoro podstawowa przesłanka tego rodzaju nieważności polega na sprzeczności z normą prawną (art. 58 kc). Tymczasem szczególne następstwo w postaci bezskuteczności czynności prawnej jest charakterystyczne dla wadliwego trybu zawarcia umowy, zwłaszcza realnej. Podobnie staje się aktualne, gdy przy zawarciu umowy nie został dany obiecany zadatek (art. 394 kc)²⁸⁶. To samo dotyczy odstępowstwa od uprzednio zastrzeżonej przez strony formy szczególnej umowy (art. 76 § 1 kc)²⁸⁷. W ogóle jeśli przy kreowaniu umowy nie zostały spełnione wszystkie konstytutywne wymogi, niezbędne do jej zawarcia, uważa się ją za czynność nieistniejącą, chyba że ustawa przewiduje inną sankcję, zwłaszcza w postaci bezwzględnej nieważności. Wprawdzie analizowany warunek zawarcia skutecznej umowy wynika z woli stron, jednak ustawa nie zezwala zamawiającemu na późniejsze uchylenie lub zmianę zastrzeżenia o ustanowieniu zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązania wykonawcy. Jedynie przy udzielaniu zamówienia z wolnej ręki strony mają pełną zdolność negocjacyjną, do tego stopnia, że każda z nich może nawet wycofać się z procedury zawierania umowy (art. 72 kc). Wolno im zatem także, wbrew wcześniejszej intencji, odstąpić ostatecznie od konieczności ustanowienia zabezpieczenia. Umowa pozostająca w stanie bezskuteczności nie może być wykonywana. W razie potrzeby każdy kto ma w tym interes prawny może żądać ustalenia przez sąd nieistnienia łączącego z nią bezpodstawnie stosunku zobowiązaniowego, a mianowicie w oparciu o art. 189 kc.

Ustanowienie zabezpieczenia powinno być odzwierciedlone w umowie finalnej, najlepiej od razu w związku z jej zawarciem, w połączeniu z wyborem jednej z ustawowo dopuszczonych form zabezpieczeń. Ustanowienie któregośkolwiek z dopuszczonych zabezpieczeń wymaga bowiem współdziałania stron. Każda z form wiąże się z dokonaniem określonej czynności prawnej: umownej (kaucja, poręczenie, gwarancja lub zastaw) albo wyjątkowo jednostronnej (weksel). Nawet wystawienie skutecznego weksla *in blanco*, zależy od jego wręczenia drugiej stronie. Nie bez znaczenia jest także tzw. deklaracja wekslowa, będąca w istocie umową wyznaczającą warunki uzupełnienia weksla. Jeśli prawo wyboru formy zabezpieczenia przysługuje jednostronnie wykonawcy, zamawiający nie może się temu sensownie sprzeciwić. W razie obstrukcji naraża się bowiem na zarzut zaniechania zawarcia

²⁸⁵ Por. zwłaszcza M. Krajewski: Umowa... op. cit., s. 108 i n. R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 179, a także wyroki Sądu Najwyższego z 9 lipca 1962 r. (2 CR-379/62), OSN 1963, Nr 9, poz. 205 oraz z 7 października 1999 r. (I CKN-262/98), OSNC 2000, Nr 4, poz. 71.

²⁸⁶ Por. Cz. Żuławska: Komentarz... t. 1, op. cit., s. 223.

²⁸⁷ Por. Z. Radwański: System... op. cit., s. 142.

w pełni skutecznej umowy o zamówienie publiczne. W pozostałych wypadkach mechanizm ustawowy przewiduje swobodną akceptację przez zamawiającego propozycji wykonawcy. Jeśli forma pisemna lub inna szczególna nie jest do tego potrzebna – wystarczy akt dorozumiany (np. zwykłe przyjęcie weksla w depozyt).

Wykonawca może żądać zmiany formy zabezpieczenia w trakcie realizacji zamówienia, zgodnie z art. 149 Pzp żądać zmiany formy zabezpieczenia. W odniesieniu do form z art. 148 ust. 1 Pzp zamawiający powinien wyrazić zgodę na zawarcie umowy zabezpieczającej i uwolnienie pierwotnego zabezpieczenia, które nie może jednak nastąpić wcześniej, zanim nie zostanie ustanowione zastępcze zabezpieczenie. W razie obstrukcji zamawiający, obok roszczenia odszkodowawczego, naraża się na przymusową zmianę zabezpieczenia w trybie sądowym (art. 64 kc). Ograniczenie to odpada przy zmianie zabezpieczenia uprzednio ustanowionego za zgodą zamawiającego w trybie art. 148 ust. 2 Pzp. W pełni aktualna jest tu bowiem swoboda kontraktowa. Zmiana formy zabezpieczenia wymaga jednak zachowania ciągłości zabezpieczenia i jego wysokości (art. 149 ust. 3 Pzp). Unormowanie to limituje w pewnym zakresie wolę zamawiającego.

Wobec tego nasuwa się doniosłe pytanie o wpływ na skuteczność prawną umowy finalnej zachowania zamawiającego w postaci bezzasadnego dopuszczenia do przedwczesnego uwolnienia zabezpieczenia lub do pomniejszenia wysokości zabezpieczenia, a także do sytuacji, gdy z jakichkolwiek przyczyn zabezpieczenie umowy przedwcześnie upadło. W odniesieniu do czynności realnych pozbawienie ich koniecznego elementu faktycznego (np. w razie zwrotu przedmiotu przechowania) nieuchronnie skutkuje wygaśnięciem zobowiązania. Brak jednak wyraźnej normy, aby skutek taki wolno było przypisać umowie o zamówienie publiczne, każdorazowo w przypadku braku wymaganego zabezpieczenia. Na dodatek w bieżącej praktyce sporadyczny upadek zabezpieczenia ma raczej charakter przejściowy, gdyż po interwencji zamawiającego zabezpieczenie zostaje zazwyczaj przywrócone. Z drugiej strony ograniczenie warunku zabezpieczającego tylko do działania w zakresie samego zawarcia umowy mija się z celem, ponieważ późniejsza możliwość uchylenia, czy też złagodzenia zabezpieczenia prowadziłyby w istocie do obejścia rygorów ustawowych i naruszenie funkcji samego zabezpieczenia. Jak się zdaje kompromisowym rozwiązaniem pozostaje sankcja tzw. bezskuteczności zawieszonej umowy²⁸⁸, umożliwiająca późniejsze nadanie jej pełnej skuteczności w wyniku przywrócenia wymaganego zabezpieczenia.

Zabezpieczenie zamówienia pięcioletniego podlega modyfikacji przewidzianej w art. 150 ust. 7–10 Pzp, a mianowicie, jeżeli okres na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie przekracza 5 lat, zabezpieczenie w pieniądzu wnosi się na cały ten okres, a zabezpieczenie w innej formie ustanawia się na okres nie krótszy niż 5 lat, z jednoczesnym zobowiązaniem się wykonawcy do przedłużenia zabezpieczenia lub wniesienia nowego zabezpieczenia na kolejne okresy. W razie nieprzedłużenia lub niewniesienia nowego zabezpieczenia najpóźniej na 30 dni przed upływem terminu ważności dotychczasowego zabezpieczenia wniesionego w innej formie niż w pieniądzu, zamawiający zmienia formę na zabezpieczenie w pieniądzu, poprzez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia. W szczególności oznacza to wezwanie poręczyciela lub gwaranta do zapłaty odpowiedniej sumy, wystawie-

²⁸⁸ W zakresie tego rodzaju sankcji por. zwłaszcza B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: System prawa cywilnego – część ogólna, t. 1, Ossolineum 1985, s. 720 oraz Z. Radwański: System... op. cit., s. 442–444.

nie weksla z przedłożeniem do zapłaty, realizację zastawu itd., w celu pozyskania kwoty niezbędnej do ustanowienia stosownej kaucji na rachunku bankowym. Potem wykonawca – rzecz jasna – może zastąpić tak ustanowione zabezpieczenie kaucyjne na inną formę zabezpieczenia na warunkach z art. 149 Pzp, co wynika z wyraźnego odesłania zawartego w art. 150 ust. 10 Pzp.

5. Przegląd czynności zabezpieczających

Kaucja pieniężna jest umową nienazwaną, na mocy której zobowiązany wykonawca przenosi na zamawiającego określoną sumę pieniężną, w celu zabezpieczenia oznaczonych roszczeń, a zamawiający zobowiązuje się do zwrotu przedmiotu kaucji, jeżeli zabezpieczony stosunek zostanie prawidłowo wypełniony. Wprawdzie zamawiający ma uprawnienia właścicielskie do przedmiotu kaucji, lecz jedynie o charakterze powierniczym, ponieważ pozostawienie określonej sumy do dyspozycji zamawiającego nie następuje celem definitywnego przysporzenia majątkowego, lecz wyłącznie dla zabezpieczenia wierzytelności, a po ustaniu celu zabezpieczenia kaucja podlega zwrotowi. Wykonawca w czasie utrzymywania się zabezpieczenia nie ma jakichkolwiek roszczeń windykacyjnych, natomiast zamawiający nie może czynić niczego co stałoby na przeszkodzie w realizacji wymagalnego zwrotu zdeponowanej sumy pieniężnej w należytej wysokości. Ewentualne zaspokojenie pretensji zamawiającego z kaucji następuje w drodze potrącenia wzajemnej wierzytelności: roszczenia z umowy o zamówienie publiczne względem roszczenia o zwrot kaucji. Jednakże zgodnie z art. 498 kc, gdy dwie osoby są jednocześnie wobec siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Potrącenia dokonywa się przez oświadczenie woli złożone drugiej stronie, które ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Moc wsteczna oświadczenia o potrąceniu oznacza, że zniweczone zostają skutki opóźnienia lub zwłoki stron w wykonaniu zobowiązania, w okresie między chwilą wykonania potrącenia a chwilą, w której najwcześniej było to możliwe²⁸⁹. Podstawową przeszkodą w wykonaniu potrącenia wierzytelności zamawiającego z przedmiotu kaucji jest niepieniężny charakter roszczenia, zwłaszcza z tytułu rękojmi. Jeśli brak podstaw do automatycznego przekształcenia takiego roszczenia na roszczenie pieniężne (zob. dalej), rozważyć można zawarcie *ad hoc* porozumienia kompensacyjnego, wymagającego jednak rzetelnej wyceny roszczenia niepieniężnego. Przed potrąceniem wierzytelność zamawiającego musi być wymagalna, natomiast „zwrotna” wierzytelność wykonawcy niekoniecznie, co wynika z celu umowy kaucji. Skoro kaucja pełni funkcję zabezpieczającą – pomocniczą, zamawiający powinien najpierw wystąpić o dobrowolną zapłatę żądanej kwoty. Do zwrotu przedmiotu kaucji w całości lub w części stosuje się odpowiednio przepisy o pożyczce, ponieważ wierzyciel nie ma obowiązku zwrotu dłużnikowi tych samych pieniędzy, które uprzed-

²⁸⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 9 marca 1972 r. (III CZP-2/72), niepublikowany.

nio otrzymał, lecz obciąża go co najwyżej zwrot jedynie takiej samej wartości świadczenia pieniężnego. Umowa kaucji pieniężnej zbliża się w tym zakresie do tzw. depozytu nieprawidłowego (art. 845 kc)²⁹⁰. Zamawiający zwraca kaucję w terminie wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku i wysokość prowizji za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy (art. 148 ust. 5 Pzp). W razie braku możliwości dokonania zwrotu kaucji za pośrednictwem banku, dopuścić trzeba inny sposób rozliczenia także gotówkowy. Wykonawca w zasadzie nie ma obowiązku odebrania przedmiotu kaucji, nawet jeśli jest wysokooprocentowana, jeśli jednak bezzasadnie odmawia przyjęcia pieniędzy albo nie wiadomo kto jest uprawniony do odbioru zwracanej sumy, zamawiający ma prawo przekazać ją do depozytu sądowego.

Poręczenie wynika z umowy pomiędzy zamawiającym – wierzycielem a poręczycielem będącym osobą trzecią (bankiem), na mocy której poręczyciel zobowiązuje się względem zamawiającego wykonać zobowiązanie, na wypadek gdyby dłużnik główny zobowiązania nie wykonał (art. 876 i n. kc)²⁹¹. Poręczenie banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – pożyczkowej zawsze jest pisemne oraz pieniężne. To, dlaczego tak się dzieje, że osoba trzecia ręczy za wykonawcę (np. ze względów komercyjnych) dla stosunku poręczenia pozostaje bez większego znaczenia. Zwykle do poręczenia dochodzi w wykonaniu wcześniejszej umowy, w ramach której poręczyciel obiecuje zainteresowanemu wykonawcy udzielenie w jego interesie poręczenia. Przy zabezpieczaniu prawidłowego wykonania zamówienia publicznego liczy się poręczenie za dług przyszły do wysokości z góry oznaczonej, ale gdy poręczenie za dług przyszły jest bezterminowe, może być przed powstaniem długu w każdym czasie odwołane i dlatego, w przypadku zabezpieczania w sferze zamówień publicznych, musi być ono terminowe. Poręczenie może zabezpieczać wykonanie zobowiązania niezależnie od jego treści, choć najczęściej zobowiązanie główne ma charakter pieniężny i w związku z tym taki sam charakter ma świadczenie poręczyciela. Forma umowy poręczenia musi być taka, aby oświadczenie poręczyciela zostało złożone pod rygorem nieważności na piśmie, natomiast jego przyjęcie przez zamawiającego – wierzyciela może być nawet dorozumiane. Żadnego znaczenia nie ma zaś sam fakt przekazania oświadczenia złożonego przez poręczyciela zamawiającemu, może być doręczone osobiście, pocztą, czy nawet za pośrednictwem samego wykonawcy. Umowa poręczenia jest akcesoryjna względem zobowiązania głównego, stąd powstanie, treść, a nawet ewentualna nieważność zobowiązania podstawowego rzutują automatycznie na zaistnienie bądź nieważności stosunku poręczenia. O zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania wykonawcy. Zmniejszenie zatem rozmiarów roszczenia wskutek częściowej zapłaty umniejsza automatycznie odpowiedzialność poręczyciela i odwrotnie, np. narosłe odsetki obciążają także poręczyciela. Jednakże czynność prawna dokonana przez dłużnika – wykonawcę z wierzycielem po udzieleniu poręczenia nie może zwiększyć zobowiązania poręczyciela. Poręczyciel odpowiada tak, jak współdłużnik solidarny (kwestia regresu i zarzutów), chyba że inaczej zastrzeżono. Jest

²⁹⁰ Por. też uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dn. 6 października 1975 r. (III CZP-65/75), Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna 1976, Nr 5, poz. 98.

²⁹¹ Więcej A. Szpunar: Zabezpieczenia osobiste wierzycelności, Warszawa 1995, s. 140 i n., R. Rudnicki: Zabezpieczenia majątkowe wierzycelności pieniężnych, Zielona Góra 1995, s. 11 i n. oraz Z. Radwański: Poręczenie (w:) System prawa prywatnego, t. 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, s. 397 i n.

więc zobowiązany do spełnienia świadczenia już od chwili, gdy dług zabezpieczony poręczeniem stał się wymagalny. Zamawiający – wierzyciel zaś może żądać spełnienia świadczenia zarówno od dłużnika głównego, jak i od poręczyciela. Odmienne zastrzeżenie dopuszcza na ogół aktualizację odpowiedzialności poręczyciela, dopiero gdy wzywany do świadczenia dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia. Poręczyciel powinien niezwłocznie zawiadomić dłużnika – wykonawcę o dokonanej przez siebie zapłacie długu, gdyż jeśli tego nie uczynił, a wykonawca zobowiązanie wykonał, nie mógłby następnie żądać od dłużnika zwrotu tego, co sam wierzycielowi zapłacił. Analogiczne powiadomienie poręczyciela potrzebne jest wtedy, gdy zobowiązanie pierwszy zrealizował dłużnik – wykonawca. W wyniku spełnienia świadczenia z umowy podstawowej zabezpieczone zobowiązanie wygasa. Poręczyciel wstępuje z mocy ustawy w prawa zaspokojonego wierzyciela (art. 518 § 1 pkt 1 kc). Ma względem dłużnika roszczenie regresowe o zapłatę tego, co uprzednio świadczył pierwotnemu wierzycielowi. Uwolnienie zabezpieczenia poręczycielskiego nie wymaga żadnego aktu prawnego, ponieważ poręczenie w zakresie długu przyszłego samo wygasa po upływie stosownego terminu. Dokument poręczenia może być jednak zwrócony wystawcy, jeśli pod takim warunkiem został sporządzony.

Gwarancja zabezpieczająca to umowa jednostronnie zobowiązująca, na mocy której gwarant przyrzeka zamawiającemu – wierzycielowi zapłatę oznaczonej sumy pieniężnej w razie zaistnienia ustalonych podstaw zapłaty. Różni się ona od poręczenia głównie tym, że gwarant zaciąga własny dług całkowicie niezależny od zabezpieczanego stosunku, bez względu na to, czy w ogóle zobowiązanie zabezpieczane jest ważne oraz czy i jakie są możliwości płatnicze dłużnika – wykonawcy (brak akcesoryjności). Gwarancja jest bezwarunkowa i nieakcesoryjna, a gwarant nie może podnosić przeciwko wierzycielowi żadnych zarzutów, które przysługują dłużnikowi głównemu. Gwarant oraz dłużnik nie są zobowiązani do tego samego świadczenia. Ich odpowiedzialność nie jest bowiem solidarna, lecz odrębna. Poza tym gwarancja na ogół rodzi zobowiązanie przewidujące bezwarunkową zapłatę gwarantowanej sumy na pierwsze żądanie wierzyciela, w zamówieniach liczy się tylko takie zobowiązanie gwaranta. W konsekwencji gwarancja stanowi dla zamawiającego dogodniejszy, względem poręczenia, sposób zabezpieczenia wiarytelności. Gwarancja zabezpieczająca jest w zasadzie umową nienazwaną (wykształconą samoczynnie w obrocie), choć jedna z jej odmian w postaci gwarancji bankowej funkcjonuje już jako umowa nazwana, uregulowana przepisami prawa bankowego (art. 81)²⁹². Gwarancji zabezpieczającej udzielić może odpłatnie lub nieodpłatnie każdy, np. zakład ubezpieczeń lub inna instytucja finansowa, Skarb Państwa, czy nawet jednostka samorządu terytorialnego, lecz w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia publicznego liczy się wyłącznie gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa. Na ogół wcześniej pomiędzy gwarantem a dłużnikiem – wykonawcą dochodzi do zawarcia umowy zlecenia udzielenia gwarancji w interesie tego drugiego. Nawiązanie stosunku gwarancyjnego odbywa się przez wystawienie stosownego dokumentu (tzw. listu gwarancyjnego) przez gwaranta na piśmie pod rygorem nieważności, którego przyjęcie (nawet dorozumiane) przez zamawiającego – wierzyciela przesądza o zawarciu umowy gwarancyjnej.

Gwarancja bankowa polega – zgodnie z art. 81 ust. 1 p. bankowego – na jednostronnym przyrzeczeniu banku – gwaranta, że po spełnieniu przez uprawnionego beneficjenta okre-

²⁹² Ustawa z dn. 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe (Dz. U. z 2017 r., poz. 1876)

ślonych warunków zapłaty, które mogą być potwierdzone zastrzeżeniami w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona określone świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku²⁹³. Bank pośredniczący w wykonaniu świadczenia gwarancyjnego, ani też gwarant nie są obowiązani sprawdzać okoliczności, jakie wynikają z dokumentów towarzyszących żądaniu zapłaty. Przyjęcie żądania zapłaty czy też towarzyszących mu dokumentów dotkniętych wadami powodującymi ich nieważność bądź nieskuteczność stanowi ryzyko banku, który je przyjął. Jeżeli bank – gwarant uzyskał gwarancję innego banku, że przy spełnieniu określonych warunków pokryje on należności wypłacone przez gwaranta w związku z udzieloną gwarancją (regwarancja), stosunek prawny na tym tle zawarty należy traktować jako odrębne zobowiązanie pomiędzy gwarantem i regwarantem. Bank może też potwierdzić zobowiązanie innego banku wynikające z gwarancji bankowej, w takim przypadku roszczenia z gwarancji można kierować do banku, który jej udzielił, lub do banku, który ją potwierdził, albo do obu tych banków łącznie, aż do zupełnego zaspokojenia roszczeń wierzyciela. Dochodzenie uprawnień z gwarancji bankowej następuje na pierwsze wezwanie gwaranta do zapłaty określonej kwoty uzasadnionej rozmiarem zabezpieczonego roszczenia. Nawet w razie nie w pełni zasadnego żądania gwarant powinien spełnić przyręczone świadczenie pieniężne, zgodnie z zasadą: najpierw wypłata, a potem ewentualny proces o zwrot sumy bezzasadnie wypłaconej. Uwolnienie zabezpieczenia gwarancyjnego następuje w wyniku jego samoczynnego wygaśnięcia, najczęściej wskutek upływu zastrzeżonego terminu. Zwrot dokumentu gwarancyjnego wystawcy nie jest konieczny, ponieważ gwarancja nie nabiera statusu papieru wartościowego, chyba że zamawiający przyjął gwarancję opatrzoną zastrzeżeniem zwrotu listu gwarancyjnego, zwłaszcza z jakichś względów dowodowych.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest nadal umową nienazwaną, do której w drodze analogii stosuje się zasady dotyczące gwarancji bankowej²⁹⁴. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej²⁹⁵, może być ona udzielana przez podmioty uprawnione do tego rodzaju działalności, jako czynność ubezpieczeniowa zapewniająca ochronę na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych (art. 4 ust. 1 oraz 7 pkt 1)²⁹⁶, lecz w ogóle pominięto unormowanie jakichkolwiek jej elementów konstytutywnych. Uznanie gwarancji ubezpieczeniowej za rodzaj ubezpieczenia nastrocza jednak poważnych trudności kwalifikacyjnych²⁹⁷. Najbardziej nasuwająca się koncepcja, na tle powołanych powyżej przepisów ustawy o działalności ubezpieczenio-

²⁹³ Więcej o niej G. Tracz: *Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej*, Kraków 1998, s. 55 i n., R. Szostak: *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, „PS” 1999, Nr 1, s. 6 i n., J. Pisuliński: *Gwarancja bankowa (w:) Prawo bankowe*, red. M. Bączyk, Warszawa 2002, s. 278 i n. oraz A. Koch: *Umowa gwarancji bankowej (w:) System prawa prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, s. 475, a także uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 66/94), OSNC 1995, Nr 10, poz. 135.

²⁹⁴ Por. J. Kukielka, D. Poniewierka: *Ubezpieczenia finansowe*, Warszawa–Bydgoszcz 2003 s. 17 i n. oraz J. Kukielka: *Ubezpieczenie kredytu*, Warszawa 1994, s. 24.

²⁹⁵ Dz. U. Nr 124, poz. 1151 ze zm.

²⁹⁶ Status czynności ubezpieczeniowej w odniesieniu do tej gwarancji potwierdza także systematyka ryzyka według rodzajów ubezpieczeń zawarta w załączniku (zob. pkt 15) do ustawy z 11 września 2015 r.

²⁹⁷ Por. R. Szostak: *Uwagi o charakterze prawnym gwarancji ubezpieczeniowej (w:) Ubezpieczenia gospodarcze – wybrane zagadnienia prawne*, red. B. Gneta, Warszawa 2011, s. 142 i n.

wej i reasekuracyjnej, że zobowiązanie gwarancyjne nabiera charakteru ubezpieczenia *sui generis*, traci jednak na znaczeniu wobec kauzalnego, a nie abstrakcyjnego charakteru stosunku obligacyjnego oraz potrzebęłączenia żądania zapłaty przyrzeczonej sumy z wypadkiem ubezpieczeniowym. Stąd w piśmiennictwie i orzecznictwie dominuje wykładnia funkcjonalna, że jest ona jedynie czynnością ubezpieczeniową *sensu largo*, a decydujące znaczenie ma jej samoistność (nieakcesoryjność) i abstrakcyjność wynikającego z niej zobowiązania zapłaty, co pozwala na zrównanie tego rodzaju gwarancji (pod względem charakteru prawnego) z gwarancją bankową²⁹⁸.

Zastaw na papierach skarbowych lub komunalnych praktykowany jest rzadko, choć jego zabezpieczające funkcje są praktycznie doniosłe, z uwagi na wysoki stopień wypłacalności oraz brak zdolności upadłościowej wystawców tego rodzaju papierów. W istocie liczą się tu nie tyle same papiery, ile prawa (wierzytelności) z nich wynikające. Dlatego zastaw, o którym mowa w art. 148 ust. 2 pkt 2 Pzp kwalifikować należy jako zastaw na prawach w ujęciu art. 327 kc, do którego subsydiarne i odpowiednie zastosowanie mają przepisy o zastawie zwykłym na rzeczy ruchomej (art. 306 kc)²⁹⁹. Przez zastaw na prawach z papierów wartościowych rozumie się obciążenie oznaczonych papierów (zastawionych) w celu zabezpieczenia określonych roszczeń prawem zastawniczym, na mocy którego wierzyciel (zamawiający) będzie mógł dochodzić zaspokojenia swoich pretensji bezpośrednio z tych papierów bez względu na to, czyją stały się własnością, i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela (wykonawcy lub innej osoby ustanawiającej zastaw w jego interesie). Zastaw tego rodzaju, jak każdy inny, może być ustanowiony także w celu zabezpieczenia wierzytelności przyszłej lub warunkowej, stąd jego przydatność w zamówieniach publicznych. Do jego ustanowienia potrzebna jest umowa zastawnicza pomiędzy właścicielem obciążanych papierów (zastawcą) a zamawiającym – wierzycielem (zastawnikiem), do której stosuje się odpowiednio przepisy o cesji w rozumieniu art. 509 kc, o ile nic innego nie wynika z przepisów szczególnych, normujących status poszczególnych papierów skarbowych lub komunalnych. Jeśli zastawiane papiery mają formę dokumentu konieczne jest ich wydanie zastawnikowi³⁰⁰, a jeśli funkcjonują w postaci zdematerializowanej – niezbędne jest ustanowienie tzw. blokady określonych papierów na właściwym rachunku papierów wartościowych. Umowa o ustanowienie zastawu na prawach powinna być zawarta na piśmie z datą pewną, pod rygorem nieważności, chociażby umowa o przeniesienie praw z papieru nie wymagała takiej formy. Jeśli ustanowienie zastawu nie następuje przez wydanie dokumentu ani przez indos (w odniesieniu zwłaszcza do papierów zdematerializowanych), potrzebne jest pisemne zawiadomienie wystawcy papieru przez zastawcę, stosownie do art. 329 § 1 kc. Dla pewności zawiadomienia może też dokonać zastawnik. Bez zawiadomienia emiten-

²⁹⁸ Por. zwłaszcza I. Heropolitańska: zabezpieczenie wierzytelności banku, Warszawa 1996, s. 150 i n., R. Holly: Ubezpieczenia finansowe i gwarancje ubezpieczeniowe, Warszawa 2003, s. 45 i n. oraz J. Kukielka, D. Poniewierka: op. cit., s. 73, a także wyroki Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2004 r. (I CSK 102/03, niepublikowany), 16 grudnia 2009 r. (I CSK 281/09), OSNC 2010, Nr 6, poz. 92 oraz 10 lutego 2010 r. (V CSK 233/09), OSNC 2010, Nr 11, poz. 146.

²⁹⁹ Więcej o tym zastawie J. Gołaczyński: Zastaw na prawach (w:) system prawa prywatnego, t. 4, prawo rzeczowe, red. E. Gniewek, Warszawa 2005, s. 477 i n., tenże: Zastaw na prawach (w:) Kodeks cywilny, Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2014, s. 566 i n., J. Pisuliński: Zabezpieczenia finansowe w systemie prawa cywilnego, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, Nr 6, s. 25 i n. oraz A. Janiak: Zastaw na prawach (w:) Kodeks cywilny, Komentarz (art. 1 – 449), red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1170 i n.

³⁰⁰ W przypadku dokumentu na zlecenie przepis art. 329 § 2 kc wymaga ponadto indosowania tego dokumentu.

ta zastaw będzie bezskuteczny. Przedmiotem zastawu zabezpieczającego należyte wykonanie zamówienia publicznego w ujęciu art. 148 ust. 2 pkt 2 Pzp mogą być tylko papiery emitowane przez Skarb Państwa (skarbowe) lub przez jednostki samorządu terytorialnego. Pierwsze są emitowane jako krótkoterminowe, z okresem wykupu nieprzekraczającym jednego roku i noszą nazwę bonów skarbowych albo jako długoterminowe – w postaci obligacji skarbowych bądź tzw. skarbowych papierów oszczędnościowych, z przeznaczeniem wpływów emisyjnych na pokrycie potrzeb pożyczkowych budżetu państwa. Zasady i tryb emisji papierów skarbowych wraz z regułami ich wykupu określają przepisy art. 95 i n. ufp. Papiery skarbowe krótko-, jak i długo-terminowe są niematerialne, funkcjonują w formie stosownych zapisów na rachunkach papierów wartościowych, analogicznie jak pieniądź bezgotówkowy³⁰¹. Papiery komunalne zaś mogą być emitowane przez gminy, powiaty lub samorządy województw na pokrycie deficytu budżetowego bądź na spłatę uprzednio zaciągniętych zobowiązań (art. 89 i n. ufp). Aktualnie dopuszcza się jedynie emisję obligacji komunalnych na zasadach i w trybie określonych w ustawie z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach³⁰². Obligacje komunalne mogą występować w formie dokumentów albo w postaci zdematerializowanej. Zasada akcesoryjności zastawu przesądza o tym, że zakres obciążenia zastawniczego jest uzależniony każdorazowo od stanu zabezpieczanej wierzytelności (roszczeń zamawiającego) i może ulec powiększeniu albo pomniejszeniu, a całkowite wygaśnięcie zabezpieczonej wierzytelności pociąga automatycznie upadek zastawu, choć jako wierzytelność przyszła i warunkowa może w ogóle nie powstać. Jeśli oddane w zastaw papiery wartościowe przynoszą pożytki (oprocentowanie), a faktycznie znajdują się w posiadaniu zastawnika ma on prawo do pobierania tych pożytków, o ile dadzą się zarachować tytułem sfinansowania przysługujących mu roszczeń wymagalnych, w przeciwnym wypadku pożytki przypadają zastawcy³⁰³. Jeżeli roszczenia zabezpieczone na papierach wartościowych stały się wymagalne, zamawiający – zastawnik może żądać, zamiast zapłaty tytułem zadośćuczynienia tym roszczeniom, ażeby zastawca przeniósł na niego wszystkie lub część zastawionych papierów, do wysokości sumy niezbędnej do pokrycia wymagalnych roszczeń (art. 335 kc). W przeciwnym wypadku zaspokojenie roszczeń z zastawionych papierów wartościowych odbywa się w trybie egzekucji sądowej przez dokonanie ich sprzedaży egzekucyjnej. Zastaw wygasa samoczynnie z chwilą wygaśnięcia zabezpieczonej wierzytelności albo wskutek upływu okresu przewidzianego na powstanie wierzytelności przyszłej lub warunkowej. Nie można wykluczyć przedwczesnego rozwiązania umowy zastawniczej na mocy zgodnego porozumienia stron. Konsekwencją upadku zastawu jest obowiązek zwrotu uprawnionemu zastawionych papierów występujących w formie dokumentów.

Weksel *in blanco* poręczony przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-pożyczkową to papier wartościowy, wystawiony według ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. Prawo wekslowe³⁰⁴, wyrażający zobowiązanie zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej po okazaniu dokumentu, lecz wymaga odpowiedniego „dopełnienia” w przyszłości przez uprawnionego dysponenta (zamawiającego), w zakresie brakujących elementów, zwłaszcza poprzez ozna-

³⁰¹ Por. art. 5–7 ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1636, ze zm.).

³⁰² Dz. U. z 2015 r., poz. 238 ze zm.

³⁰³ Por. zwłaszcza A. Janiak: Zastaw na prawach... op. cit., s. 1178 – 1179.

³⁰⁴ Dz. U. z 1936 r., Nr 37, poz. 282.

czenie właściwej wysokości sumy wekslowej³⁰⁵. W trakcie zawierania umowy o zamówienie publiczne nie wiadomo jeszcze, czy i jakie – pod względem wysokości – roszczenia będzie miał zamawiający przeciwko swojemu wykonawcy. Konieczne jest rozważenie żądania wystawienia kilku weksli niepełnych (im dłuższy termin realizacji umowy, tym więcej odrębnych dokumentów wekslowych), ponieważ przy jednym wekslu realizacja zabezpieczenia już w pierwszej fazie wykonywania kontraktu mogłaby pozbawić zamawiającego w dalszej perspektywie takiej możliwości. Pod względem treści weksel niepełny powinien zawierać co najmniej wyraz „weksel” oraz podpis wystawcy, może też zawierać niektóre dalsze ustawowe elementy weksla, zwłaszcza utrudniającą obieg klauzulę „nie na zlecenie”, ponieważ z założenia weksel taki wystawiony jest jako weksel depozytowy. Nie powinien jednak zawierać określenia sumy wekslowej³⁰⁶. Podpis na tym dokumencie składany jest z zamiarem zobowiązania wekslowego. Oświadczenie banku w sprawie poręczenia umieszcza się bezpośrednio na odwrotnej stronie dokumentu, musi być bezwarunkowe pod rygorem nieważności. Dysponowanie wekslem nie eliminuje jednak zupełnie niebezpieczeństwa procesu sądowego. Uprawniony może dochodzić zapłaty sumy wekslowej w szybkim postępowaniu nakazowym, choć solidarna odpowiedzialność poręczycielskiego banku (z natury wypłacalnego) zazwyczaj wystarczająco chroni interesy zamawiającego – wierzyciela, zwiększając znacznie szansę zaspokojenia jego pretensji bez potrzeby uciekania się do procesu sądowego. W razie bowiem braku dobrowolnego zaspokojenia żądanej sumy pieniężnej zamawiający – wierzyciel może uruchomić przeciwko wystawcy weksla lub przeciwko poręczycielowi roszczenia wekslowe. Najpierw jednak powinien odpowiednio uzupełnić weksel, zwłaszcza wpisać właściwą sumę wekslową. Nie będzie bowiem uważany za weksel dokument, któremu brak choćby tylko jednego ze wskazanych w prawie wekslowym elementów³⁰⁷. W celu przeciwdziałania ewentualnym nadużyciom konieczne jest równoległe zawarcie umowy dodatkowej w sprawie okoliczności uprawniających do uzupełnienia weksla, potocznie nazywanej deklaracją wekslową. Powinna ona upoważniać do uzupełnienia weksla i określać w szczególności w jakim terminie, w jakich okolicznościach oraz do jakiej sumy weksel depozytowy może być wypełniony. Istnienie takiej deklaracji nie jest jednak konieczne dla ważności weksla. Liczy się także upoważnienie dorozumiane³⁰⁸. Jeżeli dłużnik wekslowy wyda weksel niepełny zamawiającemu – wierzycielowi, bez żadnych wskazówek co do jego uzupełnienia, domniemywa się, że zaufał uczciwości wierzyciela. Jednakże tylko zamawiający – wierzyciel ma prawo uzupełnić tego rodzaju weksel. W razie braku ustaleń dotyczących daty jego płatności, weksel uważany jest za płatny za okazaniem. Musi być przedstawiony do zapłaty w ciągu roku od dnia wstawienia, choć wystawca może oznaczyć termin dłuższy. Weksel niepełny nie jest przeznaczony do obiegu, ale jeśliby z jakichś powodów przedostał się do obrotu, nie traci na ważności. W świetle bowiem art. 10 prawa wekslowego, jeżeli weksel, niepełny w chwili wystawienia, uzupełniony został niezgodnie

³⁰⁵ Więcej o zobowiązaniach wekslowych zwłaszcza A. Szpunar: *Komentarz do prawa wekslowego i czekowego*, Warszawa 1996, s. 6 i n., P. Machnikowski: *Weksel własny in blanco*, Warszawa 2002, s. 8 i n., A. Szpunar, M. Kaliński: *Komentarz do prawa wekslowego*, Warszawa 2003, s. 5 i n. oraz M. H. Koziński: *Weksle (w:) System prawa prywatnego*, t. 18, Prawo papierów wartościowych, red. A. Szumański, Warszawa 2005, s. 143 i n.

³⁰⁶ Por. A. Szpunar: *op. cit.*, s. 30 i n. oraz M. H. Koziński: *op. cit.*, s. 174–175.

³⁰⁷ Więcej A. Szpunar, M. Kaliński: *op. cit.*, s. 84 i n.

³⁰⁸ M. Szpunar: *op. cit.*, s. 77.

z zawartym porozumieniem, nie można wobec posiadacza zasłaniać się zarzutem, że nie zastosowano się do tego porozumienia, chyba że posiadacz nabył weksel w złej wierze albo przy nabyciu dopuścił się rażącego niedbalstwa. W ramach uwolnienia zabezpieczenia wekslowego zwraca się weksel uprawnionemu za pokwitowaniem albo pozbawia cech ważnego dokumentu.

Zastaw rejestrowy funkcjonuje na podstawie ustawy z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów³⁰⁹, przy posiłkowym zastosowaniu przepisów kodeksu cywilnego o zastawie zwykłym. Do ustanowienia zastawu rejestrowego potrzebna jest umowa pisemna pod rygorem nieważności pomiędzy zastawcą, dokonującym obciążenia zastawianego przedmiotu w celu zabezpieczenia oznaczonej wierzytelności pieniężnej (także przyszłej lub warunkowej), a zamawiającym – zastawnikiem jako wierzycielem³¹⁰. Dla skuteczności umowy konieczny jest wpis do rejestru zastawów, zamiast tradycyjnego wydania obciążonego przedmiotu zastawnikowi. Wymóg ten rzutuje korzystnie na interesy zastawcy, który może korzystać z zastawionego przedmiotu, jeśli mu umowa tego nie zabrania. Przedmiotem zastawu rejestrowego mogą być rzeczy ruchome lub prawa zbywalne, zwłaszcza wynikające z papierów wartościowych. Sporych trudności w praktyce nastrocza jednak wycena przedmiotu zastawu. W zamówieniach publicznych, dotkniętych niekiedy rozmaitymi ułomnościami nadzoru właścicielskiego, należałoby zalecać stosowanie zastawu na papierach wartościowych dopuszczonych do notowań giełdowych lub na wierzytelnościach pieniężnych objętych rachunkami bankowymi, tak aby kwestia wyceny stała się bezprzedmiotowa. Rejestr zastawów (jednolity w obszarze kraju) prowadzą rejonowe sądy gospodarcze właściwe według siedziby zastawców. Rejestr jest jawny. Nikt nie może zasłaniać się nieznajomością danych w nim ujawnionych, chyba że mimo dochowania należytej staranności nie mógł się o nich dowiedzieć. Zastawiony przedmiot może być pozostawiony w posiadaniu zastawcy (lub wskazanej osoby trzeciej), ale powinien on dbać o jego zachowanie w stanie niepogorszonym. Zbycie zastawionego przedmiotu nie powoduje wygaśnięcia zastawu, chyba że nabywca nie wiedział i nie mógł się dowiedzieć o zastawie. Zastawnikowi wolno dochodzić zaspokojenia z zastawionego przedmiotu bez względu na to czyją stał się własnością. Umowa zastawnicza powinna zawierać opis obciążonego przedmiotu. Wprawdzie jego wartość nie ma większego znaczenia dla skuteczności zastawu, lecz oczywistym jest, że w interesie wierzyciela leży, aby nie była ona zbyt niska w stosunku do zabezpieczanej wierzytelności. Sposoby zaspokojenia ewentualnych roszczeń zastawnika są trzy, a mianowicie: a) w drodze przejęcia przedmiotu zastawu na własność przez zastawnika (według umowy), jeśli zastaw został ustanowiony na papierach wartościowych, wierzytelnościach pieniężnych lub na rzeczach powszechnie występujących w obrocie, b) w trybie przetargowej sprzedaży zastawionego przedmiotu przez komornika, jeśli tak zastrzeżono w umowie albo b) w trybie egzekucyjnym na podstawie uprzednio uzyskanego sądowego tytułu egzekucyjnego – w pozostałych przypadkach (art. 20–27 ustawy). Zastaw rejestrowy ustaje w szczególności w wyniku wygaśnięcia zabezpieczonej wierzytelności, upływu terminu na jaki został ustanowiony lub ziszczenia się zastrzeżonego warunku albo zaspokojenia roszczeń z zastawionego przedmiotu.

³⁰⁹ Dz. U. z 2017, poz. 1278.

³¹⁰ Więcej o tego rodzaju zabezpieczeniu J. Gołaczyński: Zastaw (w): System prawa prywatnego, t. 4, prawo rzeczowe, red. E. Gniewek, Warszawa 2005, s. 478 i n. oraz K. Szadkowski (w): Kodeks cywilny, Komentarz (art. 1–449), red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1141–146.

6. Niektóre aspekty praktyczne dochodzenia roszczeń z przedmiotu zabezpieczenia

Ostateczne zaspokojenie zamawiającego – wierzyciela następuje w pieniądzu, to najważniejsza konsekwencja finansowego charakteru zabezpieczenia kontraktowego. Nawet bowiem w wyniku zajęcia zastawionych papierów wartościowych dochodzi do ich sprzedaży i zaspokojenia uprawnionego z uzyskanej sumy pieniężnej. Stąd mowa o „wysokości zabezpieczenia” określonej z góry w postaci zastrzeżonej sumy pieniężnej. Tymczasem *de iure* zabezpieczenie nie zawsze odnosi się do roszczeń pieniężnych. Na tle finansowej natury zabezpieczeń stosowanych w zamówieniach publicznych rysuje się doniosły problem praktycznego zaspokojenia roszczeń niepieniężnych, przysługujących wyjątkowo zamawiającemu. Odszkodowanie obecnie przybiera na ogół formę pieniężną, choć brak podstaw do absolutnego wykluczenia restytucji naturalnej. Kara umowna ma wyłącznie charakter pieniężny. Podobnie roszczenia zwrotne można rozliczyć w pieniądzu. Trudności realizacyjne następują natomiast w odniesieniu do roszczeń z tytułu rękojmi za wady polegających na żądaniu naprawy lub wymiany wadliwego przedmiotu. Jeżeli wykonawca nie spełni ich dobrowolnie, zamawiającemu pozostaje wykonanie zastępcze, aby następnie mógł zaspokoić swoją pretensję (już pieniężną) z przedmiotu zabezpieczenia, żądając zwrotu kosztów wykonania zastępczego. Pewnym sposobem na usprawnienie dobrowolnej realizacji tych roszczeń może być zastrzeżenie z góry w umowie surowych kar umownych ze zwłokę w usuwaniu wad lub w wymianie przedmiotu wadliwego na wolny od wad.

Z kolei wykonanie zastępcze jako surogat świadczenia podstawowego wymaga upoważnienia sądowego. Według bowiem art. 480 § 1 kc w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia nie wymagającego osobistego działania, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd (orzeczenie konstytutywne) do wykonania czynności na koszt zobowiązanego. Wykonanie zastępcze nie może jednak dotyczyć czynności prawnej, a zatem odpada co do ewentualnej wymiany przedmiotu na wolny od wad, wymagającej przeniesienia własności rzeczy na zamawiającego³¹¹. W tym zakresie pozostaje jedynie droga egzekucyjna oraz odszkodowanie – gdy zamawiający zmuszony został okolicznościami do nabycia pełnowartościowego przedmiotu. Samodzielne zastosowanie wykonania zastępczego jest wykluczone, ponieważ może być spór co do tego czy w ogóle zobowiązany popadł w zwłokę lub zbyt pochopnie naraził dłużnika na nadmierne koszty. O upoważnienie sądowe można wystąpić w trybie odrębnego powództwa bądź we wniosku egzekucyjnym, o przyznanie odpowiedniej kwoty na pokrycie wykonania zastępczego³¹². Tylko wyjątkowo, w nagłych wypadkach (sytuacje awaryjne, niebezpieczeństwo szkód) dopuszczalne jest wykonanie (bez upoważnienia sądu) czynności na koszt dłużnika lub usunięcie na jego koszt tego, co wbrew zobowiązaniu uczynił, zwłaszcza rozebranie wadliwie wykonanych elementów obiektu budowlanego (art. 480 § 3 kc). Wierzyciel działa wtedy na własne ryzyko, odpowiadając za szkodę wynikłą z ewentualnego nadużycia tego szczególnego prawa. W każdym razie niezależnie od okoliczności roszczenie zwrotne zamawiającego ogranicza się tylko do kosztów uzasadnionych (koniecznych).

³¹¹ Por. zwłaszcza T. Wiśniewski: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 1, Warszawa 2011, s. 791.

³¹² Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 1968 r. (III CZP-37/68), OSNC 1969, Nr 1, poz. 9.

W praktyce panuje niepewność co do tego, czy same strony mogą dopuścić w umowie wykonanie zastępcze, z góry zastrzegając warunki realizacji określonych czynności na koszt dłużnika-wykonawcy, bez potrzeby uciekania się do upoważnienia sądowego. W zamówieniach publicznych oznaczałoby to wprowadzenie zawczasu stosownego zastrzeżenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wydaje się, że w ramach swobody kontraktowej (art. 353¹ kc), aktualnej także na gruncie zamówień publicznych, nie da się wykluczyć takiego rozwiązania, tym bardziej, że kodeks zna podobną konstrukcję zobowiązania przemienne (art. 365 kc), od dawna dopuszcza się też *facultas alternativa*. Kluczową rolę odgrywa tu określenie przesłanek wykonania zastępczego (naprawy przedmiotu) oraz wskazanie podstaw ustalenia maksymalnych jego kosztów. Nie ma przeszkód do odwołania się w tym zakresie do cennika osoby trzeciej. Pozostaje jedynie potrzeba upowszechnienia tego rozwiązania w praktyce.

W odniesieniu do roszczeń z rękojmi nasuwa się jeszcze jedna wątpliwość, a mianowicie związana z okresem utrzymywania zabezpieczenia. W świetle art. 151 Pzp zamawiający zwraca (zwalnia) zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Oznacza to, że w tym terminie zamawiający powinien uporać się z odbiorem przedmiotu umowy i z ewentualnymi roszczeniami z nim związanymi, z takim skutkiem, aby późniejsze poszukiwanie zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia nie było konieczne. Brak podstaw do odbioru przedmiotu (skądinąd aprobacyjnego), np. w razie wad jawnych, wyklucza uwolnienie zabezpieczenia. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Taka wysokość utrzymującego się zabezpieczenia powinna być wystarczająca, pod warunkiem sprawnego odbioru, mającego na celu niedopuszczenie do przyjęcia świadczenia z brakami i wadami jawnymi. Zabezpieczenie w powyższej wysokości jest uwalniane nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady, co budzi zastrzeżenia, ponieważ nierzadko wady są reklamowane w ostatniej fazie biegu terminu rękojmi, a roszczenia w związku z tym wymagalne przedawniają się o wiele później. Piętnastodniowy termin na ich „rozliczenie” i ewentualne zaspokojenie jest zbyt krótki. Przepis art. 151 ust. 3 Pzp wymaga zatem stosownej korekty legislacyjnej.

IV. ZASADY WYKONYWANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. Uwagi ogólne

Zobowiązanie z umowy o zamówienie publiczne ma na ogół charakter wzajemny. Składa się w istocie z dwóch wzajemnie sprzężonych zobowiązań składowych³¹³. Obie strony są bowiem wobec siebie nawzajem dłużnikami i wierzycielami. Pierwsze zobowiązanie zwane niepieniężnym, stanowi główny element zamówienia i polega na powinności spełnienia zamówionych dostaw, usług lub robót budowlanych. Zamawiający wierzyciel może się ich domagać prawnie, natomiast dłużnik – wykonawca musi je spełnić pod rygorem odpowiedzialności majątkowej (art. 353 kc). Podstawowe znaczenie dla treści tego zobowiązania ma opis świadczenia wykonawcy zawarty w umowie i wynikający z celu zamówienia, jednak uzupełniająco działają także przepisy i normy techniczne, zasady współżycia społecznego i ewentualne zwyczaje (art. 56 kc). Pod względem techniczno-prawnym świadczenie wykonawcy sprowadza się zazwyczaj do działania, rzadko do zaniechania, bywają też świadczenia o charakterze mieszanym³¹⁴. Zobowiązaniu niepieniężnemu odpowiada występujące na drugim planie zobowiązanie pieniężne rządzące się nieco innymi zasadami, w ramach którego to zamawiający jest dłużnikiem a wykonawca wierzycielem. Polega ono na zapłacie wykonawcy umówionej sumy pieniężnej, czyli na przekazaniu mu ustalonej wartości ekonomicznej (korzyści) w postaci określonej ilości jednostek pieniężnych, coraz rzadziej inkorporowanych w znakach pieniężnych, z reguły transferowanych za pośrednictwem rachunku bankowego. Pieniądz gotówkowy, jak i bezgotówkowy, to miernik wartości i środek płatniczy, któremu prawo nadaje moc umarzania zobowiązań³¹⁵. Zastrzec tu jednak trzeba, że przy kredycie, pożyczce, obligacjach i innych podobnych zobowiązaniach, pieniądz stanowi także przedmiot świadczenia niepieniężnego, do którego w pełni odnoszą się zasady właściwe dla dostaw lub usług.

Tradycyjnie – nieco wbrew ustawowej definicji zobowiązania z art. 353 kc – umownym powinnościom dłużniczym przypisuje się bardziej podstawowe znaczenie, niż uprawnieniom wierzycielskim. Powinności dłużnicze i uprawnienia wierzycielskie zazwyczaj są wzajemnie ze sobą skorelowane. Określonemu uprawnieniu jednej strony odpowiada właściwy obowiązek drugiej strony (np. żądaniu zapłaty kary umownej odpowiada obowiązek jej zapłaty). Ogół uprawnień przysługujących wierzycielowi nazywa się wierzytelnością, natomiast sumę obowiązków dłużnika nazywa się długiem. Ich losy prawne mogą być odmienne, choćby z uwagi na różnicowanie w czasie wygasanie, czy przedawnienie. Poza tym, zarówno wierzytelności, jak i długi mogą być przenoszone na osoby trzecie, jednak w zamówieniach publicznych z ustawy wynikają w tym zakresie istotne ograniczenia.

³¹³ Wielostronne stosunki zobowiązaniowe w zamówieniach publicznych nie są spotykane. Zupełnie co innego chodzi w przypadku wielopodmiotowej strony zobowiązania, zaciągniętego zwłaszcza przez małżonka, spółkę cywilną albo przez konsorcjum.

³¹⁴ Por. T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 179 i n.

³¹⁵ Więcej R. Żabiński: Istota prawna jednostki pieniężnej, „Studia Cywilistyczne” 1960, t. VI, s. 265 i n oraz T. Dybowski, A. Pyrzyńska: op. cit., s. 215 i n.

Odpowiedzialność majątkowa dłużnika – wykonawcy to sankcja (ujemne konsekwencje) na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W pierwszej kolejności liczy się egzekucja zobowiązania *in natura*, wtórnie zaś może być zastosowana odpowiedzialność odszkodowawcza lub z tytułu kary umownej albo z rękojmi za wady. Żądania wierzyciela nazywa się roszczeniami, jeśli mogą być dochodzone przed sądem, w przeciwnym wypadku – są tylko zwykłymi uprawnieniami. Nie zawsze jednak niezbędna jest droga sądowa przeciwko niesumieinnemu dłużnikowi, wyjątkowo wierzyciel sam może zrealizować odpowiedzialność dłużnika np. poprzez odstąpienie od umowy. Majątkowa odpowiedzialność dłużnika nazywa się „osobistą”, jeśli swoje pretensje wierzyciel może kierować do całego majątku zobowiązanego (nieograniczona) albo „rzeczowa” (ograniczona), gdy dłużnik ryzykuje jedynie wyodrębnioną częścią majątku (np. przy kaucji, zastawie lub hipotece)³¹⁶.

Roszczenia oraz pozostałe uprawnienia z umowy o zamówienie publiczne mają charakter względny, w imię zasady, że zobowiązania wiążą tylko strony, które w nich uczestniczą. Inaczej zatem niż prawo własności i inne prawa rzeczowe, a także autorskie, skutkujące *erga omnes* (bezwzględnie), zobowiązania nie dotyczą osób trzecich. W szczególności osoby nie będące stronami zobowiązania nie mogą być obciążone żadnymi powinnościami z niego wynikającymi. Wyjątkowo jednak ustawa może wprowadzić rozszerzoną skuteczność zobowiązania, jak np. w wyniku powierzenia zlecenia przez wykonawcę zastępcy – zamawiający także od niego może dochodzić odpowiedzialności (art. 738 § 2 kc), albo gdy zamawiający zgodzi się na zaangażowanie określonego podwykonawcy budowlanego w ramach odrębnej umowy podwykonawczej – odpowiada obok wykonawcy głównego za zapłatę należnego podwykonawcy wynagrodzenia (art. 143c Pzp).

Wykonanie zobowiązania jest podstawowym sposobem jego wygaśnięcia. W doktrynie brak jednak zgodności poglądów co do charakteru prawnego wykonania zobowiązania, dominuje stanowisko, że jest to zachowanie faktyczne połączone z przejawem woli, podjęte w celu uwolnienia się od obowiązku świadczenia, a tylko wyjątkowo świadczenie może polegać na złożeniu oświadczenia woli, jeśli wykonanie zobowiązania wymaga czynności prawnej (np. z umowy przedwstępnej albo z tytułu przeniesienia własności)³¹⁷. Aktualny wtedy staje się problem zdolności do czynności prawnych i inne kwestie dotyczące dokonywania czynności prawnych.

2. Rodzaje świadczeń umownych

Czynności przygotowawcze nie mieszczą się w pojęciu świadczenia, nie mają bowiem znaczenia samodzielnego, lecz jedynie poprzedzają świadczenie właściwe, umożliwiając w dalszej kolejności prawidłowe jego spełnienie. Nie prowadzą bezpośrednio do wyniku będącego zasadniczym celem zobowiązania (np. nabycie surowców, przygotowanie narzędzi, przeszkolenie załogi). Dlatego nie mogą być przedmiotem samodzielnych roszczeń, nie

³¹⁶ Por. W. Czachórski: Zobowiązania – zarys wykładu, Warszawa 1970, s. 42 i n oraz Z. Radwański: Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2003, s. 685 i n.

³¹⁷ Por. zwłaszcza R. Longchamps de Berier: Zobowiązania (w oprac. J. Górskiego), Poznań 1948, s. 328, A. Szpunar: Charakter prawny wykonania zobowiązania, „Rejent” 1998, Nr 5, s. 11 i n., T. Dybowski, A. Pyrzyńska: op. cit., s. 177 oraz Z. Radwański: op. cit., s. 685.

mogą być też odrębnie egzekwowane, lecz co najwyżej w powiązaniu ze świadczeniem, któremu towarzyszą, choć wyjątkowo zaniedbanie koniecznych czynności przygotowawczych może prowadzić do utraty zaufania, a w konsekwencji nawet do uzasadnienia po drugiej stronie prawa odstąpienia od umowy (por. art. 635, art. 656, art. 745 § 1 lub art. 783 kc)³¹⁸.

Niektóre czynności pomocniczo-uzupełniające wchodzą jednak w status świadczeń.

Towarzyszą świadczeniu podstawowemu, np. złożenie rachunku, słuzenie informacją, danie zabezpieczenia, zapłata odsetek itd. Mogą być samodzielnie dochodzone, jako tzw. świadczenia uboczne³¹⁹. Świadczeniami dodatkowymi zaś nazywa się rozmaite świadczenia akcydentalne, które mogą, lecz nie muszą, być objęte zakresem zobowiązania. Z woli stron wzbogacają jednak ogólne pożytki kontraktu, np. usługi transportowe przy dostawach, szkolenie załogi przy usługach naprawczych, czy świadczenia spedycyjne w transporcie. W ramach zobowiązania może wystąpić ponadto świadczenie zastępcze na wypadek zaistnienia określonych okoliczności, np. wyrównawcze w związku z ustaniem agencji z art. 764⁴kc. Wreszcie zobowiązanie, zwłaszcza wynikające z umowy mieszanej, może opiewać na kilka świadczeń równorzędnych, np. na zaprojektowanie i zbudowanie obiektu, utrzymanie czystości lub należytego stanu zieleni w mieście, czy wykonywanie zróżnicowanych usług opiekuńczych.

Klasyfikacja świadczeń ma proveniencję normatywną, charakter świadczenia rzuca bezpośrednio na naturę zobowiązania. Świadczenie jest jednorazowe, jeżeli zarówno jego treść, jak i rozmiar, są oznaczone wyczerpująco przez samo wskazanie zachowania dłużnika, bez odwoływania się do czynnika czasu, jednak *in casu* może być chwilowe albo wymagać odpowiedniego czasu, wyznaczającego jedynie termin jego wykonania (np. dostawa, wykonanie dzieła, wzniesienie obiektu)³²⁰. W przypadku, gdy przedmiot świadczenia jest podzielny, świadczenie może być spełnione częściowo (art. 450 kc), a także same strony mogą umówić się o spełnienie świadczenia jednorazowego częściami (ratalnie). W zasadzie tylko świadczeń jednorazowych dotyczy zobowiązanie przemienne w ramach którego wykonawca może spełnić jedno z kilku świadczeń równorzędnych; wybór świadczenia należy do wykonawcy, o ile nic innego nie wynika z umowy, ustawy lub z okoliczności (art. 365 kc).

W zobowiązaniach z powinnościami ciągłymi (trwałymi) upływ czasu wyznacza rozmiar należnego wierzycielowi świadczenia, ponieważ świadczenie ciągłe polega na ustalonym stałym zachowaniu się dłużnika w ciągu z góry oznaczonego czasu albo wyjątkowo w czasie nieoznaczonym (dostawa wody lub elektryczności, najem rzeczy, służebność przesyłu, obsługa bankowa, licencje, dostęp do internetu itd.)³²¹. Dla uznania świadczenia za ciągłe nie jest konieczne, aby określone zachowanie dłużnika rzeczywiście utrzymywało się nieprzerwanie w trakcie całego okresu realizacji zobowiązania, dopuszczalne są

³¹⁸ Por. T. Pajor: Odpowiedzialność... op. cit., s. 94–95.

³¹⁹ Por. Z. Radwański: Zobowiązania... op. cit., s. 686 oraz T. Dybowski, A. Pyrzyńska: op. cit., s. 185.

³²⁰ Tak T. Dybowski, A. Pyrzyńska: op. cit., s. 198. Por. też M. Gudowski [w:] Kodeks cywilny, t. I, Komentarz – art. 1–44911, Warszawa 2016, s. 1226.

³²¹ Por. Z. Radwański: Uwagi o zobowiązaniach trwałych (ciągłych) na tle kodeksu cywilnego, „Studia Cywilistyczne” 1969, t. XIII–XIV, s. 251 i n., A. Klein” Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego, Wrocław 2005, s. 186, T. Dybowski, A. Pyrzyńska: op. cit., s. 199–200.

przerwy, byleby stałe elementy zachowania dłużnika stanowiły funkcjonalną całość³²². Podobnie z długiem mogą być związane pewne „jednorazowe” obowiązki dłużnika, nie stanowiące odrębnych świadczeń, jak np. wykonanie podłączenia do sieci, wydanie jakiegoś przedmiotu (dokumentacji) niezbędnego do realizacji umowy, czy naprawa najętej rzeczy. W zamówieniach publicznych z kategorią świadczeń ciągłych łączą się swoiste zasady ich szacowania oraz dopuszczalność objęcia ich zamówieniami udzielanymi na okres dłuższy niż 4 lata, a nawet na czas nieoznaczony (art. 142 ust. 2 oraz 143 ust. 1 Pzp). Z kolei do wyjątkowych zamówień na czas nieoznaczony zastosowanie ma art. 365¹kc, zgodnie z którym zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym wygasa po wypowiedzeniu przez dłużnika lub wierzyciela z zachowaniem terminów umownych, ustawowych lub zwyczajowych.

Nieco inaczej kwalifikuje się świadczenia okresowe, polegające na powtarzalnym spełnianiu dostaw lub usług, bardzo rzadko robót budowlanych, przez ustalony okres, w określonych ilościach i regularnych odstępach czasu. Podstawą ich wyróżnienia są występujące łącznie dwa kryteria, a mianowicie upływ czasu i ilość przedmiotu świadczenia (np. powtarzalne przewozy, odbiór odpadów komunalnych, niektóre usługi serwisowe, czynsze). Mogą składać się na całość określoną z góry co do wielkości w ramach jednego zobowiązania zaciągniętego na czas oznaczony albo są wymagalne bez takiego globalnego limitu. W zamówieniach publicznych ten drugi przypadek został jednak wykluczony z mocy art. 142 ust. 1 Pzp. Świadczenia okresowe mają zazwyczaj jednakową ilość przedmiotu, choć nie jest to warunek konieczny, można w umowie postanowić, że w określonych dniach (tygodniach) będą miały różne rozmiary. Podobnie nie muszą się one powtarzać w dokładnie ustalonych odstępach czasu, wystarczy, że będą regularne (np. odbiór odpadów raz na tydzień). Każde świadczenie okresowe w przeciwieństwie do świadczenia jednorazowego o charakterze ratalnym, stanowi świadczenie odrębne, natomiast świadczenie spełnione ratalnie jest w istocie podzielone na części. Samoistny charakter poszczególnych świadczeń okresowych, stanowiących jednak przedmiot jednego i tego samego zobowiązania powoduje, że pozostają względem siebie w określonym układzie strukturalnym, wyznaczonym przez czynnik czasu³²³. Rzuca on na niektóre skutki prawne. Przykładowo wyróżnia się prawo wierzyciela do wszystkich świadczeń (np. prawo do świadczenia usług określonego rodzaju) od uprawnienia do poszczególnych świadczeń okresowych, co nie jest obojętne dla rozliczeń, odpowiedzialności za braki ilościowe i wady przedmiotu świadczenia, bieg przedawnienia itd. W zamówieniach publicznych dodatkowo doniosłe są swoiste zasady szacowania tego rodzaju świadczeń w ujęciu art. 34 Pzp. Do świadczeń okresowych nie można jednak zaliczać świadczeń jednorazowych podlegających wznowieniu według umowy w oznaczonym czasie, które pod względem zasad szacowania zostały jedynie zrównane w art. 34 Pzp ze świadczeniami okresowymi. Podobnie ze świadczeniami okresowymi nie powinno się łączyć tzw. świadczeń sukcesywnych, przez które rozumie się zazwyczaj świadczenia jednorazowe spełniane częściami (partiami) w ustalonym porządku³²⁴. Niekiedy przepisy uprawniają wykonawcę do powstrzymania się z dalszymi partiami świadczenia (np. w razie zaległości w zapłacie uprzed-

³²² Por. R. Longchamps de Berier: op. cit., s. 29, Z. Radwański: Uwagi... op. cit., s. 252–254, A. Klein: op. cit., s. 127, T. Dybowski, A. Pyrżyńska: op. cit., s. 200 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 1226.

³²³ Por. T. Dybowski, A. Pyrżyńska: op. cit., s. 201.

³²⁴ Por. zwłaszcza R. Longchamps de Berier: op. cit., s. 28–29 oraz Z. Radwański: op. cit., s. 254.

nio spełnionej części – art. 552 kc) albo uprawniają wierzyciela do oznaczenia wielkości wymagalnej części świadczenia (art. 456 kc).

Podział świadczeń na oznaczone indywidualnie (co do tożsamości) oraz rodzajowo (co do gatunku) ma duże znaczenie praktyczne. Wprawdzie dotyczy on bezpośrednio tylko świadczeń rzeczowych, lecz jego zasady odnosi się w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie także do usług i robót budowlanych³²⁵. Pierwsze to świadczenie o przedmiocie zindywidualizowanym wyczerpująco z góry przez same strony w umowie, poprzez wskazanie wszystkich istotnych (charakterystycznych) właściwości, tak że nie ma żadnego problemu z jego późniejszą identyfikacją (dzieło, rzecz używana). Świadczenie jest natomiast oznaczone rodzajowo, gdy strony ograniczyły się jedynie do podania właściwości i cech charakterystycznych dla określonej grupy przedmiotów (gatunku), a zatem w chwili powstania zobowiązania jeszcze nie wiadomo dokładnie, która jednostka rzeczowa będzie stanowić przedmiot świadczenia (samochód, maszyna, typowe dzieło), lecz w oparciu o te dane dojdzie do ostatecznej konkretyzacji świadczenia, najpóźniej w chwili jego spełnienia. W celu uniknięcia trudności i niepotrzebnych sporów ze szkodą dla interesu publicznego, przepis art. 29 ust. 1 Pzp narzuca wprost wymóg „jednoznacznego i wyczerpującego” opisu przedmiotu zamówienia, za pomocą „dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń”. Nie oznacza to oczywiście, aby każdorazowo zamawiane świadczenie musiało być zindywidualizowane co do tożsamości. Nawet w przypadku opisu planowanych robót budowlanych za pomocą dokumentacji projektowej, niektórych dyspozycji projektowych nie sposób ostatecznie skonkretyzować, zwłaszcza jeśli w zamiarze stron mają być ujęte rodzajowo, np. materiały niezbędne do robót budowlano-montażowych. W przypadku jednak świadczenia oznaczonego jedynie rodzajowo, podstawy jego przyszłego dookreślenia muszą być skonkretyzowane na tyle dostatecznie, aby doszło do niebudzącej wątpliwości identyfikacji. Od niej bowiem zależy treść i wymagalność roszczeń zamawiającego. Potwierdza to art. 30 ust. 1 Pzp nakazując uwzględnienie „wymagań dotyczących wydajności bądź funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić (...) ustalenie przedmiotu zamówienia”. Poza tym przy jego opisie można odwołać się do dyspozycji wynikających z norm technicznych (hierarchię między nimi wyznacza art. 30 ust. 1 pkt 2 Pzp), lecz – jak wiadomo – normy tego rodzaju nie wiążą bezwzględnie ich „przekroczenie *in plus*” mieści się w pojęciu „spełnienia”, a ponadto dopuszcza się rozwiązania równoważne na warunkach art. 30 ust. 4–5 Pzp. Z kolei stosowane w opisie przedmiotu zamówienia nazwy i kody CPV mają w zasadzie tylko wymiar informacyjny. Nieco inne znaczenie ma odwołanie się do określonego oznakowania, potwierdzającego pożądane właściwości przedmiotu, a zatem należy je rozpatrywać w kategoriach środka dowodowego stwarzającego domniemanie istnienia tych właściwości, który może być obalony dowodem przeciwnym. Powyższy podział świadczeń na oznaczone indywidualnie lub rodzajowo jest doniosły nie tylko z uwagi na dopuszczalność tych drugich i właściwy mechanizm „automatycznej” konkretyzacji, w obliczu zakazu wprowadzania zmian i uzupełnień do umowy (art. 144 Pzp), lecz także z uwagi na inne okoliczności (np. w razie niemożliwości świadczenia z art. 475 kc albo zaistnienia konieczności wykonania zastępczego

³²⁵ Por. zwłaszcza W. Czachórski: Zobowiązania... op. cit., s. 56, F. Błahuta: Komentarz do kodeksu cywilnego, t. II, warszawa 1972, s. 854, Cz. Żuławska: Zabezpieczenie jakości świadczenia, „Studia Cywilistyczne” 1978, t. XXIX, s. 7 i n. oraz T. Dybowski, A. Pyrżyńska: op. cit., s. 209 i n.

z art. 479 kc), a przede wszystkim na wypadek sporu co do braków ilościowych lub wad fizycznych przedmiotu zamówienia.

Różnicowanie świadczeń na wynikające z zobowiązań starannego działania oraz z zobowiązań rezultatu nadal jest zasadne, zwłaszcza na gruncie niektórych zamówień usługowych. Wprawdzie trzeba przyznać rację tym, którzy w ramach krytyki tego dwupodziału twierdzą, że w istocie wszystkie zobowiązania są zobowiązaniami rezultatu (powinny zakończyć się efektywnym wykonaniem)³²⁶, jednak gdy problem sprowadzi się do pytania o charakter tego, co jest przedmiotem odbioru ze strony zamawiającego – wierzyciela, ujawnia się znacząca różnica. Przy niektórych bowiem usługach (o dzieło lub przewóz) liczy się osiągnięcie przez wykonawcę z góry oznaczonego rezultatu gospodarczego, bez którego zobowiązanie uważa się za niewykonane, mimo podjęcia niezbędnych zabiegów, natomiast przy innych (zwłaszcza na warunkach zlecenia) efekt ten, choćby nawet był celem transakcji, nie stanowi bezpośredniego przedmiotu zobowiązania, ponieważ obejmuje ono staranne wykonanie zamówionych czynności (lecniczych, rozpoznawczych, ochroniarskich, zarządczych), a po ich spełnieniu należy się wykonawcy wynagrodzenie, bez względu na rzeczywiste korzyści po stronie zamawiającego³²⁷. Określenie „wykonanie staranne” nie ma tu większego znaczenia, stanowi przejaw tradycji. Wszystkie zobowiązania powinny być wypełnione starannie. Dlatego nie można doszukiwać się na tle tej dwoistej natury świadczeń podstaw do równoległego różnicowania odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 kc), zwłaszcza do zaostrzenia odpowiedzialności za uchybienie zobowiązaniu rezultatu do granic odpowiedzialności na zasadzie ryzyka³²⁸. Odpowiedzialność za powyższe zobowiązania jest taka sama³²⁹. Odmienny jest jedynie sam charakter świadczenia. W zamówieniach publicznych, zorientowanych na ciągle zaspokajanie trudnych potrzeb zbiorowych, powyższy podział świadczeń zachowuje swoją przydatność, tym bardziej, że charakter świadczenia stanowi cechę typologiczną wielu kontraktów usługowych. Poza tym w razie braku jednoznacznej woli stron standardy obligacyjne wykonania świadczenia wyznacza się tradycyjnie według celu gospodarczego zobowiązania³³⁰.

Świadczenia podzielne oraz niepodzielne rozróżnia się także według właściwości przedmiotu świadczenia. Stosownie do art. 379 § 2 kc świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. W umowie można zastrzec, że świadczenie z zasady niepodzielne, uznane zostanie za podzielne, oczywiście pod warunkiem obiektywnej możliwości podziału. W obrocie powszechnym liczą się

³²⁶ Por. zwłaszcza T. Dybowski: System prawa cywilnego, t. III/1, Prawo zobowiązań – część ogólna, Ossolineum 1981, s. 81 i n., W. Czachórski: op. cit., s. 57 oraz M. Romanowski: Zobowiązania rezultatu i starannego działania, PPH 1997, Nr 1, s. 20 i n.

³²⁷ Więcej o tym M. Krajewski: Zobowiązania rezultatu i starannego działania (próba alternatywy pojęcia), PiP 2000, Nr 8, s. 42 i n. oraz A. Brzozowski [w:] System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 416 i n.

³²⁸ Por. zwłaszcza K. Nowakowski: Zobowiązania rezultatu i starannego działania, „Ruch Prawny i Socjologiczny” 1959, Nr 2, s. 19 i n.

³²⁹ Por. zwłaszcza T. Pajor: op. cit., s. 85 i n.

³³⁰ Przykładowo w orzecznictwie sądowym do umów o dzieło zakwalifikowano umowy o usługi: leśne, polowe, zwalczanie owadów, utrzymanie czystości, prace badawcze, projektowe oraz naprawcze. Por. przegląd orzecznictwa dokonany przez R. Szostaka: Umowa o dzieło na tle umów dotyczących usług – uwagi de lege ferenda [w:] Umowy gospodarcze – zagadnienia wybrane, red. J. Gospodarek, Warszawa 2009, s. 98 i n.

przede wszystkim dwa następstwa prawne, a mianowicie: jeżeli jest kilku dłużników albo wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, zarówno dług, jak i wierzytelność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników albo wierzycieli (art. 379 § 1 kc); wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chociażby cała wierzytelność była już wymagalna, chyba że przyjęcie świadczenia częściowego narusza jego uzasadniony interes (art. 450 kc). W zamówieniach publicznych na tym tle dochodzi jeszcze kwestia tzw. podziału zamówienia na części. Ustawowe zalecenie podziału zamówienia na części w ujęciu art. 36aa Pzp polega w istocie na dopuszczeniu składania ofert częściowych (por. def. z art. 2 pkt 6 Pzp). Dopuszczając jednak możliwość składania ofert częściowych zamawiający musi liczyć się z objęciem poszczególnych części zamówienia przez różnych wykonawców, a zatem z wielością umów co do jednego i tego samego przedmiotu zamówienia. Kluczowe znaczenie ma więc sposób podziału zamówienia na części (zakres), który powinien być taki, aby realizacja zamówienia przez któregośkolwiek z wykonawców nie wymagała współdziałania z pozostałymi, skoro są to niezależne ode siebie osoby trzecie. Dlatego podział zamówienia na części w ujęciu art. 36aa Pzp bywa często niemożliwy, niecelowy, nieopłacalny lub uciążliwy dla zamawiającego³³¹, zmuszonego do ryzykownej koordynacji różnych wykonawców. Przedmiot zamówienia udzielanego, a przedmiot zamówienia objętego przez konkretnego wykonawcę to jednak nie to samo, skoro w wyniku pojedynczego przetargu może dojść do kilku umów, o odrębnych przedmiotach świadczenia. W konsekwencji kodeksowe pojęcie świadczenia podzielnego odnosi się już do przedmiotu umowy (zobowiązania), łączy się bowiem bezpośrednio z podzielnością długu, choć kryteria podziału przedmiotu zamówienia w obu sytuacjach są takie same.

3. Zasada realnego wykonania zamówienia

Pierwszoplanowe znaczenie zasady realnego wykonania umowy wynika ze szczególnych funkcji zamówień publicznych, związanych z zaspokajaniem potrzeb publicznych. W świetle art. 354 kc wykonawca powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać wierzyciel przy wykonaniu zobowiązań. Unormowanie to stanowi klauzulę generalną zawierającą elastyczne kryteria prawidłowego wykonania zobowiązania, przede wszystkim niepieniężnego, szczególnie istotne na gruncie zamówień publicznych nacechowanych zaawansowaną specyfiką (nietypowe cele, złożone powinności dłużne) wymagającą wyższej efektywności realizacyjnej z punktu widzenia zaspokojenia potrzeb publicznych. Naruszenie zobowiązania obciążającego wykonawcę na ogół od razu „odbija się” niekorzystnie na realizacji zadań przypisanych zamawiającemu, prowadzi do szkód lub co najmniej do zakłócenia jego działalności. Obok art. 354 kc, kodeks cywilny zawiera także wiele innych przepisów zorientowanych na utrzymanie zobowiązania i zapobieganie przedwczesnemu jego upadkowi bez dania dłużnikowi szansy na realne spełnienie przyrzeczonego świadczenia. W szczególności trzeba tu odno-

³³¹ Więcej R. Szostak: Kształtowanie warunków zamówienia po zmianach w prawie zamówień publicznych, FK 2016, Nr 12, s. 75–78.

tować rygorystyczne przesłanki warunkujące możliwość odstąpienia od umowy z powodu zwłoki lub innego naruszenia zobowiązania przez dłużnika. Zamówione świadczenie jest spełnione prawidłowo dopiero wtedy, gdy z jednej strony dłużnik – wykonawca zachował się zgodnie z treścią zobowiązania, a z drugiej – doszło do pełnego zaspokojenia interesów zamawiającego – wierzyciela³³². Aby tak się stało zobowiązanie musi być wykonane w całości *in natura*, tak jak się umówiono, stosownie do jego przeznaczenia. Wszelkie odstępstwa, a także zmiany umowy kolidują zatem bezpośrednio z tą zasadą. Dlatego ustawa przewiduje je tylko w przypadkach wyjątkowych. Tym bardziej niedopuszczalne jest porzucenie zamówienia lub zwyczajne powstrzymanie się z jego realizacją, z nadzieją na zastępcze uwolnienie się od zobowiązania poprzez zapłatę kary umownej, czy zadośćuczynienie w postaci odszkodowania. Jeśli już do tego dojdzie, uruchamia się odpowiedzialność względem niesummiennego dłużnika – wykonawcy, w ramach której zapłata kary lub odszkodowanie stanowią wynik wtórnych roszczeń zamawiającego. Poza tym dłużnikowi grożą także inne konsekwencje, zwłaszcza wykluczenie z ubiegania się o kolejne zamówienia publiczne w przyszłości.

Dochodzenie spełnienia zamówionego świadczenia *in natura*, tytułem roszczenia pierwotnego, a nie wtórnego, możliwe jest także na drodze procesu sądowego, choć przymusowe zaspokojenie roszczenia niepieniężnego *in natura* w toku egzekucji może napotykać trudności. Wprawdzie możliwość ta nie wynika wprost z ustawy, lecz w doktrynie i orzecnictwie nie budzi żadnych wątpliwości na tle ogólnego art. 353 kc, stanowiącego, że wierzyciel może żądać należnego mu świadczenia, a dłużnik powinien je spełnić³³³. Dlatego zamawiający wierzyciel powinien przede wszystkim domagać się wykonania zobowiązania w naturze, a równowartości pieniężnej świadczenia dochodzić może dopiero w ostateczności³³⁴. Pod wpływem wzorców z konwencji wiedeńskiej³³⁵ zasada ta przeżywa swój renesans w ustawodawstwach krajowych³³⁶. Także europejskie rozwiązania modelowe (art. 9:102 PECL) przyznają wierzycielowi roszczenie o wykonanie zobowiązania w naturze, a tylko wyjątkowo przewidują roszczenie zastępcze (w pieniądzu), zwłaszcza w razie osobistego charakteru świadczenia, niemożliwości świadczenia lub nadmiernych kosztów jego spełnienia³³⁷. Aby zmienić podstawę roszczenia na odszkodowawczą, zwłaszcza w razie zwłoki w realizacji świadczenia, zamawiający wierzyciel musi wykazać upadkiem interesu w żądaniu

³³² Por. zwłaszcza W. Czachórski: Zobowiązania... op. cit., s. 214 i n., T. Dybowski, A. Pyrżyńska: op. cit., s. 175 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 1249, a także wyrok Sądu Najwyższego z 5 stycznia 2011 r. (III CSK 119/10), Legalis.

³³³ Por. zwłaszcza J. Dąbrowa: op. cit., s. 717, 719, Z. Radwański: Zobowiązania... op. cit., s. 317, T. Pajor: Roszczenie o spełnienie świadczenia w naturze [w:] Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań, red. E. Gniewek, K. Górską, P. Machnikowski, Wrocław 2010, s. 261 i n. oraz F. Zoll: System prawa prywatnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010, s. 83 i n., a także wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2001 r. (V CKN 1840/00) z glosą K. Zagrobelnego, OSP 2003, Nr 4, s. 50.

³³⁴ Tak J. Dąbrowa: op. cit., s. 717–718, T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 92–95 oraz F. Zoll: op. cit., s.

³³⁵ Por. art. 46 – 47 konwencji wiedeńskiej z 11 kwietnia o międzynarodowej sprzedaży towarów (Dz. U. z 1997 r., Nr 45, poz. 286).

³³⁶ Por. M. Pecyna: Naruszenie zobowiązania w świetle harmonizacji prawa zobowiązań, Studium prawnoporównawcze, Warszawa 2009, s. 294 i n.

³³⁷ Brak w prawie polskim ustawowego katalogu wyłączeń (wyjątków) od zasady naturalnego wykonania zobowiązania jest przedmiotem krytyki. Więcej F. Zoll: op. cit., s. 85–86, który rozważa możliwość odwołania się w drodze analogii do art. 363 § 1 kc przewidującego odstępstwo od restrykcji naturalnej na rzecz odszkodowania pieniężnego, gdyby przywrócenie stanu poprzedniego było niemożliwe albo pociągało dla zobowiązanego nadmierne trudności lub koszty.

świadczenia *in natura*, jeżeli świadczenie utraciło dla niego całkowicie lub w przeważającym stopniu znaczenie (art. 477 § 2 kc). Może też powołać się na właściwy dla zobowiązań z umów wzajemnych art. 491 § 1 kc, dopuszczający (na wypadek zwłoki) wyznaczenie dłużnikowi – wykonawcy odpowiedniego terminu do spełnienia świadczenia z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego jego upływu zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, choć wolno mu po upływie terminu dodatkowego nadal żądać realnego wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Pierwszeństwo roszczenia o wykonanie zobowiązania w naturze sprawia, że dłużnik – wykonawca nie może bez zgody wierzyciela „wykupić się” z ciążących powinności ani wierzyciel nie może mu tego całkiem swobodnie narzucić³³⁸. W zamówieniach publicznych pierwszeństwo roszczenia o wykonanie zobowiązania *in natura* przed innymi roszczeniami (własnymi) nabiera bardziej bezwzględnego charakteru, bynajmniej nie tylko z uwagi na specyficzne przeznaczenie zamawianych świadczeń, lecz także ze względu na ustawowy obowiązek dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu. Zmiana podstawy żądania w kierunku zastępczego zaspokojenia interesu zamawiającego jest dopuszczalna tylko w razie konieczności (osobisty charakter świadczenia), niemożliwości świadczenia, utraty gospodarczego znaczenia świadczenia spełnionego w warunkach przedłużającej się zwłoki³³⁹. Nie wydaje się natomiast, aby jakiegokolwiek transakcje realizacyjne po stronie wykonawcy, a nawet niewspółmiernie wysokie koszty, same przez się mogły dostatecznie usprawiedliwiać odstąpienie przez zamawiającego od dochodzenia realnego spełnienia zamówionego świadczenia. Granicą jest dopiero klauzula *rebus sic stantibus* z art. 357¹ kc, według którego jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby wykonawcy rażącą stratą, czego strony nie mogły przewidzieć przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość (rozmiar) świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Poza tym w niektórych okolicznościach strony same mogą zmodyfikować treść zobowiązania w drodze zmiany postanowień umowy (por. nowy art. 144 ust. 1 Pzp).

Istotną barierę stanowić może jednak egzekucja sądowa, na wypadek zupełnego uchylenia się od wykonania zobowiązania przez wykonawcę, zmierzająca do wymuszenia od dłużnika – wykonawcy, zwłaszcza spełnienia przyrzeczonych usług lub robót budowlanych, ponieważ egzekwowanie wydania określonych rzeczy jest stosunkowo proste (art. 1041–1046 kpc). Jeżeli w samym tytule egzekucyjnym nie postanowiono, że w razie niewykonania przez dłużnika w wyznaczonym terminie czynności, którą może wykonać także inna osoba, wierzyciel będzie umocowany do wykonania tej czynności na koszt dłużnika – sąd wezwie dłużnika do jej wykonania w wyznaczonym terminie, a po bezskutecznym upływie tego terminu udzieli zamawiającemu – wierzycielowi umocowania do wykonania czynności na koszt dłużnika; na żądanie sąd przyzna mu też sumę potrzebną do wykonania czynności (art. 1049 kpc)³⁴⁰. Jeśli natomiast dłużnik – wykonawca ma wykonać czynność, której inna osoba wykonać za niego nie może, a której wykonanie zależy wyłącznie od jego woli (np. usług

³³⁸ Tak właśnie T. Pajor: Roszczenie...op. cit., s. 261–261

³³⁹ Można jedynie ubolewać z braku ustawowej regulacji tej kwestii, porównywalnej z obowiązkiem dochodzenia roszczeń pieniężnych.

³⁴⁰ Więcej K. Flaga-Gieruszyńska [w:] Kodeks postępowania cywilnego – Komentarz, red. A. Zieliński, Warszawa 2012, s. 1580–1581, wraz z powołanym tam orzecnictwem.

gi intelektualne lub artystyczne), sąd wyznaczy dłużnikowi stosowny termin do wykonania i zagrozi mu grzywną na wypadek uchylenia się od tej powinności, a potem ewentualnie nałoży zapowiedzianą grzywnę i wyznaczy nowy termin z zagrożeniem surowszą grzywną (art. 1050 kpc)³⁴¹. Zamiast zagrożenia grzywną sąd może – stosownie do nowego art. 1050¹ kpc – zagrozić dłużnikowi nakazaniem zapłaty na rzecz zamawiającego – wierzyciela określonej sumy pieniężnej za każdy dzień zwłoki w wykonaniu nakazanej czynności, niezależnie od roszczeń przysługujących wierzycielowi na zasadach ogólnych. Jak łatwo zauważyć egzekwowanie przymusowego spełnienia świadczenia *in natura* ma praktyczny sens dopóty, dopóki utrzymuje się rzeczywista potrzeba tego świadczenia. W zakresie jednak zadań publicznych większość potrzeb ma charakter terminowy, a niektóre z nich nawet przemijają. Dlatego zamawiający jest często zmuszony w ogóle odstąpić od umowy i bez oglądania się na spełnienie świadczenia przez niewiarygodnego wykonawcę – udzielić nowego zamówienia innemu wykonawcy.

Wskazany w art. 354 § 1 kc katalog kryteriów wykonania zamówienia jest otwarty, choć w zasadzie tylko samym stronom wolno poszerzyć jego zakres. Dodatkowe kryteria mogą jednak wynikać z przepisów szczególnych. Do najczęściej spotykanych w zamówieniach publicznych należy przypadek zastrzeżenia w umowie szczególnego przeznaczenia przedmiotu zamówienia, odbiegającego choćby częściowo od zwykłego jego przeznaczenia, właściwego dla standardowego celu społeczno-gospodarczego typowego zamówienia. Z kolei przepisy art. 30–31 Pzp odsyłają do norm technicznych, aprobat technicznych, czy nawet oznakowania, z którymi łączą się szczególne wymagania dodatkowe rzutujące na sposób realizacji zobowiązania, nie wspominając o rozmaitych przepisach technicznych, które na ogół wprost imperatywnie kształtują wymagania, zwłaszcza świadczeń usługowych lub robót budowlanych. Zgodnie z art. 56 kc bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa kształtują jednak bezpośrednio treść zobowiązania. Pośród kryteriów z art. 354 § 1 kc podstawowe znaczenie ma treść zobowiązania, pozostałym, wskazanymi tam czynnikom nadano jedynie wymiar uzupełniający, powinny być uwzględniane tylko przy ocenie sposobu wykonania zobowiązania. Treści zobowiązania nie można podważać powołując się na odmienny zwyczaj, czy nawet typowy cel zobowiązania³⁴². Podobnie w razie rozbieżności pomiędzy normą dyspozytywną a zwyczajem, dłużnik powinien kierować się normą prawną, a nie zwyczajem. Dodatkowe kryteria pozwalają zapobiegać (szczęśliwie wyjątkowym) sytuacjom, w których spełnienie przez dłużnika świadczenia w sposób formalnie zgodny z treścią zobowiązania nie zaspokajałoby w rzeczywistości uzgodnionego interesu wierzyciela³⁴³. Te uzupełniające kryteria precyzują więc dodatkowo granice powinnoego zachowania dłużnika – wykonawcy, podobnie jak w obcych porządkach prawnych, odwołujących się co najmniej do zasad „dobrej wiary” lub do „rozsądnych oczekiwań wierzyciela” (por. np. art. 1134 k.fr. oraz § 242 k. niem.). W zakresie w jakim treść zobowiązania jest kształtowana bezpośrednio przez postanowienia umowy zasada realnego wykonania zobowiązania zbliża się do zasady *pacta sunt servanda*, którą operuje się w praktyce w celu wskazania na konieczność dotrzymania jedynie warunków umowy.

³⁴¹ Tamże, s. 1582–1583.

³⁴² Tak zwłaszcza F. Błahuta: op. cit., s. 849, M. Safjan [i:] Kodeks cywilny, Komentarz, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 88 i n. oraz P. Machnikowski [w:] Kodeks cywilny, Komentarz, red. E. Gniewek, Warszawa 2014, s. 607.

³⁴³ Tak J. Dąbrowa: op. cit., s. 723. Por. też T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 122 i n.

Hierarchia czynników kształtujących treść zobowiązania przedstawia się następująco:

- wola stron wyrażona w umowie,
- przepisy obowiązujące bezwzględnie (nie dopuszczające odmienną woli stron),
- przepisy dyspozytywne (uzupełniające wolę stron),
- okoliczności towarzyszące umowie, zwłaszcza społeczno-gospodarczy cel umowy i przeznaczenie zamawianego przedmiotu, zasady współżycia społecznego,
- wzorce umowne, normy techniczne i inne normatywy,
- ustalone zwyczaje,
- pozostałe czynniki.

Konieczność poszanowania celu społeczno-gospodarczego zobowiązania narzuca konieczność uwzględnienia stopnia zaspokojenia potrzeb zamawiającego – wierzyciela. Dlatego dłużnik – wykonawca realizując zobowiązanie ciągle musi mieć na uwadze interes (korzyści) wierzyciela. Na dodatek w doniesieniu do zamówień publicznych często liczą się korzyści zbiorowe, które powinny być prawidłowo identyfikowane. Jednakowo doniosłe są tu powinności główne wykonawcy, jak i uboczne, a nawet akcesoryjne³⁴⁴. W zakresie usług i robót budowlanych liczba powinności akcesoryjnych (pomijanych niekiedy w umowie, a wynikających wprost z celu zobowiązania ujawnionego wykonawcy) ciągle rośnie, nie tylko na tle rozmaitych zagrożeń, lecz także wraz ze wzrostem postępu i jakości życia ludności. Przykładowo obecnie kwestią oczywistą jest, że wykonawca powinien zapewnić dostateczne bezpieczeństwo świadczeń zdrowotnych, imprez kulturalnych, imprez sportowych, usług transportowych, świadczeń rekreacyjno-turystycznych itd. W pierwszej kolejności liczy się cel indywidualny związany z zadaniami zamawiającego, który bynajmniej nie musi być wskazywany wprost w umowie, wystarczy, że wynika z okoliczności towarzyszących transakcji, np. z właściwości próbki przedmiotu, do której odesłano w umowie. Dopiero w braku możliwości dostatecznej konkretyzacji celu indywidualnego liczy się zwykły cel, charakterystyczny dla danego typu transakcji³⁴⁵. Jeśli zaś celów, a raczej funkcji spełnianych przez przedmiot umowy, jest kilka – zakłada się, że wszystkie powinny być spełnione³⁴⁶. W razie naruszenia celu zobowiązania, w tym wynikającego z okoliczności lub przeznaczenia przedmiotu zamówienia, świadczenie uważa się za wadliwe w rozumieniu przepisów o rękojmi (por. art. 556¹ § kc).

Przez zasady współżycia społecznego (uczciwego obrotu lub dobrej wiary) rozumie się normy moralne wytworzone samoistnie w obrocie gospodarczym, w związku z wykonywaniem zobowiązań (uczciwość, sumienność, lojalność itd.), powszechnie akceptowane, przestrzegane i oczekiwane przez kontrahentów³⁴⁷. Uzupełniają dyspozycje normatywne. Stąd budzą zaufanie, a ich łamanie naraża dłużnika na odpowiedzialność kontraktową.

Z kolei pod pojęciem zwyczaju rozumie się przyjętą w określonych stosunkach (np. związanych ze świadczeniami usług lub robót budowlanych) praktykę powtarzalnego zachowania

³⁴⁴ Więcej T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 122 i n.

³⁴⁵ Por. zwłaszcza M. Safjan: op. cit., s. 928, P. Machnikowski: op. cit., s. 606–607 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 12501251, a także uchwałę Sądu Najwyższego z 21 czerwca 1992 r. (III CZP 78/92), OSNC 1992, Nr 12, poz. 228 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 19 lipca 2000 r. (II CKN 313/00), niepublikowany oraz z 4 października 2001 r. (I CKN 328/99), Legalis.

³⁴⁶ Por. Cz. Żuławska: Zabezpieczenie... op. cit., s. 54 i n., M. Jagielska [w:] Konwencja wiedeńska o międzynarodowej sprzedaży towarów, red. M. Pazdan, Kraków 2001, s. 388 oraz Jezioro [w:] Kodeks cywilny, Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2014, s. 1122.

³⁴⁷ Por. zwłaszcza M. Safjan: op. cit., s. 929 i n. oraz M. Gutowski: op. cit., s. 1251–1252.

się, zwłaszcza co do technologii świadczenia, sposobu współdziałania stron lub sposobu odbioru przedmiotu zamówienia³⁴⁸. Utrwalony i powszechnie akceptowany zwyczaj też musi być przestrzegany przez dłużnika, tym bardziej że druga strona ufając – liczy na takie właśnie zachowanie, pod warunkiem jednak, że przepis odwołuje się do zwyczaju (por. np. art. 56, art. 65, art. 354 kc). W razie wątpliwości co do istnienia lub treści zwyczaju ciężar udowodnienia tego przed sądem spoczywa na stronie, która wywodzi z niego korzystne dla siebie skutki prawne (art. 6 kc)³⁴⁹.

Zaostrzenie zasady realnego wykonania zamówienia publicznego wynika z unormowania art. 144 ust. 1 Pzp, wprowadzającego generalny zakaz zmiany umowy o zamówienie publiczne, z wyjątkiem przypadków enumeratywnie wyliczonych. To samo dotyczy zakazu przedwczesnego rozwiązywania umów o zamówienie publiczne, zwłaszcza w drodze jej jednostronnego wypowiedzenia. Liczą się wyłącznie podstawy ustawowo określone. Zamówienia udziela się bowiem w celu całkowitego spełnienia świadczenia. Dlatego stronom nie wolno zastrzegać w umowie prawa do jej rozwiązania w drodze wypowiedzenia, nawet na rzecz zamawiającego. Szczególny przypadek dotyczy usług świadczonych na podstawie umowy o dzieło, a także robót budowlanych, przewidziany w art. 635 kc, a mianowicie jeśli wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem (kontynuacją) dzieła lub robót tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w umówionym terminie, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed nadejściem terminu do spełnienia świadczenia. Na gruncie stosunków obrotu powszechnego przepis ten jest krytykowany jako zbyt surowy, pozbawiający dłużnika szansy na „wyjście z zaniebdania”³⁵⁰. W zamówieniach publicznych jednak spóźnienie w spełnieniu świadczenia pociąga często o wiele większe reperkusje niż w obrocie powszechnym. Natychmiastowe rozwiązanie umowy stwarza zamawiającemu możliwość powierzenia niefortunnego zamówienia innemu, bardziej wiarygodnemu wykonawcy, co może mieć istotne znaczenie, zwłaszcza w odniesieniu do pracochłonnych usług lub robót budowlanych. Dalsze zaostrzenie analizowanej zasady następuje w związku z obciążającą zamawiającego publicznoprawną powinnością dochodzenia roszczeń, która łączy się także z podwyższonymi standardami nadzoru nad realizacją kontraktu, poddaniem wykonania zamówienia kontroli zarządczej, a także wymogiem zachowania szczególnej staranności przy odbiorze zamówionego świadczenia oraz kontrolą podstaw zapłaty należności na rzecz wykonawcy.

Obowiązek współdziałania zamawiającego – wierzyciela przy realizacji zobowiązania przez wykonawcę – dłużnika został podniesiony z mocy art. 354 § 2 kc do rangi dodatkowego obowiązku ustawowego³⁵¹, funkcjonującego obok podstawowego obowiązku zamawiającego w postaci zapłaty za wykonane zamówienie. Stanowi istotny czynnik stymulujący realne wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Bez współdziałania ze strony wierzyciela prawidłowe wywiązanie się dłużnika ze zobowiązania byłoby często niemożliwe lub poważnie utrudnione. Chodzi bowiem o dochowanie ogólnej lojalności, współpracy i szeroko pojętej kooperatywności wobec dłużnika – wykonawcy, zorientowanej na ułatwienie spełnienia przyrzeczonego

³⁴⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 8 sierpnia 2008 r. (V CSK 87/08), OSNC 2009, Nr 13, poz. 57.

³⁴⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 15 października 1999 r. (III KKN 366/98) OSNC 2000, Nr 4, poz. 74.

³⁵⁰ Por. zwłaszcza F. Zoll: op. cit., s. 90–91.

³⁵¹ Por. J. Dąbrowa: op. cit., s. 725, powołująca się na pogląd W. Warkała: Ogólne zasady wykonywania zobowiązań, „Studia Prawnicze” 1973, Nr 37, s. 54, a także F. Błahuta: op. cit., s. 849 oraz P. Machnikowski: op. cit., s. 607.

świadczenia. Właściwie liczą się tu te same kryteria, które dotyczą dłużnika, a zatem współdziałanie wierzyciela powinno być podjęte adekwatnie do treści tego obowiązku w sposób odpowiadający jego celowi oraz zasadom współzycia społecznego i ewentualnym zwyczajom. Treść współdziałania ma wymiar indywidualny, zależy przede wszystkim od charakteru i właściwości świadczenia³⁵². Może być skonkretyzowana z góry w umowie, często jednak zależy od okoliczności lub nawet bieżących uzgodnień między stronami. Na ogół bowiem wymaga działania czynnego ze strony wierzyciela, a najtrudniejszą kwestią bywa nie tyle ustalenie tego co ma konkretnie wykonać wierzyciel, ile doprowadzenie do właściwej korelacji zachowania wierzyciela z potrzebami realizacyjnymi dłużnika. Dlatego doniosłe znaczenie praktyczne ma wzajemne informowanie się stron. W zamówieniach publicznych, z uwagi na zaawansowaną specyfikę, co najmniej pożądane jest umowne dookreślenie powszechnie przyjętego dla danego typu transakcji sposobu współdziałania zamawiającego z wykonawcą³⁵³, z wyłączeniem tzw. jednostronnego odbioru przedmiotu zamówienia. Obowiązek współdziałania przy niektórych usługach lub robotach budowlanych jest tak rozległy, że w praktyce wyznacza się też stałych przedstawicieli strony umocowanych do wzajemnych kontaktów i uzgodnień w toku realizacji umowy. Obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem aktualizuje się już w czasie pierwszych czynności przygotowawczych i trwa aż do odbioru przedmiotu zamówienia. Przykładowo w zakresie zamówienia na roboty budowlane obejmuje on przede wszystkim przekazanie wykonawcy placu budowy oraz dokumentacji budowlanej, udostępnienie zaplecza magazynowego, umożliwienie ewentualnego dostępu do wody i elektryczności, udzielenie niezbędnych wskazówek i wyjaśnień, wydanie uzgodnionych materiałów, współuczestniczenie w odbiorach częściowych robót, a po zrealizowaniu zamówienia – w odbiorze końcowym. W każdym przypadku zamawiający jest obowiązany do bieżącej kooperatywności wobec dłużnika, a zwłaszcza do udzielania mu wszelkich potrzebnych wskazówek i informacji³⁵⁴, a w razie potrzeby także do usunięcia przeszkód realizacyjnych mieszczącego się w możliwościach wierzyciela³⁵⁵, bezwłocznego uzgodnienia tzw. nieistotnych odstępstw od dokumentacji budowlanej³⁵⁶ itd. Ustawa nie przewiduje bezpośredniej sankcji o charakterze ogólnym na wypadek zaniedbania powinności współdziałania przez wierzyciela. Jedynie w przypadkach szczególnych uciążliwych, czy też w razie zuchwałego pogwałcenia wymogu współdziałania, zwanego zwłoką wierzyciela, ustawa upoważnia dłużnika do żądania odszkodowania lub złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego (art. 486 kc). Jest to kwalifikowany brak współdziałania³⁵⁷. Wierzyciel dopuszcza się zwłoki, gdy bez uzasadnionego powodu uchyla się od przyjęcia zaoferowanego świadczenia bądź odmawia dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione, bądź oświadcza dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie. Jest to oczywiście odpowiedzialność na zasadzie winy i nie obejmuje zwłaszcza sytuacji, gdy

³⁵² Por. wyroki Sądu Najwyższego z 25 lutego 2010 r. (V CSK 297/09), Legalis, z 6 lutego 2013 r. (V CSK 162/12), Legalis oraz z 12 maja 2004 r. (III CK 37/03), Legalis.

³⁵³ Por. P. Machnikowski: op. cit., s. 607 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 1253.

³⁵⁴ Tak J. Dąbrowa: op. cit., s. 726.

³⁵⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r. (III KKN 629/98), OSNC 2000, Nr 9, poz. 173 z omówieniem W. Robaczyńskiego PS 2003, Nr 4, s. 137 i n.

³⁵⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 24 maja 2012 r. (V CSK 260/11), Legalis.

³⁵⁷ Por. M. Gawrysiak: Wina jako przesłanka zwłoki wierzyciela, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1979, Nr 1, s. 48 i n, a także J. Dąbrowa: op. cit., s. 840 oraz Z. Radwański: Zobowiązania: op. cit., s. 281.

powstrzymanie się z odbiorem zaofiarowanego świadczenia wynika z przyczyn po stronie wykonawcy – dłużnika, np. z powodu braków ilościowych lub wadliwości przedmiotu zamówienia. Na ogół zaniedbanie współdziałania przez wierzyciela dotyczy wcześniejszej fazy realizacji zobowiązania i ma jedynie taki skutek, że gdy przyczyni się ono do opóźnienia w spełnianiu świadczenia lub do innych trudności (szkód) realizacyjnych – dłużnik nie poniesie w związku z tym żadnej odpowiedzialności. Większe reperkusje mogą jednak dotyczyć świadczenia usług lub robót budowlanych. Dlatego jeżeli do wykonania dzieła lub robót budowlanych potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, wykonawca może w oparciu o art. 640 kc wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin, z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy³⁵⁸. Na zamawiającym ciąży wówczas obowiązek zapłacenia wynagrodzenia, mimo niewykonania dzieła lub robót³⁵⁹. Podobnie w ramach zlecenia lub świadczenia usług na warunkach zlecenia wzrasta znaczenie współdziałania zamawiającego, zwłaszcza w odniesieniu do sposobu wykonywania zobowiązania. W świetle powyższego w zamówieniach publicznych wymagających większej stabilizacji i wzmocnienia zasady realnego wykonania zamówienia nasuwa się potrzeba szerszego operowania karami umownymi, wymierzanymi niesumienne- mu zamawiającemu w celu zdyscyplinowania współdziałania z wykonawcą, tak aby uprawnienie do wypowiedzenia umowy przez zawiedzionego wykonawcę pozostawało na dalszym planie, jako środek ostateczny.

Także wykonawca jako wierzyciel w zakresie zapłaty należnego mu wynagrodzenia powinien współdziałać z zamawiającym – dłużnikiem, zwłaszcza w przyjęciu zapłaty. Powinien informować zamawiającego o okolicznościach rzutujących na wymagalność roszczenia o zapłatę, a także o ewentualnej zmianie rachunku bankowego. Najczęściej jednak oznaczenie rachunku oraz terminu i sposobu zapłaty słusznie kwalifikuje się jako okoliczności podmiotowo doniosłe, stąd trafiają do postanowień umowy. Ich modyfikacja wymaga zatem zmiany umowy w formie pisemnej lub dokumentowej.

Doniosłą praktycznie kwestią jest kwalifikacja tzw. nieistotnego odstępstwa od uzgodnionych parametrów przedmiotu zamówienia, zwłaszcza od dyspozycji zawartych w projekcie budowlanym. W tym ostatnim przypadku ustawową definicję „nieistotnego odstępstwa” zawiera art. 36 ust. 5 p. bud., z uwagi na wyłączenie konieczności zmiany pozwolenia na budowę³⁶⁰. Od razu trzeba zastrzec, że powyższego nieistotnego odstępstwa, jako nienaruszającego tożsamości przedmiotu zamówienia, nie można mylić z zakazaną na gruncie zamówień publicznych zmianą świadczenia w ramach *datio in solutum* z art. 453 kc, polegającą na spełnieniu przez wykonawcę za zgodą zamawiającego innego (zastępczego) świadczenia. Problem sprowadza się natomiast do tego, czy dla „nieistotnego odstępstwa” od uprzednio ustalonych właściwości świadczenia (projekt budowlany stanowi część składową umowy) konieczna jest zmiana postanowień umowy, czy też wystarczy zwykłe uzgodnienie realizacyjne lub nawet zwyczajna akceptacja przedmiotu przy odbiorze, w szczególności,

³⁵⁸ Więcej o tym P. Drapała: Kodeks cywilny, Komentarz, t. III/2, Zobowiązania, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 272 i n.

³⁵⁹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 7 lipca 1999 r. (II KKN 426/98), OSNC 2000, Nr 2, poz. 32 z aprobowanymi glosami W. Kubiak „Radca Prawny” 2000, Nr 5, s. 146 i n., J. Naworskiego, PPH 2001, Nr 5, s. 45 oraz W. Robaczyńskiego PS RP2002, Nr 2, s. 46 i n. Por. ponadto także P. Drapała: Kodeks... op. cit., s. 275.

³⁶⁰ Wystarczy opinia projektanta ze wskazaniem rozwiązania alternatywnego bezpośrednio w projekcie.

gdy odstępowo prowadzi do polepszenia właściwości zamawianego przedmiotu, a nawet niekiedy do usunięcia kolizji względem potrzeb zamawiającego bez zmiany (podwyższenia) wynagrodzenia w ramach tradycyjnie pojętego rozwiązania zamiennego. W praktyce bowiem niekiedy trudno wyegzekwować sformalizowane zmiany umowy, zwłaszcza w przypadku większych robót budowlanych, w trakcie których „odstępstwa” praktykowane są wielokrotnie. Na ogół formalizuje się tylko takie „nieistotne odstępowa”, które rzutują na podwyżkę albo obniżkę należnego wykonawcy ekwiwalentu pieniężnego. Pomimo tych szczególnych okoliczności, nie wydaje się jednak, aby odstępowo od właściwości przedmiotu, objętych – skądinąd – formą pisemną umowy, można było zalegalizować *per facta concludentia*. Postulować należałoby natomiast zastosowanie choćby tzw. formy dokumentowej, do której przynależy przecież coraz mniej kłopotliwa forma elektroniczna z podpisem kwalifikowanym.

Powinność przyjęcia przez zamawiającego świadczenia częściowego umacnia wymóg realnego wykonania zamówienia, gdy świadczenie jest podzielne w ujęciu art. 379 § 2 kc. Nastręcza jednak trudności, gdy przyjęcie świadczenia częściowego mogłoby naruszać uzasadniony interes zamawiającego, zezwalając na odmowę przyjęcia (art. 450 kc). W pierwszej kolejności trzeba zgodzić się z poglądem, że dłużnik jest uprawniony do świadczenia częściowego, jeszcze przed nadejściem terminu jego spełnienia (wymagalnością), jeśli termin ten zastrzeżono na jego korzyść³⁶¹. Po drugie świadczenie częściowe naruszy interes zamawiającego, gdy okaże się nieprzydatne z gospodarczego punktu widzenia, albo narazi go na znaczne trudności bądź na szkodę, np. gdy wykonawca dostarcza jedynie materiałów niezbędnych do realizacji zamówionych usług lub robót albo niektóre tylko elementy urządzenia³⁶². W razie bezpodstawnego uchylenia się od przyjęcia świadczenia częściowego zamawiający naraża się na odpowiedzialność odszkodowawczą. W razie sporu – na nim spoczywa ciężar dowodu w zakresie okoliczności usprawiedliwiających. Szczególne rozwiązanie zawiera art. 654 kc dotyczący umowy o roboty budowlane, według którego w braku odmiennego postanowienia umowy zamawiający obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia. Stanowi on *lex specialis* względem art. 450 kc. Dodatkowy jego cel łączy się z ochroną interesów wykonawców większych robót, zmuszonych do ponoszenia znacznych kosztów realizacyjnych, które powinny być rekompensowane im na bieżąco przez zamawiających, w drodze płatności częściowych. Dyspozytywny charakter przepisu art. 654 kc umożliwia stronom całkowite wyłączenie odbiorów częściowych albo bardziej racjonalny podział przedmiotu zamówienia budowlanego (umowy) na części, w postaci tzw. etapów, dogodnych z punktu widzenia interesów zamawiającego. Wprawdzie przedmiotem odbioru częściowego w rozumieniu art. 654 kc mogą być tylko roboty ukończone, a nie prace w toku realizacji, lecz w praktyce ich liczba może być znaczna, pociągając nadmiernie częstotliwe odbiory. Na dodatek kwestia robót „nadaających się do odbioru częściowego” stanowi niekiedy źródło niepotrzebnych sporów. Dlatego kwestia ta powinna być rozstrzygnięta każdorazowo pozytywnie w umowie.

³⁶¹ Tak zwłaszcza A. Janiak: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 22 marca 2001 r. (V CKN 769/00) powołanego w A. Janiak: Kodeks cywilny, Komentarz, t. II (art. 450–1088), red. M. Gutowski, s. 6 oraz K. Zagrobelny: Kodeks cywilny, Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 916.

³⁶² Por. T. Wiśniewski: op. cit., s. 855 oraz A. Janiak: op. cit., s. 6.

Wykluczająco wobec wymogu realnego wykonania zamówienia działa niemożliwość świadczenia. Wyróżnia się tzw. niemożliwość pierwotną oraz następczą. Pierwsza zdarza się sporadycznie, raczej poza sferą zamówień publicznych, przy których zawczasu weryfikuje się przecież zdolności wykonawcy do realnego wykonania zamówienia, natomiast druga jest bardziej prawdopodobna. Według art. 387 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Chodzi tu o niemożliwość obiektywną (nikt świadczenia nie jest w stanie spełnić), pierwotną (istniejącą już w chwili zawarcia umowy) oraz trwałą (nieprzemijającą). Obecnie brak podstaw do uznania za obiektywną gospodarczą niemożliwość świadczenia, zachodzącą wtedy, gdy świadczenie jest wprawdzie możliwe, ale pociągałoby takie koszty, nakłady i starania, jakich nie można wymagać od dłużnika w konkretnej sytuacji³⁶³. Jeśli zatem zobowiązanie zostanie utrzymane (jako ważne) dłużnik naraża się na odpowiedzialność. Strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o obiektywnej niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia. Przeważa pogląd, że sankcja ta stanowi szczególny przypadek odpowiedzialności za *culpa in contrahendo* (naruszenie przedumownego obowiązku lojalności o charakterze deliktowym) w granicach ujemnego interesu umownego³⁶⁴. Drugi rodzaj niemożliwości świadczenia zachodzi po zawarciu umowy. Także i tu liczy się niemożliwość obiektywna i nieprzemijająca³⁶⁵. Wyjątkowo jednak może być subiektywna, gdy dotyczy świadczenia o charakterze osobistym³⁶⁶. Stosownie do art. 475 § 1 kc, jeżeli świadczenie stało się niemożliwe (następco) skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa (tzw. niezawiniona niemożliwość świadczenia). W przeciwnym wypadku wykonawca – dłużnik odpowiada na zasadach ogólnych (art. 471 kc) za niewykonanie zobowiązania spowodowane niemożliwością zaistniałą z przyczyn po jego stronie. W razie częściowej niemożliwości świadczenia, zobowiązanie wygasa w części. Pojęcie tzw. niemożliwości gospodarczej odpada, analogicznie jak na gruncie art. 387 kc. W razie trudności w realizacji zobowiązania, zamiast bezpodstawnego powoływania się na niemożliwość świadczenia, – wykonawca – dłużnik powinien rozważyć wystąpienie z powództwem do sądu o zmianę umowy lub jej rozwiązanie na podstawie art. 357¹ kc. (zob. dalej). Świadczenia oznaczone rodzajowo z zasady nie są objęte stanem niemożliwości, skoro z natury są zamienne³⁶⁷. Niemożliwość może mieć wymiar prawny, gdy świadczenie wprawdzie fizycznie jest możliwe, lecz z mocy prawa niedopuszczalne³⁶⁸. Skutek wygaśnięcia zobowiązania z powodu niezawinionej niemożliwości następuje *ex nunc*, czyli od chwili, w której świadczenie stało

³⁶³ Por. cz. Żuławska: Komentarz... op. cit., s. 181, P. Machnikowski: Kodeks... op. cit., s. 701 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 79.

³⁶⁴ Por. W. Czachórski: Zobowiązania... op. cit., s. , Z. Radwański: Zobowiązania... op. cit., s. 133 oraz Cz. Żuławska [w:] Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – Zobowiązania, t. 1, Warszawa 2011, s. 182–183, a także uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego z 28 września 1990 r. (III CZP 33/90) OSNC 1991, Nr 1, poz. 3.

³⁶⁵ Więcej B. Lewaszewicz-Petrykowska: Niemożliwość świadczenia następcza, Studia Prawno Ekonomiczne 1970, t. IV, s. 80 i n., J. Dąbrowa: op. cit., s. 799 i n., K. Zagrobelny [w:] Kodeks cywilny, Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2014, s. 953 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 76–80.

³⁶⁶ Por. W. Popiołek: Komentarz... op. cit., s. 55 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 77 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

³⁶⁷ Tamże.

³⁶⁸ Więcej M. Gutowski: op. cit., s. 78 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

się niemożliwe³⁶⁹. W odniesieniu do umów wzajemnych dodatkowe zastosowanie znajduje art. 495 kc, stanowiący, że jeżeli jedno ze świadczeń wzajemnych stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi, strona która miała to świadczenie spełnić, nie może żądać świadczenia wzajemnego, a w wypadku gdy je już otrzymała, obowiązana jest do zwrotu według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Jest to prosta konsekwencja wygaśnięcia zobowiązania jednej ze stron, powodującego upadek wzajemności. Jeśli jednak świadczenie jednej ze stron stało się niemożliwe tylko częściowo, druga strona traci prawo do odpowiedniej części świadczenia wzajemnego. Jednakże może ona od umowy odstąpić, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia, ze względu na właściwości zobowiązania albo cel umowy. Zasadniczo ciężar dowodu, że świadczenie stało się niemożliwe obciąża wykonawcę – dłużnika, zwłaszcza wykazanie, że przyczyną niemożliwości były okoliczności, za które nie odpowiada.

4. Klauzula *rebus sic stantibus*

Wyjątkiem od tradycyjnej zasady *pacta sunt servanda* jest prawo strony do wytoczenia powództwa o zmianę lub rozwiązanie umowy, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby dłużnikowi rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy (art. 357¹ kc). Możliwość ta polega na uwzględnieniu zmieniających się warunków obrotu w okresie realizacji zobowiązania w oparciu o domniemaną klauzulę *rebus sic stantibus*, towarzyszącą każdej umowie z mocy prawa³⁷⁰, w celu niezbędnego dostosowania zobowiązania do zmieniających się okoliczności. Poddana została jurysdykcji sądowej (prawa sędziowskiemu), z uwagi na swój wyjątkowy charakter. Pomimo surowego wymogu realnego wykonania zamówienia publicznego, dopuszczalność powołania się na powyższą klauzulę, zwłaszcza przez wykonawcę, zarówno w okresie przedwojennym, jak i po reaktywowaniu mechanizmów rynkowych w 1990 r., nie była kwestionowana. Obecnie, w związku z poszerzeniem w wyniku ostatniej nowelizacji art. 144 Pzp ustalonego katalogu możliwych zmian w umowie o zamówienie publiczne, potencjalny zakres praktycznego zastosowania art. 357¹ kc uległ nieco zawężeniu, jednak ciągle pozostaje on aktualny na wypadek nadzwyczajnej zmiany stosunków, spowodowanej gwałtownymi wahaniami pomiędzy popytem a podażą, obciążeniami podatkowymi lub celnymi, warunkami importu deficytowych dóbr itd. Potocznie art. 357¹ kc łączy się z ochroną interesów strony dotkniętej nadzwyczajną zmianą stosunków. Na przepis ten może więc powołać się nie tylko wykonawca, lecz także zamawiający, jako dłużnik świadczenia pieniężnego, w obawie przed stratą spowodowaną ewentualnym spadkiem wartości przedmiotu zamówienia lub siły nabywczej pieniądza. Wprawdzie w tym drugim przypadku pierwszeństwo ma instrument z art. 358¹ kc (tzw. mała klauzula *rebus sic stantibus*), umożliwiający sądową korektę wysokości

³⁶⁹ Tamże s. 78–79.

³⁷⁰ Już średniowieczni glossatorowie uznali wpływ zmiany stosunków na zobowiązania, zakładając, że w każdej umowie tkwi milcząco klauzula *rebus sic stantibus*, której towarzyszy zastrzeżenie, że gdy stan rzeczy ulegnie zmianie – umowa może być zmieniona lub rozwiązana przez sąd. Więcej R. Longchamps de Berier: op. cit., s. 415–417, a także A. Szumański: Renegocjacja umów... op. cit., s. 230 i n., W. Robaczyński: Sądowa zmiana umowy, Warszawa 1998, s. 13 i n. oraz A. Brzozowski: Wpływ okoliczności na zobowiązanie, Klauzula *rebus sic stantibus*, Warszawa 2014, s. 4 i n.

świadczenia pieniężnego, lecz szczegółowe przesłanki zastosowania obu przepisów są zróżnicowane. Poza tym z powodztwem o sądową korektę wysokości świadczenia pieniężnego nie może wystąpić strona prowadząca przedsiębiorstwo. Dominuje pogląd o dyspozytywnym charakterze art. 357¹ kc³⁷¹. Względny charakter unormowania z jednej strony pozwala kontrahentom w ogóle wyłączyć zastosowanie *in casu* analizowanej klauzuli (w zamówieniach publicznych większej wartości znaczne ryzyko sprzeciwia się takiemu wyłączeniu), z drugiej zaś strony sami kontrahenci mogą wprowadzać do umowy swoiste klauzule adaptacyjne o charakterze warunkowym. Jednakże w zakresie w jakim art. 357¹ kc znajduje zastosowanie w odniesieniu do konkretnej umowy o zamówienie publiczne, wyłącznie sąd, a nie strony, legitymowany jest do dokonania korekty zobowiązania, według dyspozycji w nim zawartej. Wykładnia przeciwna naruszałaby bowiem nie tylko powagę prawa sędziowskiego, lecz prowadziłaby także do obejścia art. 144 ust. 1 Pzp, ustalającego zamknięty katalog podstaw zmiany umowy przez same strony. Funkcję *lex specialis* w stosunku do art. 357¹ kc pełni przepis art. 632 § 2 kc, zezwalający na żądanie podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, które ma charakter sztywny i z zasady wykonawca nie może domagać się jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zupełnie inaczej ustawodawca rozstrzygnął przypadek szczególnie niezbędnej korekty treści zlecenia lub zobowiązania realizowanego na warunkach zlecenia w ramach art. 737 kc. Jednakże w świetle art. 632 § 2 kc, jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła lub robót budowlanych groziłoby wykonawcy rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Jak łatwo zauważyć, przesłanki żądania korekty są tu nieco uproszczone i może ona dotyczyć wyłącznie podwyżki ryczałtu na żądanie wykonawcy³⁷².

Przesłanki żądania sądowej korekty zobowiązania wynikają wprost z art. 357¹ kc, a mianowicie jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w razie potrzeby orzec o rozliczeniach stron kierując się powyższymi zasadami.

Liczą się zatem cztery przesłanki:

- nadzwyczajna zmiana stosunków,
- nadmierne trudności realizacyjne albo groźba rażącej straty,
- związek przyczynowy pomiędzy pierwszą i drugą z tych okoliczności,
- brak przewidzenia przez strony wpływu nadzwyczajnej zmiany stosunków na spełnienie świadczenia.

Odmienne niż w art. 269 poprzednio obowiązującego kodeksu zobowiązań, w art. 357¹ kc nie podano nawet przykładowego wyliczenia nadzwyczajnych okoliczności (wojna, zaraza, nieurodzaj i inne klęski żywiołowe), różnica ma jednak wyłącznie wymiar redakcyjny, zapobiegając zwłaszcza zawężającej wykładni tego przepisu. Liczą się tu dwa aspekty. Po pierwsze, istotne jest, aby zmiana dotknęła stosunków społeczno – gospodarczych (otoczenie), a nie warunków

³⁷¹ Tak zwłaszcza T. Wiśniewski: [w:] Kodeks... op. cit., s. 52–53, P. Machnikowski: Kodeks... op. cit., s. 615, A. Brzozowski: Wpływ... op. cit., s. 118–119, a także wyrok Sądu Najwyższego z 18 września (V CSK 436/12), Legalis.

³⁷² Więcej K. Kołakowski: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 2, Warszawa 2011, s. 584 i n. oraz P. Drapała: Kodeks cywilny ... op. cit., s. 682 i n., wraz z powołanym tam orzecnictwem.

realizacji indywidualnej umowy, ani tym bardziej sytuacji samego wykonawcy (np. pożar zakładu), czyli aby nabrała znaczenia powszechnego (zewnętrznego). Po drugie, zmiana stosunków powinna mieć charakter nadzwyczajny, wyjątkowy, niespotykany w normalnych okolicznościach. W szczególności wskazuje się na klęski żywiołowe, katastrofy, działania zbrojne lub akty terrorystyczne, a także na gwałtowne załamanie sytuacji gospodarczej, hiperinflację, czy radykalny wzrost bezrobocia³⁷³, a nawet na nieoczekiwany wzrost popytu na określone dobra (np. materiały budowlane), pociągający spadek ich dostępności i gwałtowny wzrost cen³⁷⁴. Do nadzwyczajnych okoliczności zaliczono ponadto zaskakujące zmiany prawne, wpływające istotnie na stosunki kontraktowe, zwłaszcza na wzrost obciążeń podatkowych lub celnych³⁷⁵, a nawet podwyżkę minimalnego wynagrodzenia za pracę³⁷⁶. Dodatkowym elementem jest trwałość zmiany, który nie pozwala powoływać się skutecznie na krótkotrwałe i przemijające wahania koniunktury gospodarczej lub przypadkowe zakłócenia na rynku. W pojęciu nadzwyczajnej zmiany stosunków nie mieszczą się rozmaite przypadki objęte zwykłym ryzykiem kontraktowym, z którym powinien liczyć się, zwłaszcza rozsądnie postępujący wykonawca, jak np. zmiana kursów walut, przeszkoda w uzyskaniu kredytu obrotowego, czy ogłoszenie upadłości³⁷⁷. Z kolei nadmierne trudności przy realizacji zamówienia także dotyczą wyłącznie wykonawcy – dłużnika, np. łączące się z zagrożeniem życia lub zdrowia ludzkiego bądź z koniecznością odstąpienia od zasad racjonalnej gospodarki lub z potrzebą znacznych nakładów. Od nadmiernych trudności odróżnić trzeba jednak następczą niemożliwość świadczenia pociągającą wygaśnięcie zobowiązania *ex lege* (art. 475 § 2 kc). Pojęcie groźby rażącej straty odnosić należy zaś bezpośrednio do sytuacji ekonomicznej wykonawcy dłużnika (choć może też dotyczyć zamawiającego – wierzyciela), który w wyniku spełnienia świadczenia niewątpliwie poniósłby dotkliwy uszczerbek majątkowy. W orzecnictwie podkreśla się, że rażąca strata to ponadprzeciętna, nieobjęta zwykłym ryzykiem kontraktowym, powodująca znaczne naruszenie ekwiwalentności świadczeń³⁷⁸. Nadmierne trudności realizacyjne bądź groźba rażącej straty muszą pozostawać w normalnym (adekwatnym) związku przyczynowym z nadzwyczajną zmianą stosunków. Jeśli zaś stanowią wynik innych zdarzeń, nie mogą uzasadniać zastosowania art. 357¹ kc³⁷⁹. Ostatnią

³⁷³ Por. zwłaszcza W. Robaczyński: Sądowa zmiana... op. cit., s. 93 oraz A. Brzozowski: Wpływ zmiany... op. cit. s. 147 i n., a ponadto wyroki Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 2005 r. (III CK 594/04), „Orzecnictwo Sądów Polskich” 2006, Nr 12, poz. 143 i z 17 listopada 2012 r. (II CSK 646/11), Legalis oraz postanowienie z 2 grudnia 1998 r. (I CKN 972/97) Legalis, a także wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 24 stycznia 2013 r. (IIAca 1362/12), Legalis.

³⁷⁴ Por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r. (III CSK 184/08), z aprobowującą glosą R. Szostaka ST 2009, Nr 3, s. 76.

³⁷⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2005 r. (III CK 645/04), „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2006, Nr 2, s. 30; z 17 stycznia 2008 r. (III CSK 202/07), Legalis; z 16 maja 2007 r. (III CSK 452/06), „Orzecnictwo Sądów Polskich” 2009, Nr 2 poz. 19 z glosą B. Lanckorońskiego; z 21 września 2011 r. (I CSK – 727/10), Legalis oraz z 19 listopada 2014 r. (II CSK 191/14), Legalis.

³⁷⁶ W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3 czerwca 2014 r. (KIO 1223/14), Legalis, wskazano na „niespodziewany i nadzwyczajny wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę” jako na przesłankę z art. 357¹ kc.

³⁷⁷ Por. M. Mataczyński, M. Saczywko: Kodeks cywilny, t. 1, Komentarz (art. 1–449), red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1268 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

³⁷⁷ Por. M. Mataczyński, M. Saczywko: Kodeks cywilny, t. 1, Komentarz (art. 1–449), red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1268 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

³⁷⁸ Por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2006 r. (IV CSK 290/06), Legalis, a także P. Machnikowski: Kodeks... op. cit., s. 616–617 oraz A. Brzozowski: Wpływ zmiany... op. cit., s. 170 i n.

³⁷⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2007 r. (III CSK 172/07), Legalis, a także W. Robaczyński: Sądowa zmiana... op. cit., s. 117–119.

przesłanką powołania się na klauzulę *rebus sic stantibus* jest brak przewidzenia skutków nadzwyczajnej zmiany stosunków, zarówno w wymiarze obiektywnym, gdy w ogóle nie można było ich przewidzieć, jak i w ujęciu subiektywnym, gdy żadna ze stron nie mogła tych skutków przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności³⁸⁰.

Żądanie z art. 357¹ kc nie ulega przedawnieniu, lecz wygasa. Jego charakter jest taki, że zbliża się do prawa kształtującego³⁸¹. Wygasa jednak w wyniku wykonania zobowiązania. Nie można już domagać się korekty wysokości świadczenia, nawet gdy uprzednio spełnione były przesłanki przewidziane w powyższym przepisie³⁸². W razie zaś częściowego wykonania zobowiązania, zakres dopuszczalnej ingerencji sądu ogranicza się jedynie do tej części, która nie została jeszcze wykonana³⁸³. Z powodztwem do właściwego sądu może wystąpić zarówno wykonawca – dłużnik, jak i zamawiający, a zatem strona licząca na korzystne ukształtowanie zobowiązania. Wystąpić z żądaniem zmiany treści zobowiązania nie może jednak ta strona, która popadła w zwłokę, jeśli do nadzwyczajnej zmiany stosunków doszło właśnie w okresie powstawania w zwłoce³⁸⁴. Z drugiej strony za dopuszczalną uznano korektę w okolicznościach nienależytego wykonania zobowiązania, związaną z nadzwyczajną zmianą stosunków³⁸⁵.

Powództwo o ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego na podstawie art. 357¹ kc wytacza się przeciwko drugiej stronie umowy³⁸⁶, choć może być to także powództwo wzajemne³⁸⁷, natomiast wyklucza się podniesienie żądania w drodze zarzutu, zgłoszonego w toku postępowania sądowego³⁸⁸. Sąd nie jest związany żądaniem pozwu co do sposobu i granic ingerencji, musi jednak kierować się dyrektywami wyznaczonymi w art. 357¹ kc. Powinien rozważyć interesy obu stron, a zatem uwzględnić również warunki i potrzeby strony pozwanej, a ponadto aspekty moralne podyktowane zasadami współżycia społecznego. Ustalając na nowo sposób lub termin wykonania zobowiązania sąd powinien dążyć do rzeczywistego poprawienia sytuacji, na zasadzie słuszności, w warunkach jak najmniej dotkliwych dla pozwanego, zwłaszcza w przypadku zmiany wysokości świadczenia wzajemnego. Nie może jednak zmienić tożsamości (rodzaju) świadczenia. Rozwiązanie umowy to werdykt skrajny, który musi wynikać z rozważenia interesów obu stron. W zależności od okoliczności rozwiązanie umowy może nastąpić zarówno z mocą *ex tunc* – od momentu jej zawarcia (orzeka się o zwrocie ewentualnie spełnionych świadczeń), jak i z mocą *ex nunc* – ze skutkami jedynie na przyszłość (z powinnością ewentualnych rozliczeń)³⁸⁹.

³⁸⁰ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 205 r. (III CK 305/05), Legalis.

³⁸¹ Więcej W. Robaczyński: Sądowa zmiana... op. cit., s. 145 i n., A. Brzozowski: Wpływ... op. cit., s. 180 oraz P. Machnikowski: Kodeks... op. cit., s. 619.

³⁸² Por. wyroki Sądu Najwyższego z 9 kwietnia 2001 r. (I CKN 255/01), Legalis oraz z 21 kwietnia 2005 r. powołany w przypisie 65.

³⁸³ Por. wyroki Sądu Najwyższego z 21 lipca 2006 r. (III CSK 119/05), Legalis oraz z 21 kwietnia 2005 r., powołany w przypisie 65.

³⁸⁴ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 6 grudnia 2006 r. (IC CSK 290/06), Legalis.

³⁸⁵ Por. powołany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z 21 lipca 2006 r.

³⁸⁶ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 11 września 1991 r. (III CZP 80/91), Legalis.

³⁸⁷ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 27 marca 2001 r. (III CZP 54/00), OSNC 2001, Nr 10, poz. 145.

³⁸⁸ Więcej P. Machnikowski: Kodeks... op. cit., s. 618 oraz M. Mataczyński, M. Saczywko: Kodeks... op. cit., s. 1270 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

³⁸⁹ Więcej W. Robaczyński: Sądowa zmiana... op. cit., s. 145 i n., T. Wiśniewski: Komentarz... op. cit., s. 41 i n., P. Machnikowski: Kodeks... op. cit., s. 619.

Wyjątkiem od zasady nominalizmu w zakresie świadczeń pieniężnych jest tzw. mała klauzula *rebus sic stantibus*, wyrażająca się możliwością żądania sądowej korekty (waloryzacji) świadczenia pieniężnego na podstawie art. 358¹ § 3 kc. W razie bowiem istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, zmienić wysokość lub sposób spełnienia świadczenia pieniężnego, chociażby były ustalone w orzeczeniu lub w umowie. Powództwo może wytoczyć przeciwko drugiej stronie, zarówno wykonawca, jak i zamawiający, najczęściej jednak zmiana siły nabywczej pieniądza dotkliwa bywa dla wykonawcy. Dlatego istotne jest tu ograniczenie ustawowe, wykluczające możliwość domagania się korekty świadczenia przez stronę prowadzącą przedsiębiorstwo³⁹⁰. Szczególne rozwiązanie z art. 358¹ § 3 kc nie wyłącza bynajmniej zastosowania art. 357¹ kc. Liczą się bowiem odrębne przesłanki. W razie zbiegu podstaw wybór zależy do uprawnionego. Także zastrzeżenie w umowie indywidualnej klauzuli waloryzacyjnej nie pozbawia strony możliwości powództwa z art. 358¹ § 3 kc, jeśli wzrost wysokości świadczenia pieniężnego okazał się niewystarczający. W szczególności zastrzeżenie z góry w umowie korekty wysokości wynagrodzenia w ramach długoterminowego zamówienia publicznego na podstawie art. 142 ust. 5 Pzp nie pozbawia wykonawcy możliwości wytoczenia powództwa z powołaniem się na art. 358¹ § 3 kc. Z żądaniem opartym na art. 358¹ § 3 kc zainteresowana strona może występować wielokrotnie³⁹¹. Sądowa korekta wysokości świadczenia pieniężnego jest jednak wykluczona w przypadkach, w których z mocy przepisów odrębnych obowiązują ceny sztywne, nie może też naruszać ustawowych dyspozycji w zakresie cen maksymalnych, np. za wodę czy leki albo wynikających z tariff urzędowych o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Przy ocenie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza uwzględnia się nie tylko jej rozmiary, lecz także czas, w którym ona nastąpiła³⁹². Obok zmiany wysokości świadczenia pieniężnego dopuszcza się także zmianę (złagodzenie) warunków płatności, zwłaszcza rozłożenie płatności na raty. Sąd nie może natomiast rozwiązać umowy.

5. Pierwszeństwo realizacyjne świadczenia niepieniężnego

Według art. 488 kc świadczenia stron umowy wzajemnej powinny być spełnione jednocześnie, chyba że bezpośrednio z treści umowy, ustawy albo z orzeczenia sądu wynika, że jedna ze stron obowiązana jest do wcześniejszego świadczenia. Oznacza to, że spełnienie świadczenia przez jedną stronę aktualizuje automatycznie wymagalność świadczenia wzajemnego drugiej strony. Jeżeli świadczenia powinny być spełnione jednocześnie, każda ze stron może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego. Przy bardziej wyjątkowych umowach nie mających charakteru wzajemnego (ubezpieczenie, rachunek bankowy, poręczenie) pierwszoplanowe znaczenie dla kolejności, a raczej wymagalności świadczenia, ma wola stron, a następnie właściwości świadczenia. Nie bez znaczenia pozostaje też spełnienie na żądanie wierzyciela. Unormowanie z art. 488 kc uważane jest

³⁹⁰ Ograniczenie to motywuje się wyższym profesjonalizmem przedsiębiorców (przewidywanie) oraz większym marginesem ryzyka kontraktowego.

³⁹¹ Tak A. Brzozowski: Wpływ zmiany... op. cit., s. 250.

³⁹² Por. zwłaszcza J. Frąckowiak: O konieczności dalszych zmian prawa cywilnego, szczególnie w odniesieniu do podmiotów i umów w obrocie gospodarczym, PPH 1999, Nr 3, s. 7 i n.

za przestarzałe w warunkach rozwiniętego obrotu³⁹³. Już od pewnego czasu poddawane jest wykładni funkcjonalnej. Po pierwsze, niezależnie od wyjątków od zasady równoczesności świadczeń, wskazuje się jeszcze na właściwości świadczenia przesądzające o jego pierwszeństwie, zwłaszcza w przypadku najmu, dzierżawy oraz leasingu³⁹⁴. Po drugie, wobec niemożności dostrzeżenia idealnej równoczesności świadczeń wzajemnych w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że wystarczy jak będą względem siebie spełnione w nader bliskim związku czasowym, ponieważ w istocie chodzi przecież nie tyle o „jednoczesność świadczeń” w ujęciu dosłownym, ile o „aktualność i gotowość świadczenia” przez każdą ze stron³⁹⁵. Po trzecie, unormowanie z art. 488 kc nie wytrzymuje próby czasu, gdy świadczenie pieniężne ma być spełnione bezgotówkowo. Wierzyciel świadczenia pieniężnego może mieć trudności w szybkim ustaleniu zapłaty, a z kolei dłużnik naraża się niepotrzebnie na przedpłatę, niedopuszczalną w zamówieniach publicznych, a także w transakcjach konsumenckich poza stałym lokalem handlowym. W konsekwencji zdaniem niektórych świadczenie niepieniężne powinno być spełnione w pierwszej kolejności, jeśli strony inaczej nie postanowiły, natomiast druga strona powinna być przygotowana do bezzwłocznej zapłaty bezgotówkowej. Powstrzymanie się ze świadczeniem wzajemnym uzależnione zaś zostało nie tyle od samego spełnienia, ile „zaofiarowania” świadczenia wzajemnego. Po czwarte, bieg terminu wyznaczającego obowiązek odsetkowy, stosownie do przepisów ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych³⁹⁶, liczy się od dnia odbioru świadczenia niepieniężnego i jest połączony z doręczeniem faktury potwierdzającej dostawę lub wykonanie usługi, zgodnie z art. 8 ust. 2 tej ustawy.

Na gruncie zamówień publicznych do niezbyt stabilnej wykładni art. 488 kc dochodzą jeszcze dodatkowe wymogi ustawowe. Pierwszy łączy się z wydatkowaniem środków publicznych, uzależnionych od uprzedniej kontroli finansowej podstaw zapłaty, a mianowicie wydatek ze środków publicznych może być uruchomiony dopiero po odbiorze świadczenia niepieniężnego (por. art. 54 ust. 3 ufp). Drugi dotyczy natomiast publicznoprawnego ograniczenia przedpłat ze środków publicznych. Jeśli świadczenie pieniężne zostanie spełnione z wyprzedzeniem (przed świadczeniem niepieniężnym) dochodzi w istocie do przedpłaty, dla której brak przyzwolenia ustawowego. Na mocy bowiem art. 216 Konstytucji wprowadzono zasadę, że wszelkie wydatki ze środków publicznych muszą mieć oparcie w przepisach ustawy³⁹⁷. Dlatego zbliżona funkcjonalnie zaliczka w sferze zamówień publicznych wymagała specjalnej regulacji odnośnie podstaw i zakresu dopuszczalności (art. 151a Pzp). Dopuszczalność dokonywania przedpłat ze środków publicznych stwarzałoby niepotrzebne ryzyko wyłudzeń i innych

³⁹³ Por. A. Olejniczak [w:] Komentarz kc, t. III, część ogólna, red. Kidyba, Warszawa 2010, s. 668, K. Zagrobelny: Kodeks... op. cit., s. 977 oraz M. Gutowski: Kodeks... op. cit., s. 122–123.

³⁹⁴ Por. J. Naworski: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 18 października 1995 r. (I Aca 539/95), „Palestra” 1997, Nr 5–6, s. 291, T. Wiśniewski: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. III/1, Warszawa 2003, s. 522, K. Zagrobelny: Kodeks... op. cit., s. 977 oraz M. Gutowski: Kodeks, t. II...op. cit., s. 123, a także Sąd Najwyższy w wyroku z 20 października 1998 r. (III KKN 390/98), Legalis.

³⁹⁵ Tak zwłaszcza T. Wiśniewski: op. cit., K. Zagrobelny: op. cit., s. 977. W praktyce dominuje zapatrywanie, że roszczenie o zapłatę ceny staje się wymagalne dopiero po spełnieniu świadczenia niepieniężnego. Por. M. Gutowski (t. II)...op. cit., s. 123 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

³⁹⁶ Dz. U. z 2013 r., poz. 408, ze zm.

³⁹⁷ Jej rozwinięcie zawiera art. 44 ust. 2 ufp, zgodnie z którym jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków. W zakresie płatności za zamówienia publiczne brak podstaw do stosowania przedpłat, których nie można jednak utożsamiać z zaliczkowaniem wykonawcy.

nieprawidłowości, także rozliczeniowych, godziłaby w bezpieczeństwo transakcji. W szczególności zamawiający nie może przyjąć zamówionego świadczenia niepieniężnego z brakami ilościowymi lub wadami jawnymi, a następnie uiścić wykonawcy całą należność pieniężną. Powinien on powstrzymać się z odbiorem niekompletnego lub wadliwego przedmiotu wraz z zapłatą albo ograniczyć odbiór wyłącznie do części wolnych od wad i braków ilościowych. Wobec powyższego w umowie o zamówienie publiczne powinno się pozytywnie postanowić o pierwszeństwie świadczenia niepieniężnego wykonawcy oraz o odpowiednich dla tej zasady warunkach płatności. W razie zaś potrzeby dopuścić należy zaliczkowanie wykonawcy.

Poza tym w praktyce zamówień publicznych może jednak znaleźć zastosowanie art. 490 kc, według którego jeżeli jedna ze stron (wykonawca) obowiązana jest spełnić świadczenie wzajemne wcześniej, a spełnienie świadczenia przez drugą stronę (zamawiającego) jest wątpliwe ze względu na jej stan majątkowy, strona zobowiązana do wcześniejszego świadczenia może powstrzymać się z jej spełnieniem, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego lub nie da zabezpieczenia. Uprawnienie to nie przysługuje stronie, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o złym stanie majątkowym drugiej strony. Zły stan majątkowy to nie tylko niewypłacalność, lecz także inne trudności ograniczające spełnienie świadczenia w terminie, zwłaszcza utrata tzw. płynności finansowej. Nie ma znaczenia to, skąd wykonawca – wierzyciel powziął wiadomość o stanie uzasadniającym wątpliwości co do możliwości płatniczych zamawiającego, byleby wiedza była wiarygodna. Na ogół na zły stan majątkowy wskazują zaległości z tytułu poprzednich płatności częściowych. Szczególne rozwiązania zawierają art. 649³–649⁴ kc, upoważniające wykonawcę robót budowlanych do żądania od zamawiającego gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu należnego wynagrodzenia. Jeżeli wykonawca nie uzyska żądanej gwarancji w terminie wyznaczonym, nie krótszym niż 45 dni, wykonawca budowlany uprawniony jest nie tylko do powstrzymania się od dalszych robót, lecz także do odstąpienia od umowy z winy zamawiającego ze skutkiem na dzień odstąpienia. Zaniedbanie ustanowienia gwarancji stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących zamawiającego. Rozwiązanie powyższe ma na celu ochronę interesów wykonawcy, zmuszonego często do ponoszenia dużych nakładów w związku z realizacją zamówienia budowlanego bez pewności rychłej zapłaty. Poza tym zamawiający nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania zamówionych robót budowlanych, jeżeli wykonawca był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących inwestora, choć zamawiający może odliczyć wszystko to, co wykonawca zaoszczędził z powodu niewykonania robót. Charakter przeszkody nie ma znaczenia, zazwyczaj jest ona związana z uchyleniem się od niezbędnego współdziałania z wykonawcą. Liczy się każda przeszkoda spowodowana przyczynami po stronie zamawiającego, uniemożliwiająca realizację zamówienia.

6. Wymagania jakościowe przedmiotu zamówienia

Jakość przedmiotu zamówienia to zespół właściwości (parametrów) i innych cech charakteryzujących świadczenie wykonawcy, wpływających na stopień zdolności do zaspokojenia potrzeb zamawiającego³⁹⁸. W pojęciu wymagań jakościowych mieszczą się do-

³⁹⁸ Por. też A. Brzozowski [w:] Komentarz kc, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 943 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 1264.

niosłe praktycznie wymagania funkcjonalne lub wydajnościowe. Jednak nie wszystkie z tych wymagań zależą od jakości, częściowo zdeterminowane są także rozwiązaniami konstrukcyjnymi lub zasadami działania przedmiotu, a w przypadku usług (robót) mogą być uzależnione od sposobu (technologii) świadczenia przyrzeczonych czynności (prac). Przy świadczeniach oznaczonych co do tożsamości opis wymagań jakościowych powinien wynikać wprost z umowy, jej celu i przeznaczenia świadczenia, okoliczności towarzyszących transakcji lub z przepisów bądź norm technicznych. Normy techniczne należą na ogół do czynników zastosowania fakultatywnego, strony powinny więc do nich odsyłać. Wyjątkowo jednak niektóre normy techniczne są bezwzględnie wiążące, stosowane zwłaszcza w budownictwie, ochronie zdrowia i opiece społecznej, przede wszystkim są to rozmaite normy bezpieczeństwa. Największe trudności w praktyce dotyczą usług (zobowiązanie czynienia). Roboty budowlane są zaś zazwyczaj skonkretyzowane wyczerpująco w projekcie. Ocena jakości świadczenia przedstawia się stosunkowo prosto przy wykonaniu umowy o dzieło materialne, ponieważ weryfikacją objęty jest samoistny rezultat pracy wykonawcy³⁹⁹. Trudności potęgują się w odniesieniu do dzieł niematerialnych, zwłaszcza twórczych, których nie sposób opisać inaczej niż ramowo. W zakresie zlecenia oraz umów na warunkach zlecenia nierzadko niezbędny jest wykaz czynności wraz ze standardami jakościowymi albo nawet stosowny regulamin (np. świadczenia usług ochrony osób i mienia), lecz w praktyce zamawiający zbyt często zaniedbuje opis właściwości jakościowych, „godząc się” na ryzykowne świadczenie oznaczone jedynie rodzajowo. Ryzyko takie można dopuścić co najwyżej w odniesieniu do tzw. usług typowych (np. przeglądu instalacji, konserwacji urządzeń, odbioru odpadów, czy nawet utrzymania zieleni), najwięcej jednak możliwości w tym zakresie stwarzają zamówienia na dostawy. W odniesieniu bowiem do świadczeń oznaczonych jedynie rodzajowo opis świadczenia wykonawcy w umowie nie musi być wyczerpujący, ponieważ właściwości świadczenia (niekoniecznie wszystkie) wyznacza się wtedy gatunkowo, a jedynie te które są istotne dla zamawiającego powinny być zdeterminowane z góry w postanowieniach umowy. Dlatego do ostatecznej konkretyzacji wszystkich właściwości i parametrów jakościowych oraz innych cech takiego świadczenia dochodzi dopiero w związku z jego spełnieniem. W razie wątpliwości należy kierować się celem umowy, okolicznościami transakcji oraz przeznaczeniem przedmiotu świadczenia (typowym i indywidualnym), a w ostateczności zastosowanie znajduje reguła interpretacyjna z art. 357 kc.

Zasada średniej jakości świadczenia niepieniężnego z art. 357 kc została uwarunkowana. Jeżeli bowiem dłużnik jest zobowiązany do świadczenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a jakość rzeczy nie jest oznaczona przez właściwe przepisy lub przez czynność prawną (umowę), ani nie wynika z okoliczności – dłużnik powinien świadczyć rzeczy średniej jakości. Wprawdzie art. 357 kc werbalnie odnosi się tylko do świadczeń rzeczowych, jednak w drodze analogii znajduje zastosowanie także do innych świadczeń, zwłaszcza do usług materialnych oznaczonych gatunkowo. W piśmiennictwie i orzecznictwie „średnią jakość” przedmiotu umowy pojmuje się jako „przeciętną” lub „typową w obrocie” dla przedmiotu danego rodzaju⁴⁰⁰. Niektórzy próbują nieco bardziej skonkretyzować ten wymóg, słusznie

³⁹⁹ Por. P. Machnikowski: Kodeks... op. cit., s. 613, M. Gutowski: op. cit., s. 1264, a także wyrok Sądu Najwyższego z 20 maja 2009 r. (I CSK 437/08), Legalis.

⁴⁰⁰ Por. T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 119.

utożsamiając „jakość średnią” wprost z pojęciem „dobrej jakości”⁴⁰¹, która tradycyjnie w zamówieniach publicznych uważana jest za poziom jakości minimalnej, poniżej której nie wolno zamawiającemu godzić się na przyjęcie świadczenia. Każde indywidualne podwyższenie poziomu „jakości dobrej” w praktyce zamówień publicznych uważa się za przypadek „jakości szczególnej”. W braku podstaw zamawiający nie może jednak domagać się świadczenia o jakości przewyższającej standard z art. 357 kc⁴⁰². Z drugiej strony zamawiającemu nie wolno przyjmować świadczeń o jakości obniżonej względem standardu „jakości dobrej”. To samo dotyczy sytuacji, gdy jakość świadczenia jest odmienna od właściwości wynikających wprost z przepisów prawa, umowy, jej celu lub okoliczności, a także z przeznaczenia przedmiotu zamówienia.

7. Wymóg zachowania należytej staranności przez wykonawcę

Z art. 355 § 1 kc wynika, że wykonawca – dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przepis ten wyznacza minimalny poziom jego zapobiegliwości (rzetelności, przezorności) przy realizacji zobowiązania. Jeśli nie dochowa należytej staranności a dojdzie do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, poniesie odpowiedzialność, ponieważ uchybienie należytej staranności postrzega się w kategoriach winy dłużnika⁴⁰³, stanowiącej podstawę odpowiedzialności kontraktowej, na co wskazuje wyrażenie art. 472 kc. Poniżej bowiem granicy staranności należytej rozciąga się sfera okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność⁴⁰⁴. W ujęciu pozytywnym kryterium staranności należytej to miara powinnego zachowania się wykonawcy – dłużnika, natomiast w ujęciu negatywnym zaniedbanie tego minimum rzetelności może uzasadniać odpowiedzialność, o ile oczywiście spełnione zostaną wszystkie jej przesłanki. W przedwojennym kodeksie zobowiązań akcentowano jedynie ten drugi aspekt⁴⁰⁵. Obecną regulację łatwiej zrozumieć skoro najpierw chodzi o obowiązek, a dopiero potem o odpowiedzialność. Niedołężenie „staranności należytej” to co najmniej niedbalstwo, czyli najłagodniejsza forma winy nieumyślnej (brak ostrożności) lub tzw. rażące niedbalstwo (lekkomyślność), natomiast bardziej naganne przypadki winy umyślnej zdarzają się niezwykle rzadko przy wykonywaniu zobowiązań umownych.

Miara „staranności należytej” jest aktualna z zasady, o ile nie obowiązuje wyższy stopień staranności (np. szczególnej staranności przy zarządzaniu mieniem publicznym, konserwacji cenniejszych dzieł sztuki, świadczeniu usług leczniczych lub eksperckich)⁴⁰⁶ albo odwrotnie,

⁴⁰¹ Tak zwłaszcza W. Katner: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 1004 r. (I CK 599/03), OSP 2005, Nr 4, poz. 57.

⁴⁰² Tak słusznie T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 121 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 1264.

⁴⁰³ Więcej o tym J. Dąbrowa: op. cit., s. 726, W. Czachórski: Zobowiązanie... op. cit., s., T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., 174 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 1225.

⁴⁰⁴ Tak właśnie J. Dąbrowa: op. cit., s. 727.

⁴⁰⁵ Według art. 240 kz dłużnik odpowiadał nie tylko za zachowanie „rozmyślne”, lecz także za niedołężenie staranności wymaganej w uczciwym obrocie.

⁴⁰⁶ Por. J. Dąbrowa: op. cit., s. 728–729, P. Machnikowski: Kodeks... op. cit., s. 612. W wyroku Sądu Najwyższego z 24 listopada 1976 r. (IV CR 442/76), Legalis, podkreślono potrzebę wzmocnienia dbałości nie tylko o życie i zdrowie ludzkie oraz bezpieczeństwo lecz także o inne szczególnie cenne dobra.

gdy strony z jakichś powodów obniżą w umowie poziom tego wymogu⁴⁰⁷, co jest wykluczone w zamówieniach publicznych. Pomimo bowiem tego, że art. 355 § 1 kc ma charakter dyspozytywny, w zamówieniach publicznych brak dostatecznych podstaw prawnych do zgody zamawiającego na niższy stopień staranności. Wzorzec „staranności należytej” podlega obiektywizacji poprzez odniesienie do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, choć sama wina ma także wymiar subiektywny, polegający na zarzucalności wadliwego zachowania (motywy i przewidywalność) względem indywidualnej osoby w konkretnych okolicznościach. Ujęcie to stabilizuje ochronę interesów zamawiającego – wierzyciela, a także chroni jego zaufanie, skoro wolno mu oczekiwać od dłużnika takiego stopnia rzetelności, jakiego dochowują inni wykonawcy w analogicznych stosunkach umownych. Zmienność wzorca, zależna od rodzaju stosunku, stanowi prostą konsekwencję tego, że pożądany stopień rzetelności dłużnika zdeterminowany jest przede wszystkim treścią i charakterem zobowiązania.

Przepis art. 355 § 2 kc zaostcza miarę należytej staranności wykonawcy – dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, a mianowicie określa się ją przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Oznacza to, że profesjonalny (surowszy) wzorzec staranności jest usprawiedliwiony samym faktem prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę (adwokata, notariusza, lekarza, architekta itd.). Stałej i profesjonalnej działalności towarzyszyć powinny bowiem wyższe kwalifikacje fachowe oraz większe doświadczenie (umiejętności) zawodowe, uzasadniające podwyższenie standardów rzetelności i niezawodności. Nie bez znaczenia jest też obciążenie przedsiębiorcy ryzykiem gospodarczym prowadzonej działalności, uzasadniającym potrzebę większego zaangażowania (wnikliwości i przezorności), podyktowanego zwyczajną praktyką, której towarzyszą ugruntowane w obrocie standardy wymagań zawodowych. Okoliczności te podnoszą automatycznie poziom zaufania do profesjonalnego wykonawcy, a w konsekwencji rzutują na zaostrenie obligacyjnego wzorca staranności⁴⁰⁸. Ponadto coraz częściej poszczególne grupy zawodowe (prawnicy, architekci, lekarze, nauczyciele) same propagują, a nawet niekiedy kreują, w zgodzie z zasadami uczciwego obrotu, swoiste pragmatyki profesjonalnego postępowania (kodeksy zawodowe), pomocne w ocenie pożądanego poziomu staranności zawodowej⁴⁰⁹.

8. Zasady spełnienia świadczenia niepieniężnego

Termin spełnienia świadczenia przez wykonawcę wyznacza granice czasowe realizacji zamówienia. Termin ten można wyjątkowo ustalić „na sztywno” tak, że wykonawcy nie będzie przysługiwało prawo wcześniejszego świadczenia. Dopiero wraz z całkowitym upływem zastrzeżonego terminu powstaje stan wymagalności roszczenia zamawiającego o spełnienie świadczenia *in natura* lub o odszkodowanie oraz rozpoczyna swój bieg przedawnienie (art. 120 kc). Jeżeli z naruszeniem prawa nie oznaczono terminu wykonania za-

⁴⁰⁷ Nie można uznać za słuszne, spotykane niekiedy w praktyce, twierdzenie jakoby wymóg staranności należytej ulegał automatycznie obniżeniu, gdy ustawa przewiduje odpowiedzialność kontraktową dopiero za rażące niedbalstwo (np. art. 777 § 2 kc).

⁴⁰⁸ Więcej M. Krajewski: Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy, PiP 1997, Nr 10, s. 32 i n. oraz Z. Banaszczyk, P. Granecki: O istocie należytej staranności, „Palestra” 2002, Nr 7–8, s. 12 i n.

⁴⁰⁹ Więcej P. Machnikowski: Kodeks... op. cit., s. 610–611 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 1258–1259 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

mówienia publicznego, zgodnie z art. 455 kc świadczenie wykonawcy powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu do jego spełnienia. Wezwanie, uznawane za oświadczenie woli, przekształca zobowiązanie bezterminowe w terminowe. Wprawdzie termin „niezwłocznie” nie jest precyzyjny, lecz wykonawca – dłużnik powinien podjąć się świadczenia od razu, choć w normalnym toku czynności (termin realny), według rzymskiej maksymy „dłużnik po wezwaniu od razu może popaść w zwłokę”⁴¹⁰. Jeżeli strony zastrzegły w umowie, że spełnienie świadczenia następować będzie częściami w ciągu określonego czasu, ale nie ustaliły wielkości poszczególnych świadczeń częściowych albo terminów w których ma nastąpić ich spełnienie, wierzyciel może przez oświadczenie, złożone dłużnikowi w czasie właściwym, ustalić zarówno wielkość poszczególnych świadczeń częściowych, jak i termin spełnienia każdego z nich, jednakże powinien uwzględnić możliwości dłużnika oraz sposób spełnienia świadczenia (art. 456 kc). Wierzyciel dysponuje tu uprawnieniem kształtującym polegającym na możliwości jednostronnego dookreślenia treści zobowiązania przez ustalenie wielkości poszczególnych świadczeń częściowych oraz terminów ich spełnienia⁴¹¹.

Miejsce spełnienia zamówionego świadczenia stanowi na ogół okoliczność podmiotowo istotną, warunkującą prawidłowe wykonania zobowiązania. Powinno być z góry oznaczone w umowie. O miejscu spełnienia ewentualnych świadczeń ubocznych przesądza w razie wątpliwości miejsce świadczenia głównego. Nie ma przeszkód, aby strony uzgodniły kilka różnych miejsc spełnienia poszczególnych świadczeń albo części jednego świadczenia. Wskazanie miejsca spełnienia świadczenia może wynikać z umowy także pośrednio, np. z klauzuli o obciążeniu dostawcy kosztami transportu. Poza tym strony mogą poprzez uzupełnienie (zmianę) umowy dostosować miejsce świadczenia do swoich potrzeb. Niekiedy miejsce spełnienia świadczenia niepieniężnego wynika z właściwości zobowiązania, np. w przypadku usług dotyczących utrzymania konkretnej nieruchomości, odbioru odpadów, dostawy wody. W braku podstaw do ustalenia tego miejsca, według postanowień umowy lub właściwości zobowiązania, stosuje się reguły interpretacyjne z art. 454 kc. Mianowicie świadczenie powinno być spełnione w miejscu, gdzie w chwili powstania zobowiązania wykonawca – dłużnik miał siedzibę, adres lub miejsce zamieszkania, a gdy zobowiązanie ma związek z przedsiębiorstwem dłużnika bądź wierzyciela – rozstrzygające znaczenie ma siedziba przedsiębiorstwa. Dlatego świadczenie niepieniężne uważa się za tzw. dług odbiorczy, co oznacza że zamawiający powinien udać się po odbiór należnego świadczenia do wykonawcy i ponieść ewentualne z tym związane koszty. W razie bezzasadnej odmowy odebrania świadczenia przez wierzyciela lub niezgłoszenie się po jego odbiór, może dojść do zwłoki wierzyciela, uprawniającej wykonawcę nawet do złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego (art. 467 pkt 4 kc). Sytuacja ulega nieco skomplikowaniu przy dostawach, gdy przedmiot zamówienia ma być wydany przewoźnikowi będącemu osobą trzecią. W praktyce umów o zamówienie publiczne stosuje się tu na ogół zasadę, że jeżeli dostawca ma obowiązek przesłać zamawiany przedmiot do określonego miejsca – jest ono uważane za miejsce spełnienia świadczenia niepieniężnego. W braku zastrzeżenia umownego obowiązuje reguła interpretacyjna z art. 454 kc, wskazująca na to, że miejscem spełnienia świad-

⁴¹⁰ Por. A. Janiak: op. cit., s. 24–25 wraz z powołanym tam orzecnictwem, a także B. Witkowski: Wykonanie i niewykonanie zobowiązania a zwłoka dłużnika – ze szczególnym uwzględnieniem umowy o dzieło, PPH 2016, Nr 10, s. 48 i n.

⁴¹¹ Por. Z. Radwański: Zobowiązania... op. cit., s. 260, K. Zagrobelny: op. cit., s. 928 oraz A. Janiak: op. cit., s. 25–26.

czenia jest magazyn dostawcy. Jeżeli jednak przedmiot dostawy ma być przesłany do miejsca, które nie jest miejscem spełnienia świadczenia, poczytuje się w razie wątpliwości, że jego wydanie na rzecz zamawiającego zostało dokonane z chwilą, gdy w celu dostarczenia przedmiotu do miejsca przeznaczenia dostawca powierzył go przewoźnikowi. Od tego momentu zatem cały przewóz jest realizowany na ryzyko zamawiającego. Jednakże zamawiający obowiązany jest zapłacić cenę wykonawcy dopiero po nadejściu przedmiotu świadczenia na miejsce przeznaczenia i po umożliwieniu mu jego zbadania (odbioru). W przypadku wysyłki przedmiotu za pośrednictwem osoby niebędącej zawodowym przewoźnikiem jego wydanie następuje dopiero w momencie doręczenia przesyłki⁴¹², chyba że transport od początku był realizowany na ryzyko zamawiającego.

Zamówione świadczenie powinno być spełnione do rąk zamawiającego albo osoby przez niego upoważnionej. Jest to warunek skutku zwalniającego z długu. W razie spełnienia osobie nieuprawnionej wykonanie zobowiązania nastąpi jednak, gdy zamawiający potwierdzi przyjęcie świadczenia. Potwierdzenie uważa się za udzielone *ex post* upoważnienie do odbioru świadczenia⁴¹³. To samo dotyczy świadczenia spełnionego wobec osoby, która nie ma zdolności do jego przyjęcia. W razie wątpliwości wykonawca – dłużnik może spełnić świadczenie z zastrzeżeniem zwrotu. Wolno mu zatem żądać zwrotu przedmiotu zamówienia od osoby nieuprawnionej (art. 411 pkt 1 k.c.). Spełnienie bowiem świadczenia osobie nieuprawnionej nie prowadzi do umorzenia zobowiązania, wierzyciel może domagać się powtórnego świadczenia⁴¹⁴, ponieważ nie nabywa żadnego roszczenia obligacyjnego względem osoby trzeciej o przekazanie nienależnie otrzymanego przedmiotu świadczenia⁴¹⁵. Zgodnie z art. 452 kc, jeżeli świadczenie zostało spełnione do rąk osoby nieuprawnionej do jego przyjęcia, a przyjęcie świadczenia nie zostało potwierdzone przez wierzyciela, dłużnik jest zwolniony w takim zakresie, w jakim wierzyciel ze świadczenia skorzystał. Ciężar dowodowy co do tej okoliczności obciąża dłużnika – wykonawcę.

Spełnienie świadczenia przez wykonawcę wymaga zaofiarowania przedmiotu zamawiającemu. Jeśli przedmiot świadczenia przybiera postać zmaterializowaną operuje się pojęciem wydania. Przy niektórych umowach wydanie przedmiotu zamówienia stanowi samodzielny obowiązek wykonawcy – dłużnika (por. art. 535, 642 i 659 kc), w innych wystarczą zwykłe „zaofiarowanie” przyrzeczonych czynności lub innego zachowania „dla wierzyciela” (por. np. art. 734 kc). Bez zaofiarowania świadczenia nie ma mowy o jego spełnieniu, skoro skutek zwalniający z długu łączy się wyłącznie ze świadczeniem na rzecz uprawnionego wierzyciela. Nie jest to jednak akt jednostronny. Konieczne jest współdziałanie zamawiającego z wykonawcą w postaci przyjęcia zaofiarowanego świadczenia. Kodeks nie objaśnia – niestety – tej kwestii. W szczególności uciążliwy jest brak zdecydowanej koncepcji normatywnej co do tego, czy przyjęcie świadczenia jest tylko prawem, czy także obowiązkiem wierzyciela. Przy niektórych umowach odbiór świadczenia unormowano wyraźnie jako obowiązek zamawiającego (art. 356, art. 605, art. 613 § 1, art. 643 i art. 647 kc), w odniesieniu zaś

⁴¹² Tak E. Habryn-Chojnacka: Kodeks cywilny, Komentarz, t. II, red. M. Gutowski, Warszawa 2016 r., s. 354, powołującą się na orzeczenie Głównej Komisji Arbitrażowej z 16 lutego 1974 r. (BO 769/74), „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1975, Nr 7–8, poz. 152.

⁴¹³ Por. J. Dąbrowa: op. cit., s. 732, T. Wiśniewski: op. cit., s. 860 oraz K. Zagrobelny: op. cit., s. 921.

⁴¹⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 23 marca 1997 r. (II CKN 55/97), Legalis.

⁴¹⁵ Por. A. Janiak: op. cit., s. 12.

do innych problem ten w ogóle pominięto. Według art. 450 kc zamawiający nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, zatem tym bardziej nie wolno mu zlekceważyć świadczenia zaoferowanego w pełnym rozmiarze. Poza tym stosownie do art. 486 kc wierzyciel dopuszcza się zwłoki „gdy bez uzasadnionego powodu bądź uchyla się od przyjęcia zaoferowanego świadczenia, bądź odmawia dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione, bądź oświadcza dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie”. W konsekwencji należy zgodzić się ze stanowiskiem, że odbiór przedmiotu świadczenia objęty jest powinnością wierzyciela, stanowiącą co najmniej element obowiązku współdziałania z dłużnikiem⁴¹⁶. Niekiedy jednak przepis podnosi go do rangi obowiązku bardziej samodzielnego o charakterze dłużnym, co prowadzi do odpowiedzialności wierzyciela.

Na gruncie zamówień publicznych odbiór przedmiotu umowy stanowi warunek prawidłowej realizacji zobowiązania, tym bardziej, że liczy się tylko takie wykonanie, które zaspokaja interes zamawiającego zgodnie z treścią zobowiązania. Brak podstaw do uznania świadczenia za „odebrane” w drodze fikcji prawnej, zwłaszcza w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego wierzycielowi terminu, nawet po zaoferowaniu mu świadczenia zgodnego z treścią zobowiązania (tzw. jednostronny odbiór). Przyjęcie świadczenia może być jednak dorozumiane, zwłaszcza gdy zamawiający przejmie przedmiot w swoje posiadanie, albo gdy z umowy lub z okoliczności wynika wprost, że „milczenie” wierzyciela na wezwanie do odbioru świadczenia jest równoznaczne z jego aprobatą⁴¹⁷, choć nie wyklucza to dowodu przeciwnego, gdy zaoferowane świadczenie nie nadaje się do przyjęcia ze względu na wady lub braki ilościowe. Dlatego w zamówieniach publicznych, z mocy unormowań wewnętrznych, obowiązuje generalny wymóg dokumentowania czynności przyjęcia świadczenia. Także w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych operuje się „doręczeniem faktury potwierdzającej dostawę lub wykonanie usługi”. Od aprobaty – zwalniającego przyjęcia świadczenia słusznie odróżnia się szerzej pojęty „odbiór świadczenia”, obejmujący także (poprzedzające samo przyjęcie) zbadanie sprawdzające zaoferowanego przedmiotu zamówienia, czy odpowiada on treści zobowiązania. Obecnie kodeks nie przewiduje już obowiązkowego zbadania zaoferowanego przedmiotu umowy, za wyjątkiem stosunków między przedsiębiorcami, w których nadal funkcjonuje jako akt staranności, warunkujący dochodzenie uprawnień z tytułu rękojmi za wady (art. 563 kc). W zamówieniach publicznych akt staranności w postaci zbadania przedmiotu zamówienia w związku z jego przyjęciem został utrzymany, choć ujęty został jako element kontroli wewnętrznej (zarządczej). W stosunku do wykonawcy wymóg poddania się sprawdzającemu zbadaniu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego może wynikać więc z umowy albo ze zwyczaju, do którego odsyła zresztą art. 354 kc. Aby czynności sprawdzająco-odbiorcze były w miarę skoncentrowane i nie blokowały zbyt możliwości doręczenia zamawiającemu faktury (rachunku), otwierającego bieg terminu zapłaty w art. 9 ustawy o terminach

⁴¹⁶ Por. zwłaszcza W. Czachórski: *Zobowiązania...* op. cit., s. 215 oraz Cz. Żuławska: *Kodeks (t. III/2)...* op. cit., s. 253–254. Nieco inaczej M. Nesterowicz: *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. J. Winiarz, Warszawa 1980, s. 544 oraz W. Katner: *Umowy w obrocie towarowym* [w:] *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, red. S. Włodyka, Kraków 1993, s. 189, A. Klein: *Zawieranie, zmiana i wykonywanie umów* [w:] *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, red. S. Włodyka, Kraków 1993, s. 54 i n.

⁴¹⁷ W niemieckich warunkach wykonywania zamówień budowlanych (VOB/B), *Bundesanzeiger* 2009, Nr 155a z 15.10.2009 r.) zawarto nawet przepis, w świetle którego zaoferowane roboty uważa się za odebrane po upływie 12 dni od pisemnego zawiadomienia zamawiającego o ich ukończeniu (§ 12 ust. 5).

zapłaty postanowiono, że jeżeli strony transakcji handlowej przewidziały w umowie zbadanie towaru lub usługi (robót), celem potwierdzenia zgodności z treścią zobowiązania, ustalony w umowie termin tego badania nie może być rażąco nieuczciwy wobec wykonawcy i nie powinien przekraczać 30 dni, licząc od dnia otrzymania przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego, w braku stosownego zastrzeżenia umownego, zamawiający może wprawdzie uzasadniać potrzebę zwyczajowego zbadania przedmiotu zamówienia, lecz nie wpływa to odraczająco na bieg ustawowego terminu zapłaty.

Na czynność „odbioru świadczenia” w szerszym znaczeniu składają się zatem co najmniej dwa elementy: podjęcie niezbędnych (według okoliczności)⁴¹⁸ czynności faktyczno-sprawdzających oraz wyrażenie akceptacji tytułem przyjęcia zaoferowanego świadczenia. Charakter prawny elementu wolicjonalnego nie jest jasny. Należy raczej przychylić się do poglądu, że aprobatą spełnionego świadczenia stanowi przejaw woli (według niektórych nawet aktu wiedzy)⁴¹⁹ potwierdzający wyłącznie określony stan faktyczny. Z uwagi bowiem na zupełny brak skutków kreacyjnych nie może być kwalifikowany jako oświadczenie woli. Wyjątkowo jednak, gdy wykonanie świadczenia przez dłużnika polega na złożeniu powinienego oświadczenia woli, jego „odbior” może sprowadzać się do złożenia komplementarno-akceptacyjnego oświadczenia woli. Skutki przyjęcia świadczenia przez zamawiającego wynikają zatem zasadniczo z ustawy. Podstawowy skutek to umorzenie zobowiązania. Nie bez znaczenia jest także domniemanie prawidłowego spełnienia świadczenia, otwierające drogę do czynności rozliczeniowych. Z chwilą odbioru przedmiotu świadczenia niepieniężnego w postaci zmaterializowanej przechodzą ponadto na zamawiającego wszelkie korzyści (pożytki, wzrost wartości) oraz ciężary (dozór, ubezpieczenie), a także ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia przedmiotu, rozpoczyna swój bieg termin ustawowej rękojmi i ewentualnie dodatkowej gwarancji jakości itd. Jeśli w umowie nie postanowiono inaczej koszty wydania obciążają jeszcze wykonawcę, natomiast koszty odbioru przedmiotu zamówienia są już po stronie zamawiającego. Wynikające z przyjęcia świadczenia domniemanie prawidłowej realizacji zamówienia (kompletny stan bez wad jawnych) może być jednak obalone przez zamawiającego dowodem przeciwnym. Pomijając zdarzające się – niestety – w praktyce przypadki karalnego wyłudzenia zapłaty, bez wzajemnego spełnienia świadczenia niepieniężnego, ujawnienie po jego odbiorze braków ilościowych lub wad jawnych grozi niepotrzebnym sporem co do rzeczywistego stanu przedmiotu w chwili jego wydania. Nawet jeśli uda się udowodnić istnienie braków ilościowych lub wad, nie zawsze (przy braku dobrej woli po stronie wykonawcy) udaje się cofnąć skutki odbioru⁴²⁰. Stąd często takie sytuacje kwalifikuje się ostatecznie jako nienależyte wykonanie zobowiązania. Dlatego fakultatywny w obrocie powszechnym wymóg pisemnego pokwitowania spełnienia świadczenia, w za-

⁴¹⁸ Sposób odbioru może wynikać z umowy, przepisów lub norm technicznych, ze zwyczaju albo z samych właściwości przedmiotu zamówienia. Niekiedy niezbędne wskazówki wynikają z przepisów regulujących określoną umowę np. w myśl art. 545 § 1 kc sposób wydania i odebrania rzeczy sprzedanej powinien zapewniać jej całość i nienaruszalność; w szczególności sposób opakowania i transportu powinien odpowiadać właściwościom rzeczy.

⁴¹⁹ Po. J. Dąbrowa: op. cit., s. 755, F. Zoll: op. cit., s. 15–16, P. Drapała: Kodeks... (2013) op. cit., s. 281–282 oraz K. Zagrobelny: op. cit., s. 934, a także wyroki Sądu Najwyższego z 5 marca 1997 r. (II CKN 28/97), OSNC 1997, Nr 6–7, poz. 90; 1 grudnia 2006 r. (I CSK 276/06), LexisNexis nr 2422671; z 22 czerwca 2007 r. (V CSK 99/07), OSP 2009, nr 1, poz. 7; 24 lipca 2009 r. (II CSK 61/09), OSNC-ZD 2010, nr B, poz. 51 oraz 16 kwietnia 2010 r. (IV CSK 494/09), OSNC-ZD 2010, nr D, poz. 115. Koncepcję oświadczenia woli popierają jednak T. Wiśniewski: op. cit., s. 882 oraz...

⁴²⁰ Więcej o tym J. P. Naworski: Wpływ istnienia wad na obowiązek odbioru robót budowlanych przez inwestora, PPH 1998, Nr 8, s. 11 i n.

mówieniach publicznych podnosi się do rangi regularnego wymogu bezpośrednio wynikającego z umowy. Pokwitowanie stabilizuje bowiem sytuację dowodową w interesie obu stron umowy.

Jeśli zaofiarowany przedmiot zamówienia nie jest kompletny, dotknięty wadliwością lub w inny sposób odbiega od treści zobowiązania, zamawiający powinien uchylić się od jego przyjęcia. Obecnie na tle zasad prawidłowej gospodarki i obowiązku dochodzenia roszczeń brak podstaw do konstruowania tzw. warunkowego odbioru, zwłaszcza dzieła lub robót budowlanych, nawet dotkniętych wadami nieistotnymi, praktykowanego w poprzednim okresie ustrojowym, który polegał na przyjęciu przedmiotu z brakami lub wadami, aby stworzyć niezbędne podstawy do zapłaty wynagrodzenia, natomiast wykonawca zobowiązywał się do późniejszego usunięcia braków tytułem odszkodowania *in natura* albo na podstawie przepisów o rękojmi⁴²¹. Także generalny brak podstaw do stosowania przedpłat ze środków publicznych sprzeciwia się takim praktykom, z naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń. Oczywiście, alternatywnie względem wstrzymania odbioru, rozważyć można przyjęcie części zamówienia (por. jednak art. 450 kc), nawet gdyby nie zastrzeżono tego z góry w umowie. Wysokość zapłaty nie może zaś przewyższać rzeczywistej wartości odebranej części przedmiotu zamówienia. Niekiedy jako rzekomą podstawę żądania pełnego wynagrodzenia, pomimo zaofiarowania dzieła lub robót w stanie niepełnym lub z wadami, wskazuje się niezbyt fortunnie art. 642 § 1 kc, który stanowi, że w braku odmiennej umowy wykonawcy należy się wynagrodzenie już w chwili oddania dzieła. Po pierwsze, już dawno dowiedziono, że „oddanie” dzieła i jego „odbior” pozostają w ścisłej korelacji i zbieżności czasowej⁴²², a w art. 642 § 1 kc chodzi jedynie o swoiste przynaglenie zamawiającego do czynności odbiorczych. Po drugie, tylko zaofiarowanie dzieła (robót) w zgodzie z umową aktualizuje obowiązek odbioru. Wskazuje na to zresztą wyraźnie art. 643 kc, stanowiący, że zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło (roboty) wydane mu przez wykonawcę zgodnie ze zobowiązaniem.

Znaczenie prawne częściowego odbioru świadczenia nie jest dostatecznie jasne. O jego dopuszczalności, zwłaszcza przy usługach lub robotach budowlanych, przesądza zasadniczo wola stron (por. np. art. 642 § 2 kc). W jej braku aktualny pozostaje tylko jeden odbiór całkowity, w związku z prawidłowym wykonaniem zamówienia. W świetle wykładni funkcjonalnej obowiązujących przepisów, odbiorom częściowym rzadko można przypisać skutki zwalniające, a mianowicie tylko takim, które dotyczą wyodrębnionych elementów świadczenia, na tyle, że mogą stanowić samodzielny przedmiot obrotu, np. pojedyncze urządzenia spośród wielu objętych zamówieniem, ukończone dzieło – jedno z kilku zamówionych, samodzielna część usług zaspakajających wyodrębniony zakres potrzeb zamawia-

⁴²¹ Por. zwłaszcza A. Brzozowski: Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie za wady dzieła, Warszawa 1986, s. 33 i n wraz z powołanym tam orzecznictwem, a także wyrok Sądu Najwyższego z 12 października 2016 r. (II CSK 15/16), Lex nr 215410.

⁴²² Przyzwyczajenia z poprzedniego okresu ustrojowego legły zapewne u podstaw paru orzeczeń Sądu Najwyższego uznających zamawiającego inwestora za obowiązane do przyjęcia obiektu budowlanego, wprawdzie wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, lecz dotkniętego wadami nieistotnymi. Por. zwłaszcza wyroki SN z: 5 marca 1997 r. (II CKN 28/97), OSNC 1997, nr 7–8, poz. 90, 7 kwietnia 1998 r. (II CKN 673/97), niepublikowany oraz z 22 czerwca 2007 r. (V CSK 99/07) z krytyczną glosą J.P. Naworskiego, OSP 2009, Nr 1, poz. 7. Doktryna odrzuciła całkowicie ten kierunek orzecznictwa. Por. zwłaszcza J. Strzępka, E. Zielińska: Umowy o roboty budowlane w systematyce Kodeksu cywilnego – de lege lata i de lege ferenda, cz. I, MP 2007, nr 10, s. 541 i n.

jącego itd. Na ogół jednak odbiór częściowy odnosi się tylko do określonego etapu realizacji zamówionych usług lub robót, nie zaspokajającego ostatecznie potrzeb zamawiającego. Dowodzi on co najwyżej prawidłowej realizacji uzgodnionego harmonogramu prac lub właściwego stopnia ich zaawansowania i może nawet uzasadniać tzw. płatności częściowe, w formie stosownych zaliczek należnych wykonawcy. Nie pociąga wszakże jakichkolwiek skutków zwalniających, ponieważ nie może stanowić podstawy rozliczenia zamówienia. W szczególności niezbędny jest całościowy odbiór końcowy, w celu sprawdzenia rzeczywistej ilości i jakości przedmiotu zamówienia oraz kompatybilności poszczególnych jego elementów. Takim właśnie „wstępno – przejściowym” znaczeniem odbioru częściowego operuje art. 654 kc, zgodnie z którym w braku odmiennego postanowienia umowy o roboty budowlane zamawiający obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części zamówienia. Z bieżącej praktyki oraz orzecznictwa wynika jednak, że nie mogą być przyjmowane roboty w toku, niezakończone, lecz wyłącznie takie, które dadzą się wyodrębnić w ramach zamkniętego etapu realizacyjnego. Przepis art. 654 kc stanowi *lex specialis* względem art. 450 kc o uprawnieniu zamawiającego do odmowy przyjęcia świadczenia częściowego. Według dominującego w judykaturze i piśmiennictwie zapatrywania nie operuje on bynajmniej odbiorem częściowym zwalniającym z długu, nie pociąga jakiegokolwiek wygaśnięcia zobowiązania i nie pozbawia stron możliwości całościowego rozliczenia zamówienia, lecz jedynie potwierdza fakt wykonania oznaczonej części robót, aby następnie można było uruchomić zapłatę „odpowiedniej części wynagrodzenia”⁴²³. Obecnie konsekwentnie należałoby zatem rozpatrywać ją w kategoriach zaliczki na poczet kosztów realizacji zamówienia – płatnej w transzach albo w ramach wyjątkowej (dozwolonej ustawowo) przedpłaty, czy nawet zapłaty ratalnej, lecz nie zapłaty finalnej. Poza tym okres rękojmi względem wszystkich elementów przedmiotu zamówienia biegnie dopiero od dnia jego całkowitego (kompleksowego) obioru⁴²⁴. Zgodnie ze stanowiskiem zawartym w wyroku Sądu Najwyższego z 2 grudnia 2015 r. (sygn. akt: IV CSK 120/15) częściowy odbiór robót i zapłata za nie wynagrodzenia nie oznacza definitywnego rozliczenia zamówienia. Przedmiotem zobowiązania wykonawcy jest bowiem oddanie całości obiektu, a nie jego poszczególnych części. Końcowe rozliczenie robót może zatem obejmować także prace już uprzednio odebrane i zapłacone, a inwestor oraz wykonawca mogą przy rozliczeniu końcowym korygować swoje stanowisko, zwłaszcza w zakresie wcześniejszych rozliczeń pieniężnych⁴²⁵. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, przy braku odmiennego postanowienia, wykonawcy należy się część wynagrodzenia odpowiadająca wartości wykonanych robót, ustalona na zasadzie proporcjonalności⁴²⁶. W celu usunięcia nieustających nieporozumień pożądana

⁴²³ Por. zwłaszcza M. Gutowski: Kodeks cywilny (t. I)... op. cit., s. 720 oraz P. Drapała: Kodeks cywilny (t. IV)... op. cit., s. 850–853, wraz z powołanym tam orzecznictwem.

⁴²⁴ Por. zwłaszcza J. P. Naworski: Wpływ istnienia wad... op. cit., s. 11 i n., tenże: Początek biegu terminu przedawnienia roszczeń wynikających z umowy o dzieło, PPH 1998, Nr 6, s. 6 i n., oraz P. Drapała: Kodeks cywilny (t. IV)... op. cit., s. 852–853, a także uchwałę Sądu Najwyższego z 28 października 1997 r. (III CZP 42/97), OSNC 1998, Nr 4, poz. 54 z omówieniem W. Robaczyńskiego, „Przegląd Sądowy” 1999, Nr 7–8, s. 102 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 12 stycznia 2006 r. (II CK 336/05), Legalis.

⁴²⁵ Podobnie Sąd Najwyższy w wyrokach z 4 września 2004 r. (I CK 1/02), 23 stycznia 2007 r. (II CSK 275/06), 26 kwietnia 2007 r. (III CSK 366/06) oraz z 25 września 2014 r. (II CSK 645/13), Legalis.

⁴²⁶ Por. P. Drapała: Kodeks cywilny (t. IV)... op. cit., s. 851, wraz z powołanym tam orzecznictwem.

jest rychła interwencja legislacyjna w zakresie art. 654 kc albo jego uszczegółowienie na gruncie prawa zamówień publicznych.

Wykonawca spełniając świadczenie może żądać od zamawiającego pokwitowania, także w szczególnej formie, jeśli ma w tym interes, ale musi wtedy ponieść koszty jego wystawienia (art. 462 kc). Jeżeli zamawiający odmawia pokwitowania, wykonawca może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia albo złożyć przedmiot świadczenia do depozytu sądowego (art. 463 kc)⁴²⁷. Pisemne pokwitowanie potwierdzające prawidłowe wykonanie zamówienia należy do oświadczeń wiedzy⁴²⁸, pełni wyłącznie funkcję dowodową⁴²⁹, wzmacniającą domniemanie faktyczne prawidłowego wykonania zamówienia, które może być jednak obalone dowodem przeciwnym. Z procesowego punktu widzenia pokwitowanie jest dokumentem prywatnym w rozumieniu art. 245 kc, z którego wynika, że osoba ujawniona w podpisie złożyła to oświadczenie⁴³⁰. W treści pokwitowania zamawiający – wierzyciel poświadcza spełnienie przez wykonawcę świadczenia w całości albo w części, może też wskazać dług, z którym było ono związane, a także miejsce i datę spełnienia świadczenia, zamykając oświadczenie podpisem. Wykonanie robót budowlanych oraz świadczenie niektórych usług dokumentuje się zwyczajowo w formie protokołu odbioru, który zastępuje skrócone pokwitowanie. Praktyka stosowania protokołów ukształtowała się w poprzednim okresie ustrojowym, pod wpływem przepisów dopuszczających ustalenie, a następnie specjalny tryb rozstrzygania, ewentualnych rozbieżności, a także szczegółową inwentaryzację wad i usterek, wymagających fachowego usunięcia, co odzwierciedlano sukcesywnie w prowadzonym na bieżąco protokole. W piśmiennictwie zaznaczyły się wątpliwości co do tego, na kim: wykonawcy, czy zamawiającym, spoczywa ciężar dowodu, że zobowiązanie nie zostało w ogóle wykonane albo wykonane nienależycie, w razie procesu sądowego o spełnienie świadczenia *in natura*. Dominuje zapatrywanie o potrzebie odwrócenia ciężaru dowodu z art. 6 kc, w oparciu o *ratio legis* art. 462 kc, a mianowicie to nie powód – zamawiający, lecz pozwany – wykonawca powinien powołać się na należyte wykonanie zobowiązania okazując pokwitowanie⁴³¹, w przeciwnym wypadku zachodzi domniemanie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Dopiero gdy wykonawca okaże pokwitowanie, ciężar dowodu zmierzającego do obalenia powyższego domniemania przechodzi na zamawiającego – wierzyciela.

9. Zasady swobody walutowej, nominalizmu i terminowej zapłaty

Swoboda walutowa stanowi zasadę na obszarze Unii Europejskiej. Do niedawna obowiązywał wymóg wyrażania zobowiązań pieniężnych zaciąganych na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej w walucie polskiej. Zastosowanie waluty obcej, jako wyjątkowe, obarczone było

⁴²⁷ Ważne złożenie do depozytu sądowego ma takie same skutki, jak spełnienie świadczenia i zobowiązuje wierzyciela do zwrotu kosztów złożenia. W zamówieniach publicznych zdarza się sporadycznie.

⁴²⁸ Tak zwłaszcza A. Janiak: op. cit., s. 37.

⁴²⁹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 2 lipca 2009 r. (V CSK 4/09), Legalis.

⁴³⁰ Por. A. Janiak: op. cit., s. 37 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

⁴³¹ Obarczenie powodowego zamawiającego ciężarem dowodu niewykonania zobowiązania przez wykonawcę, według reguły z art. 6 kc, nie ma praktycznego sensu. Por. W. Czachórski: op. cit., s. 242–243, Z. Radwański: Zobowiązania... op. cit. s. 340 oraz K. Zagrobelny: op. cit., s. 935. Odmienne jednak F. Zoll: op. cit., s. 31.

określonymi przesłankami. W 2009 r. złagodzone to ograniczenie, a w 2016 r. zostało niemal zupełnie zawieszone⁴³². Obecnie zobowiązania pieniężne mogą być już wyrażone, jak i płatne, w walucie polskiej, europejskiej albo obcej, w zgodzie z zasadą swobody kontraktowej (art. 353¹ kc). Nadal jednak dotyczy to zobowiązań pieniężnych, które podlegają wykonaniu (zapłacie) na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Jeżeli natomiast zamawiający ma siedzibę w Polsce, a wykonawca za granicą – miejscem wykonania zobowiązania pieniężnego jest siedziba lub rachunek wierzyciela zagranicznego. Dlatego należy mieć na uwadze dwie okoliczności. Po pierwsze, w obrocie dewizowym z zagranicą nadal obowiązują – nieliczne już – ograniczenia, wymuszające potrzebę uzyskania zezwolenia dewizowego, zwłaszcza na transfer środków płatniczych za granicę w związku z rozpoczęciem tam działalności gospodarczej, stosownie do art. 9–10 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. Prawo dewizowe⁴³³. Z naturalnych względów w sektorze publicznym obowiązuje wymóg rozliczeń bezgotówkowych, co w przypadku rozliczeń w walucie obcej łączy się z posiadaniem rachunku dewizowego. Po drugie, wykonawca zagraniczny na ogół nie bywa zainteresowany przyjęciem zapłaty w walucie polskiej, nawet jeśli to wynikało z prawa polskiego, jako właściwego dla kontraktu. W celu uniknięcia nieporozumień i niepotrzebnych sporów w zamówieniach publicznych należy z góry wszystkie kwestie walutowe przesądzić w umowie. Wynika to zresztą wyraźnie z dyspozycji art. 36 ust. 2 pkt 6 Pzp, przewidującej wskazanie w warunkach zamówienia „informacji dotyczących walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą”, najlepiej w ujęciu warunkowym, na wypadek cudzoziemskiego wykonawcy.

Wykonanie zobowiązania pieniężnego polega na zapłacie, czyli na przeniesieniu na wierzyciela odpowiedniej sumy pieniężnej. Jednak stosownie do nowego art. 358 kc, jeżeli przedmiotem zobowiązania jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, dłużnik może spełnić świadczenie także w walucie polskiej (ma prawo wyboru), chyba że ustawa, orzeczenie sądowe będące źródłem zobowiązania lub czynność prawna (umowa) zastrzega spełnienie świadczenia w walucie obcej. Powyższe uprawnienie wyboru waluty przysługuje wyłącznie dłużnikowi, a nie wierzycielowi, także w zamówieniach publicznych, o ile oczywiście nie zostało ono ograniczone z góry w umowie, w ramach klauzuli efektywnej zapłaty. Ma je tylko dłużnik, nawet w razie spełnienia świadczenia po terminie⁴³⁴. Uprawnienie dłużnika, aktualne aż do całkowitego wygaśnięcia zobowiązania finansowego kwalifikuje się w ramach upoważnienia przemienne (facultas alternativa), z którego można skorzystać zarówno przez złożenie drugiej stronie stosownego oświadczenia, jak i przez samo spełnienie świadczenia. Zastrzeżenie zapłaty wyłącznie w walucie obcej, nazywane klauzulą efektywnej zapłaty, niewątpliwie stabilizuje sytuację na wypadek wahania wartości rodzimej waluty, stąd może wynikać także z orzeczenia sądowego zapadłego w trybie sądowej korekty zobowiązania. Zastrzeżenie klauzuli efektywnej zapłaty w umowie nie musi być wyraźne, może być konkludentne (dorozumiane)⁴³⁵. Jednakże, gdy obowiązuje wymóg formy pisemnej umowy pod rygorem nieważności, dorozumiana klauzula odpada w odniesieniu do zamówień podlegających temu ograniczeniu.

⁴³² Dz. U. z 2015 r., poz. 1311.

⁴³³ Dz. U. z 2012 r., poz. 826 ze zm.

⁴³⁴ Tak M. Lemkowski: op. cit., s. 1274 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z 16 maja 2012 r. (III CSK 273/11), Legalis. Odmienienie P. Machnikowski: Kodeks... op. cit., s. 623 przyznający uprawnienie wyboru także wierzycielowi.

⁴³⁵ Tak słusznie M. Lemkowski: op. cit., s. 1274

Przeliczenia waluty obcej dokonuje się z uwzględnieniem art. 358 § 2 kc, stanowiącego, że wartość waluty obcej określa się według kursu średniego ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski (NBP) z dnia wymagalności roszczenia, chyba że z ustawy, orzeczenia sądowego lub czynności prawnej wynika co innego. W razie zwłoki dłużnika wierzyciel może żądać spełnienia świadczenia w walucie polskiej według kursu średniego ogłaszanego przez NBP z dnia, w którym zapłata jest dokonana. Jeśli w ogóle kurs danej waluty nie jest ogłaszany przez NBP, strony same powinny ustalić sposób przeliczenia takiej waluty, jeśli pragną zapłaty w walucie polskiej⁴³⁶. Dzień wymagalności łączy się z upływem terminu płatności i dlatego powinien to być dzień ustalony jako termin płatności⁴³⁷. W razie zwłoki dłużnika (lecz nie zwykłego opóźnienia), zmierzającego do zapłaty w walucie polskiej, wierzyciel może żądać przeliczenia walutowego nie według dnia wymagalności roszczenia, lecz dnia zapłaty, co ma zapobiegać odraczaniu terminu zapłaty dla samych korzyści wynikających z ewentualnych różnic kursowych.

Zasada nominalizmu wynika natomiast z art. 358¹ kc, w świetle którego jeżeli przedmiotem zobowiązania od chwili jego powstania jest suma pieniężna, spełnienie świadczenia następuje przez zapłatę sumy nominalnej, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Strony mogą zastrzec w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości. W oparciu o ogólną swobodę kontraktową stronom tym bardziej wolno odwołać się do rozmaitych wskaźników pieniężnych, a nie tylko do „innych niż pieniądź mierników wartości”. Suma nominalna to suma pieniężna, na którą zobowiązanie opiewa. Zasada nominalizmu obejmuje także zobowiązania wyrażone w walucie obcej. To, aby zapłata sumy nominalnej pociągała wygaśnięcie zobowiązania, wynika z nadrzędnej zasady bezpieczeństwa i pewności obrotu. Ewentualne zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie od zaciągnięcia zobowiązania pieniężnego do momentu jego wymagalności nie mają wpływu na wysokość zobowiązania pieniężnego. Zmiana siły nabywczej pieniądza mieści się zatem w zakresie ryzyka kontraktowego, które można ograniczać, np. zastrzegając z góry w umowie wyższą sumę pieniężną z uwzględnieniem spodziewanych zmian siły nabywczej pieniądza albo przewidzieć stosowne odsetki. Wyjątki od zasady nominalizmu w zamówieniach publicznych wynikają jedynie z umownych klauzul adaptacyjnych (indeksacyjnych), ponieważ brak w tym zakresie przepisów szczególnych. Sporadycznie zdarza się ingerencja sądowa i to na podstawie art. 632 § 2 kc lub art. 357¹ kc, albowiem zastosowanie mniej uciążliwego art. 358¹ § 3 kc nie dotyczy wykonawców będących przedsiębiorcami.

Miejsce spełnienia świadczenia pieniężnego powinna być, według ogólnego art. 454 § 1 kc, siedziba wierzyciela. W przypadku jednak zapłaty bezgotówkowej miejscem równoznacznym z siedzibą wierzyciela jest umiejscowienie jego rachunku bankowego⁴³⁸. Na dłużniku ciąży zatem ryzyko utraty przesłanych środków, a także opóźnienia w realizacji operacji

⁴³⁶ M. Lemkowski: op. cit., s. 1275.

⁴³⁷ Więcej M. Lemkowski: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 24 lutego 2003 r. (I CKN 316/01), OSP 2005, Nr 7–8, poz. 94, a także glosa do wyroku z 19 kwietnia 2007 r. (I CSK 4/07), MP 2009, Nr 3, s. 165 i n.

⁴³⁸ Tak T. Wiśniewski: op. cit., s. 864, K. Zagrobelny: op. cit., s. 924 oraz A. Janiak: Kodeks cywilny, Komentarz, t. II, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 18, a także postanowienie Sądu Najwyższego z 3 grudnia 1987 r. (II CZ 162/87), Legalis z glosą J. Nieworskiego „Palestra” 1992, Nr 1–2, s. 88, wyrok Sądu Najwyższego z 8 listopada 1989 r. (III CRN 345/89), Palestra 1992, Nr 1–2, s. 88 oraz uchwała Sądu Najwyższego z 20 listopada 1992 r. (III CZP 138/92) OSNC 1993, Nr 6, poz. 96 z glosą A. Szpunara, PPH 1993, Nr 13, s. 26.

rozliczeniowej. Do zapłaty dochodzi bowiem w momencie „uznania” rachunku wierzyciela określoną kwotą, ponieważ dopiero od tego momentu może on rozporządzać przekazanymi środkami⁴³⁹. Jeżeli jednak wierzyciel podał błędne oznaczenie rachunku ponosi skutki ewentualnego opóźnienia w zapłacie⁴⁴⁰. Formy rozliczeń bezgotówkowych określają przepisy art. 63 i następne ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe⁴⁴¹. W szczególności są to polecenie przelewu, polecenie zapłaty, akredytywa albo czek rozrachunkowy. Wybór formy wynika z umowy. Polecenie przelewu to dyspozycja dłużnika udzielona bankowi w zakresie obciążenia jego rachunku określoną kwotą i uznania tą kwotą rachunku wierzyciela. Polecenie zapłaty wydaje zaś bankowi wierzyciel domagając się uznania swojego rachunku określoną kwotą na podstawie uprzedniej zgody dłużnika. Z kolei czek rozrachunkowy zawiera dyspozycję wystawcy udzieloną trasatowi do obciążenia jego rachunku określoną kwotą i uznania tą kwotą rachunku posiadacza czeku. Może być przedstawiony do rozrachunku ze skutkami zapłaty bezpośrednio u trasata lub w banku. Uznanie rachunku posiadacza czeku sumą czekową następuje po uzyskaniu przez bank pokrycia od trasata w postaci środków wystarczających do zapłaty.

Termin zapłaty za wykonane zamówienie publiczne ustala się z góry w umowie, w przeciwnym wypadku świadczenie pieniężne powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania (art. 455 kc). Wezwanie przekształca zobowiązanie w terminowe. Rolę wezwania może spełnić także doręczenie faktury, jeżeli została opatrzona wzmianką wzywającą do zapłaty⁴⁴². Charakter wezwania do zapłaty jest sporny. Dominuje pogląd uznający je za oświadczenie woli, z uwagi na skutek w postaci przekształcenia zobowiązania⁴⁴³. Termin zapłaty za zamówienie publiczne jest poczytywany, w braku odmiennego zastrzeżenia, za termin przewidywany na korzyść dłużnika, a zatem może on uiścić należność wcześniej⁴⁴⁴.

Wykonawca – wierzyciel nie może odmówić przyjęcia zapłaty częściowej, choćby cała wierzytelność była wymagalna. Niekiedy bowiem zdarza się, że zamawiający popada w okresowe trudności finansowe (podmioty lecznicze, instytucje kultury, niektóre ośrodki pomocy społecznej). Strony transakcji handlowej mogą też ustalić z góry w umowie harmonogram spełnienia świadczenia pieniężnego w częściach (ratach), pod warunkiem, że ustalenie takie, nie jest rażąco nieuczciwe wobec wykonawcy – wierzyciela w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty transakcjach handlowych⁴⁴⁵. Oceny, czy postanowienia umowne o płatnościach częściowych są rażąco nieuczciwe wobec wykonawcy, dokonuje się biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności rażące odstępstwa od ustalonych praktyk handlowych, naruszające wymagania dobrej wiary, a także właściwości przedmiotu zamówienia. W przeciwnym wypadku postanowienia umowy o płatnościach

⁴³⁹ Tak A. Janiak: op. cit., s. 18. Por. też wyrok Sądu Najwyższego z 12 lipca 1996 r. (II CRN 79/96), Monitor Prawniczy 1997, Nr 2, poz. 5.

⁴⁴⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 13 września 1985 r. (IV CR 225/85) OSNC 1986, Nr 9, poz. 143.

⁴⁴¹ Dz. U. z 2016 r. poz. 1988 ze zm.

⁴⁴² Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 19 maja 1992 r. (III CZP 56/92) z glosą K. Korzana, „OSP 2003, Nr 3, poz. 48 oraz wyrok z 23 października 2001 r. (I KKN 323/99), z glosą M. Smyka, „OSP 2003, Nr 10, poz. 122.

⁴⁴³ Więcej A. Janiak: op. cit., s. 24.

⁴⁴⁴ W przeszłości zapłatę dokonywaną w trakcie biegu terminu zapłaty, na ogół bezpodstawnie, uważano niekiedy za uchybienie urzędnicze, ponieważ jakoby zamawiający pozbawiał się możliwości oprocentowania środków poświęconych na zapłatę. Obecnie nie można wykluczyć takich właśnie rozwiązań wewnętrznych.

⁴⁴⁵ Dz. U. z 2016 r., poz. 684.

częściowych będą nieważne z mocy art. 13 tej ustawy, a cała wierzytelność pieniężna stanie się wymagalna po upływie standardowego 30 dniowego terminu zapłaty. Rozłożenie płatności na raty nie pozbawia wykonawcy roszczenia o odsetki ustawowe od każdej zaległej części świadczenia pieniężnego. Osoba trzecia może spłacić cudzy dług pieniężny. Wierzycielowi nie wolno odmówić przyjęcia zapłaty wymagalnej, chociażby osoba trzecia działała bez wiedzy dłużnika (art. 356 § 2 kc). W zamówieniach publicznych raczej nie zdarza się aby osoba trzecia spłacała wykonawcę, wyjątek może dotyczyć jednak podmiotu odpowiedzialnego za zadłużenie zamawiającego (np. jednostka samorządu terytorialnego decyduje się niekiedy oddłużyć szpital, instytucję kultury lub inną jednostkę popadłą w stan niewypłacalności)).

Podstawą zapłaty jest faktura (rachunek), wystawiona przez wykonawcę po dokonaniu odbioru przedmiotu umowy przez zamawiającego. Jej zasadność podlega kontroli finansowej przez księgowego jednostki zamawiającej. Do niedawna można było ustalić z góry w umowie specjalny termin na doręczenie faktury zamawiającemu, po odbiorze świadczenia niepieniężnego. Według art. 8a ustawy o terminach zapłaty, strony transakcji handlowej nie mogą już ustalać daty doręczenia faktury (rachunku) potwierdzającej dostawę lub wykonanie usług bądź robót, pod rygorem nieważności takiej klauzuli. Chodzi o to, aby wykonawca był swobodny w tym zakresie i mógł doręczyć fakturę nawet natychmiast po pozytywnym zakończeniu czynności odbioru przedmiotu zamówienia.

Umowny termin zapłaty w transakcji handlowej (z przedsiębiorcą)⁴⁴⁶ nie może przekraczać 30 dni, od dnia doręczenia zamawiającemu – dłużnikowi faktury (rachunku) potwierdzającej dostawę towaru lub wykonanie usług (robót), a gdy zamawiającym jest publiczny podmiot leczniczy⁴⁴⁷ termin ten nie może przekraczać 60 dni (art. 8 ust. 2 ustawy). Wyjątkowo jednak strony transakcji handlowej mogą ustalić termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, pod warunkiem, że ustalenie to jest „obiektywnie uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy, a termin ten nie przekracza 60 dni”. Jeśli ustalono dłuższy, niż 30 dniowy termin zapłaty, a warunek powyższy nie został spełniony – wykonawcy, który uprzednio spełnił swoje świadczenie niepieniężne, po upływie 30 dni przysługują odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych (art. 8 ust. 4 ustawy). Zastrzeżenie przeciwnie jest nieważne. W przypadku, gdy nie ma możliwości ustalenia daty otrzymania faktury (rachunku) potwierdzającej dostawę bądź wykonanie usług lub robót⁴⁴⁸ albo gdy faktura (rachunek) została doręczona wyjątkowo przed spełnieniem świadczenia niepieniężnego, termin zapłaty jest liczony od dnia faktycznego otrzymania przez dłużnika przedmiotu umowy (art. 8 ust. 5 ustawy). Dla ścisłości trzeba dodać, że „otrzymanie świadczenia” następuje dopiero poprzez jego odbiór przez zamawiającego, jako wykonanego zgodnie z umową. Od niedawna także czas odbioru świadczenia niepieniężnego został objęty limitem ustawowym, w celu przeciwdziałania zatorom płatniczym, nie powinien przekraczać 30 dni (art. 9 ustawy). Jeśli jednak fakturę (rachunek)

⁴⁴⁶ Ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nie stosuje się do umów, których stronami są wyłącznie podmioty zaliczane do sektora finansów publicznych.

⁴⁴⁷ W rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 2–4 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U z 2018 r., poz. 160).

⁴⁴⁸ Określenie „faktura potwierdzająca dostawę towaru lub wykonanie usług” nie jest dostatecznie precyzyjne, odnosi się bowiem do wszelkich świadczeń; nie traci swoich walorów, jeśli nie zawiera wzmianki o przyjęciu przedmiotu świadczenia (praktykowanej zwyczajowo jedynie przy dostawach i niektórych usługach), które zostało pokwitowane w formie osobnego dokumentu bądź nawet wynika ze specjalnego protokołu odbioru. Więcej B. Glapiński: Sędzia o terminach zapłaty w transakcjach handlowych – odsetkowy zawrót głowy, „Rzeczpospolita” z 5 lipca 2016 r. dodatek „Prawo” s. 4.

doręczono zamawiającemu wraz z przedmiotem zamówienia przed rozpoczęciem sprawdzającego badania jego zgodności z umową, termin zapłaty jest liczony dopiero od zakończenia czynności odbiorczych (badania zaofiarowanego przedmiotu).

Wyróżnia się dwa rodzaje odsetek: kapitałowe oraz za opóźnienie⁴⁴⁹. Pierwsze stanowią w istocie wynagrodzenie z korzystania z cudzych pieniędzy (kredyt, pożyczka prolongata płatności) albo z tytułu wydatków poniesionych w cudzym interesie⁴⁵⁰. Drugi rodzaj odsetek to rodzaj sankcji o funkcjach kompensacyjnych. Odsetki należą się w tej samej walucie na jaką opiewa świadczenie główne. Oba rodzaje odsetek kwalifikuje się tradycyjnie w kategoriach świadczenia ubocznego, o charakterze okresowym, ponieważ o ich wysokości przesądza upływ czasu. Zgodnie z art. 359 kc odsetki od sumy pieniężnej należą się tylko wtedy, gdy wynika to z czynności prawnej (umowy) lub ustawy, z orzeczenia sądu lub innego organu. Kredyt bankowy z mocy prawa bankowego powinien być oprocentowany, natomiast pożyczka niekoniecznie, możliwe są więc pożyczki bezprocentowe. Podobnie tzw. kredyt kupiecki, polegający na odroczeniu zapłaty za dostarczone towary lub świadczone usługi (roboty), nie musi być oprocentowany. Jeśli jednak odsetki zostały zastrzeżone – podlegają przepisom kodeksowym. Sąd ustala odsetki rzadko, zazwyczaj w związku z zastosowaniem klauzuli *rebus sic stantibus*. Z ustawy wynikają przede wszystkim odsetki za opóźnienie (art. 481 kc) oraz z tytułu wspomnianego wyżej zwrotu wydatków, o ile strony nie postanowią inaczej. W zamówieniach publicznych podstawowe znaczenie mają zatem postanowienia umowy. Jeżeli wysokość odsetek kapitałowych nie została ustalona, należą się odsetki ustawowe w wysokości równej stopie referencyjnej NBP plus 3,5 punktów procentowych⁴⁵¹. Maksymalna wysokość tych odsetek wynikających z umowy nie może w stosunku rocznym przekraczać dwukrotności wysokości odsetek ustawowych (odsetki maksymalne). Jeśli jednak wartość odsetek umownych przekroczy powyższy limit, należą się odsetki maksymalne. Postanowienia umowne nie mogą wyłączać ani ograniczać przepisów o odsetkach maksymalnych, także w razie dokonania wyboru prawa obcego, w takim wypadku stosuje się przepisy ustawy o terminach zapłaty.

Zupełnie inaczej unormowano odsetki za opóźnienie w zapłacie w przepisach art. 481–482 kc, uzupełnionych dyspozycjami ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Jeżeli zamawiający – dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Roszczenie o te odsetki nie zależy zatem ani od winy dłużnika, ani od szkody, wystarczy jakiegokolwiek opóźnienie w zapłacie, nawet przypadkowe. Wprawdzie strony mogą złagodzić reżim odsetkowy, uzależniając wymagalność odsetek od winy, wprowadzając „odsetki za zwłokę”, lecz w zamówieniach o statusie transakcji handlowej będzie to zastrzeżenie bezskuteczne (art. 8 ust. 1 ustawy). Tylko wyjątkowo w razie zwłoki dłużnika w zapłacie, pokrzywdzony wierzyciel może żądać dodatkowo naprawienia szkody na zasadach ogólnych (art. 481 § 3 kc), lecz wysokość odszkodowania uzupełniającego wraz z na-

⁴⁴⁹ Więcej M. Lemkowski: *Odsetki cywilnoprawne*, Warszawa 2007, s. 47 i n.

⁴⁵⁰ Uprawnionemu należy się zwrot wydatków wraz z odsetkami poniesionych w ramach zlecenia, prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia oraz składek, z art. 742, 753 § 2 i 842 § 2 kc.

⁴⁵¹ Minister Sprawiedliwości obwieszcza w MP wysokość odsetek ustawowych.

leżnymi odsetkami nie może przekroczyć rzeczywistej wysokości szkody⁴⁵². Opóźnienie zamawiającego – dłużnika nie ma miejsca jeśli sam wykonawca dopuścił się zwłoki, np. nie podał prawidłowego oznaczenia rachunku bankowego albo uchybił innej formalności warunkującej zapłatę. Roszczenie o odsetki za czas opóźnienia powstaje od razu z chwilą nadjęcia opóźnienia. Staje się osobno wymagalne za każdy dzień opóźnienia⁴⁵³. Ma charakter okresowy i jako takie przedawnia się po upływie 3 lat⁴⁵⁴. Tradycyjnie stopę odsetek wyznaczają same strony w umowie, lecz w transakcjach handlowych obowiązują rozwiązania szczególne. Maksymalna jej wysokość nie może przekroczyć dwukrotności wysokości odsetek ustawowych. Jeśli stopa odsetek nie została oznaczona przez strony, zgodnie z ogólnym art. 481 § 2 kc należą się odsetki ustawowe za opóźnienie w wysokości równej stopie referencyjnej NBP i 5,5 punktów procentowych, a zastrzeżenia przeciwne są nieważne⁴⁵⁵. W zamówieniach o statusie transakcji handlowej przepis ten został jednak zastąpiony rozwiązaniem odmiennym.

W transakcjach handlowych bieg maksymalnie 30 (60) dniowego terminu zapłaty podlega ogólnym przepisom kodeksowym; to samo dotyczy ustalenia wymagalności zapłaty, ponieważ art. 481 § 1 kc nie został wyłączony⁴⁵⁶. Obowiązuje jednak swoiste pojęcie „odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych” z odrębnym reżimem odpowiedzialności odsetkowej. Wprawdzie dopuszcza się umowne zastrzeżenie wyższych niż ustawowe odsetek za opóźnienie, lecz w zasadzie nie dotyczy to zamówień publicznych, ponieważ z art. 8 ust. 1 ustawy o terminach zapłaty wynika, że gdy dłużnikiem jest podmiot publiczny w rozumieniu art. 3 ust. 1 Pzp, „wierzycielowi bez wezwania przysługują odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych (...)”. Oznacza to również, że w transakcjach z udziałem publicznego zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3 Pzp odsetki ustawowe są sztywne, skoro nie można zastrzec ani wyższej, ani niższej stopy odsetkowej. Jeśli zaś zamawiającym jest podmiot zależny od państwa lub samorządu w ujęciu art. 3 ust. 1 pkt 1–4 Pzp albo wyjątkowo osoba prywatna udzielająca zamówienia na warunkach art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, ograniczenie w zakresie wyższych odsetek nie obowiązuje. W obu przypadkach można ustalić krótszy niż 30 dniowy termin zapłaty. Wymagalność roszczenia odsetkowego uwarunkowana jest uprzednim spełnieniem świadczenia niepieniężnego, doręczeniem faktury i upływem terminu zapłaty. Jeśli w umowie nie ustalono terminu zapłaty, uprawnienie odsetkowe wierzyciela aktualizuje się dopiero z upływem 30 dni od spełnienia świadczenia niepieniężnego⁴⁵⁷. Postanowienia naruszające przepisy ustawy w zakresie odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych są nieważne, a zamiast nich zastosowanie mają naruszone przepisy.

Odsetki są wymagalne bez potrzeby „wzywania” do ich uiszczenia, w praktyce zwanym „naliczeniem odsetek”. Skoro odsetki jedynie „przysługują” wierzycielowi „bez wzywa-

⁴⁵² Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 28 kwietnia 1958 r. (ZCR 460/57), OSN 1959 r., Nr 2, poz. 53 oraz M. Lemkowski: *Odsetki...* op. cit., c. 324–327.

⁴⁵³ Tak Sąd Najwyższy w uchwale z 5 kwietnia 1991 r. (III CZP 21/91), OSNC 1991, Nr 10–12, poz. 121, a także M. Lemkowski: op. cit., s. 96.

⁴⁵⁴ Tak Sąd Najwyższy w uchwale z 26 stycznia 2005 r. (III CZP 42/04) OSNC 2005, Nr 9, poz. 149.

⁴⁵⁵ Obwieszcza je Minister Sprawiedliwości w „Monitorze Polskim”.

⁴⁵⁶ Więcej M. Lemkowski: *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 24 kwietnia 2003 r.* (I CKN 316/01), OSP 2005, Nr 7–8, poz. 94, a także J. Jastrzębski, A. Koniewicz: *Wymagalność roszczeń*, PPH 2006, Nr 5, s. 34 i n.

⁴⁵⁷ Por. A. Jankowski: *Naliczanie odsetek z nowej ustawy o terminach zapłaty*, „Gazeta Podatkowa” z 26 sierpnia 2013 r., s. 3.

nia” ich zapłata nie musi być automatyczna, stronom wolno bowiem odsetki te umorzyć lub powstałą z tego tytułu należność rozłożyć na raty, jak również wykonawca może zwyczajnie nie dochodzić należnych mu odsetek, co po 3 latach doprowadzi do przedawnienia roszczenia. Rzutuje to na osobistą odpowiedzialność urzędników sektora publicznego „za dopuszczenie do odsetek, z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych” uzależnionej od konieczności ich zapłaty przez zamawiającego, a nie od samej wymagalności. Odsetki za opóźnienie w transakcjach handlowych liczy się osobno za każdy dzień, począwszy od dnia wymagalności zapłaty za przedmiot zamówienia do dnia rzeczywistej zapłaty należności głównej. Od zaległych odsetek nie można żądać od razu odsetek za opóźnienie (tzw. anatocyzm), lecz dopiero od chwili wytoczenia o nie powództwa, chyba że po powstaniu zaległości strony zgodziły się na doliczenie zaległych odsetek do dłużnej sumy⁴⁵⁸. Z chwilą bowiem kapitalizacji odsetki tracą charakter należności ubocznej i przekształcają się w należność główną⁴⁵⁹. Wysokość odsetek ustawowych za opóźnienie w transakcjach handlowych, odpowiada wysokości równej stopie referencyjnej NBP plus 8 punktów procentowych, a więc odbiegają od odsetek kodeksowych, są surowsze o 2,5 punktu procentowego.

Specjalny ryczałt dodatkowy przysługuje wykonawcy poza odsetkami za opóźnienie na podstawie art. 10 ustawy o terminach zapłaty, w wysokości równowartości 40 euro, wymagalny od dnia nabycia uprawnienia do odsetek, bez wezwania, z tytułu „rekompensaty za koszty odzyskiwania należności”, a gdyby okazało się, że uzasadnione „koszty” odzyskiwania należności są wyższe – wierzycielowi należy się dopłata. Oznacza to, że zryczałtowany zwrot kosztów nie zależy ani od winy ani od szkody, lecz dopiero, gdy uprawniony zażąda kwoty o równowartości 40 euro. Źródłem powyższej zryczałtowanej odpowiedzialności zamawiającego jest sama ustawa, zastrzeżenia przeciwnie w umowie są nieważne, a zamiast nich wiążą dyspozycje ustawowe. Jedyną przesłanką tego swoistego uprawnienia jest opóźnienie w zapłacie za wykonane zamówienie publiczne. Żądanie ryczałtu nie zależy od wykazania poniesienia jakichkolwiek kosztów odzyskiwania należności⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Więcej M. Lemkowski: *Odsetki...* op. cit., s. 374 i n. Por. też wyrok Sądu Najwyższego z 1 października 1998 r. (I CKN 782/97), OSNC 1999, Nr 5, poz. 92.

⁴⁵⁹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 24 września 2015 r. (V CSK 732/14) Legalis. Więcej M. Lemkowski: *Odsetki...* op. cit., s. 374 i n., wraz z powołanym tam orzecnictwem.

⁴⁶⁰ Tak Sąd Najwyższy w uchwale z 11 grudnia 2015 r. (III CZP 94/15), Baza Orzecnictwa Sądu Najwyższego. Krytycznie S. Gołębiowski: *Nowe instrumenty zwalczania opóźnień płatności w ustawie o terminach zapłaty*, PPH 2015, Nr 1, s. 33 i n., B. Glapiński: op. cit., s. ... oraz P. Kędzierski: *Uwagi na tle przesłanek ryczałtu za koszty odzyskiwania należności*, Forum Prawa Handlowego, www.lawblog.pl.

V. ZALICZKOWANIE WYKONAWCY

1. Pojęcie i funkcje zaliczki

Określenie zaliczka funkcjonuje w języku potocznym w kilku znaczeniach. Na ogół przez zaliczkę rozumie się – nie całkiem trafnie – część należności (ratę) wypłacanej z góry na poczet zobowiązania pieniężnego, z tytułu wynagrodzenia za pracę, dzieło lub roboty budowlane albo na poczet ceny kupna towaru. Utożsamiana bywa bowiem często niesłusznie z przedpłatą, a nawet z zadatkiem. Tymczasem funkcjonuje jako odrębna, choć akcesoryjna umowa, zbliżona do pożyczki celowej (z zasady jest zwrotna), lecz może być rozliczona w drodze potrącenia z należnością z umowy podstawowej. Na ogół wynika z dodatkowego zastrzeżenia umownego wskazującego na jej znaczenie prawne. Jednakże w praktyce, gdy wola stron nie jest dostatecznie jasna, stanowi źródło niepotrzebnych wątpliwości i niepewności. Z braku ustawowej regulacji zaliczka funkcjonuje jako uzupełniająca czynność nienazwana w granicach ogólnej swobody kontraktowej (art. 353¹ kc).

Zaliczka podlega reglamentacji ustawowej w zakresie zobowiązań opłacanych ze środków publicznych ze względu na zagrożenia dla interesu publicznego, związane zwłaszcza z niebezpieczeństwem wyłudzenia pieniędzy. W świetle powoływanego już art. 216 ust. 1 Konstytucji środki finansowe na cele publiczne są wydatkowane w sposób określony w ustawie. Oznacza to, że o dopuszczalnych formach (instrumentach) wydatków ze środków przesądzają selektywnie przepisy prawa⁴⁶¹. Według art. 44 ust. 2 ufp jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków publicznych zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków, chyba że co innego wynika z przepisów szczególnych. Nie ma zatem normy nadrzędnej zezwalającej ogólnie takim jednostkom na udzielanie zaliczek w transakcjach cywilnoprawnych. Wręcz przeciwnie obowiązuje wymóg ustawowego ustalenia granic stosowania zaliczek i przedpłat, uzasadniony celowością i oszczędnością oraz terminową realizacją zapłaty (art. 44 ust. 3 ufp), narzucający faktyczne pierwszeństwo świadczenia niepieniężnego przed świadczeniem pieniężnym.

Ograniczenia z ustawy o finansach publicznych, a także z art. 151a ust. 3–7 Pzp, odpadają w odniesieniu do zamówień udzielanych przez instytucje spoza sektora finansów publicznych (por. art. 151a ust. 8 Pzp). Udzielanie przez nie zaliczek jest zatem bardziej swobodne, odbywa się właściwie tylko z uwzględnieniem przepisów kodeksowych oraz funkcji i natury zaliczki (art. 353¹ kc), choć warunki zaliczkowania muszą być z góry ustalone w warunkach zamówienia. Wynikająca natomiast z art. 743 kc, stosowana powszechnie, zaliczka przy umowach zlecenia doznaje jednak ograniczeń przewidzianych w art. 151a Pzp, jeśli zamówienie pochodzi od jednostki sektora finansów publicznych. Mianowicie, gdy wykonanie zlecenia wymaga wydatków, wykonawca może żądać od zamawiającego odpowiedniej zaliczki, co – jak się zdaje – nie uchybia rygorom wydatkowania środków publicznych „zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków”⁴⁶². Brak dostatecznych podstaw do wyłączenia przepisu art. 743 kc, w sferze finansów publicznych, co potwierdza też bieżąca praktyka. W szczególności w odnie-

⁴⁶¹ Por. R. Szostak: Charakter prawny zaliczki w ramach zamówień publicznych, PIP 2008, Nr 3, s. 36.

⁴⁶² Por. R. Szostak: Charakter prawny zaliczki...op. cit., s. 37.

sieniu do drobnych zamówień publicznych udziela się pracownikom zlecenia zakupu gotówkowego wraz z zaliczką na pokrycie kosztów transakcji.

Funkcje zaliczki są co najmniej dwie. W pierwszej kolejności wzmacniając pozycję dłużnika świadczenia niepieniężnego ułatwia mu znacznie spełnienie tego świadczenia. Z założenia bowiem zaliczki udziela się przed spełnieniem świadczenia niepieniężnego na sfinansowanie nakładów (kosztów) wykonawcy. Dlatego art. 509 poprzednio obowiązującego kodeksu zobowiązań przewidywał zaliczkę dla wykonawcy zlecenia nie tylko na wydatki, lecz także na wszelkie nakłady majątkowe niezbędne do należytego wypełnienia zlecenia⁴⁶³. Druga funkcja zaliczki wiąże się z tym, że zostaje ona udzielona na poczet później wymagalnego świadczenia pieniężnego (funkcja płatnicza), stąd przypisuje się jej nieco na wyrost znaczenie zapłaty części należnego świadczenia pieniężnego. Zaliczka nie może zatem nabierać charakteru kaucyjnego, ponieważ nie spełnia ona jakiegokolwiek funkcji zabezpieczającej względem zobowiązania podstawowego. Z kolei zaliczka od zadatku (art. 394 kc) różni się tym, że zadatek usprawniając odpowiedzialność odszkodowawczą za niewykonanie zobowiązania pełni funkcję zryczałtowanego odszkodowania pieniężnego, a jego zatrzymanie albo zwrot w podwójnej wysokości jest uzasadnione rozwiązaniem zobowiązania. Zaliczka zaś nie ma znaczenia odszkodowawczego i w ogóle jest pozbawiona jakichkolwiek funkcji związanych z dochodzeniem odpowiedzialności cywilnoprawnej. Jednakże w razie wykonania umowy zadatek ulega zaliczeniu na poczet świadczenia strony, która go dała (wtórnie wchodzi w status zaliczki)⁴⁶⁴, a gdy zaliczenie nie jest możliwe – zadatek ulega zwrotowi (art. 394 § 2 kc). W obrocie powszechnym zdarza się, że strony umowy określają kwotę wręczaną przy zawarciu umowy mianem zadatku, podczas gdy w istocie wolą swoją zmierzają do zastrzeżenia zaliczki na poczet świadczenia pieniężnego⁴⁶⁵; nierzadkie też są sytuacje odwrotne⁴⁶⁶.

W praktyce przedmiotem zaliczki są wyłącznie pieniądze, natomiast zadatek może być także niepieniężny. W braku wyraźnego postanowienia ustawy zaliczka ma charakter konsensualny, zadatek jest zaś realny. Stąd powinien być dany przy zawarciu umowy pod rygorem bezskuteczności całego zobowiązania⁴⁶⁷. Brak takiego wymogu przy zaliczce powoduje, że może być ona wypłacona później, a uchylenie się przyrzekającego od wydania uzgodnionej sumy zaliczki nie pociąga nieważności umowy podstawowej, lecz uzasadnia jedynie odpowiedzialność (odszkodowawczą) w granicach zobowiązania dodatkowego. Zaliczka nie kreuje jednak w pełni samodzielnego zobowiązania. Jest ona zobowiązaniem akcesoryjnym (zawistym) względem

⁴⁶³ Por. W. Ludwiczak: *Umowa zalecenia*, Poznań 1955, s. 125 i n.

⁴⁶⁴ Cz. Żuławska (w): *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2006, s. 206.

⁴⁶⁵ Por. A. Olejniczak (w): *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 933, a także powołany tam wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 1969 r. (II CR 122/69), niepublikowany.

⁴⁶⁶ W takich przypadkach trzeba kierować się zasadą, zgodnie z którą o kwalifikacji prawnej umowy przesądza jej treść a nie nazwa, ewentualnie błędnie zastosowana przez strony.

⁴⁶⁷ Poważnych trudności kwalifikacyjnych nastręcza przypadek wręczenia kontrahentowi określonej kwoty nie przy zawieraniu, lecz po zawarciu umowy. Według wyroku Sądu Najwyższego z 7 października 1999 r. (I CKN-262/98), Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2000, Nr 4, poz. 71, kwota tak wręczona nie może być uznana za zadatek. W indywidualnych okolicznościach, w świetle wykładni woli stron, może być ona jednak pojmowana w kategoriach zaliczki. Trzeba jednak zgodzić się z poglądem doktryny, że zadatek nie traci swojego realnego charakteru, jeśli uzgodniona kwota wręczona została wprowadzie po zawarciu umowy, lecz w bezpośrednim związku z jej nawiązywaniem na podstawie wyraźnego w niej zastrzeżenia. Por. zwłaszcza głosę P. Drapały do wyroku Sądu Najwyższego z 7 października 1999 r. (I CKN-262/98), RP 2001, Nr 1, s. 142 oraz głosę R. Wrzcionka do wyroku Sądu Najwyższego z 13 lutego 2002 r. (IV CKN-672/00), „Glosa” 2007, Nr 4, s. 52–52.

zobowiązania podstawowego, którego nieważność pociąga także upadek zobowiązania zaliczkowego. W konsekwencji dyspozycję z art. 743 kc, zgodnie z którą, gdy wykonanie zlecenia wymaga wydatków, zleceniodawca powinien na żądanie wykonawcy udzielić mu odpowiedniej zaliczki, trzeba rozumieć w ten sposób, że wykonawca nabywa na podstawie tego przepisu jedynie roszczenie o zawarcie dodatkowej umowy zaliczki w celu ułatwienia pokrycia wydatków.

Przedpłata, określana często błędnie zaliczką, nie stanowi żadnej szczególnej konstrukcji prawnej, dopóki, dopóty mieści się w pojęciu zapłaty⁴⁶⁸. W szczególności, gdy zgodnie z art. 488 kc strony odstąpią od zasady jednoczesnego spełnienia świadczeń z umowy wzajemnej, wcześniejsze spełnienie świadczenia pieniężnego (w części) przesądza o jego wcześniejszej wymagalności (o roszczeniu), co jest prostą konsekwencją związania określonym terminem zapłaty. W razie zatem wcześniejszego odstąpienia od umowy przez wierzyciela świadczenia niepieniężnego, zwłaszcza z powodu wad przedmiotu świadczenia jest dopuszczalne żądanie zwrotu przedpłaty, a w razie niezawinionej niemożliwości świadczenia żądanie zwrotu można oprzeć na przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 493–495 kc). Dopiero, gdy przedpłata stanowi przedmiot odrębnej umowy, zwłaszcza o charakterze subskrypcyjnym względem planowanej umowy o bezpośredniej doniosłości (np. co do stosowanej dawniej sprzedaży samochodów na przedpłaty) zbliża się funkcjonalnie do zaliczki sensu stricto z obowiązkiem rozliczenia⁴⁶⁹. Odróżniając jednak zaliczkę na poczet zapłaty od zaliczki z obowiązkiem rozliczenia⁴⁷⁰, od razu można dostrzec wyraźną różnicę. Pierwszy rodzaj zaliczki prowadzi do przysporzenia o charakterze definitywnym (brak efektu „zaliczkowości”) i dlatego zarachowuje się ją na poczet przyszłego świadczenia tego, kto ją dał. Natomiast przy drugim rodzaju zaliczki biorący musi się liczyć z obowiązkiem jej wykorzystania zgodnie z przeznaczeniem, rozliczeniem i zwrotem pobranej kwoty w całości lub w części, jeśli wydatki (koszty) okazały się mniejsze⁴⁷¹. W rezultacie wzmocnieniu ulega funkcja stymulacyjna, związana z ułatwieniem drugiej stronie spełnienia świadczenia. Ujawnia się ona zwłaszcza na gruncie art. 743 kc, operującym żądaniem rozliczenia zaliczki. Zastosowanie zaliczki z obowiązkiem rozliczenia łączy się niewątpliwie z powierniczym przekazaniem drugiej stronie uzgodnionej sumy pieniężnej na określony cel, przy warunkowej możliwości zarachowania jej na poczet świadczenia pieniężnego. Stymulacyjna funkcja zaliczki nakazuje ujmować ją w kategoriach szczególnego obowiązku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem (art. 354 § 2 kc)⁴⁷², kreowanego bezpośrednio wolą kontrahentów.

Wracając wszakże do typowej przedpłaty podkreślić trzeba, że jest ona nadal wykluczona w stosunkach z udziałem jednostek sektora finansów publicznych z uwagi na brak wyraźnego przyzwolenia ustawowego (art. 216 ust. 1 Konst.). Wręcz odwrotnie, z ustawy o finansach publicznych wynika pośrednio pierwszeństwo świadczenia niepieniężnego przed świadczeniem pieniężnym, które pozostaje w zgodzie zwłaszcza z zasadą efektywności wydatków publicznych (art. 44 ust. 3), a także z kontrolą finansową podstaw zapłaty (art. 54 ust. 3). Poza tym nawet

⁴⁶⁸ R. Szostak: Charakter prawny zaliczki...op. cit., s. 39.

⁴⁶⁹ Tamże. Por. też Cz. Żuławska: Sprzedaż konsumencka (w:) Obywatel–przedsiębiorstwo. Zagadnienia prawne świadczeń na rzecz konsumenta, red. E. Łętowska, Ossolineum 1982, s. 41–42.

⁴⁷⁰ Za konstrukcją zaliczki opowiedział się UZP w opinii dotyczącej tzw. przedpłat na prenumeratę czasopism lub gazet, dostępnej na stronie internetowej UZP.

⁴⁷¹ Por. A. Nowacki: Zaliczka na poczet przewidywanej dywidendy, PPH 2007, Nr 11, s. 39 i n.

⁴⁷² Tak też P. Machnikowski (w:) Kodeks cywilny. Komentarz, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 1161– co do zaliczki przy zleceniu z art. 743 kc.

kodeksowego wymogu jednoczesnego spełnienia świadczeń z umowy wzajemnej nie można obecnie zachować w przypadku bezgotówkowego rozliczenia transakcji. Stąd od dawna dominuje w doktrynie pogląd, że w zobowiązaniach wzajemnych świadczenie niepieniężne powinno być spełnione w pierwszej kolejności, także w stosunkach obrotu powszechnego⁴⁷³. Nie bez znaczenia są ponadto ochronne dyspozycje zawarte w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, która w pełni odnosi się do zamówień publicznych⁴⁷⁴.

Granice dopuszczalnego udzielania zaliczek w zamówieniach publicznych wynikają art. 151a Pzp. Zamawiający może udzielić zaliczki na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjątek dotyczy jednak zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki albo negocjacji bez ogłoszenia, w odniesieniu do których ustawa wyklucza możliwość zaliczkowania wykonawcy, choć ograniczenie to nie dotyczy placówek służby zagranicznej (ambasad, konsulatów, misji), jeśli wartość zamówienia nie sięga europejskiego progu kwotowego. Wykluczenie zaliczki w odniesieniu do zamówień udzielanych w powyższych dwóch trybach uzasadnione zostało zapewne potrzebą przeciwdziałania zagrożeniom sprzyjającym wyłudzeniom środków pieniężnych od zamawiającego i innym niedozwolonym praktykom na szkodę interesu publicznego. Duże znaczenie ma bowiem istotne ograniczenie jawności i przejrzystości, postępowania w porównaniu z procedurami uruchamianymi na podstawie publicznego ogłoszenia.

2. Charakter prawny i warunki zaliczki z art. 151a Pzp

Fakultatywny charakter zaliczki przewidzianej w art. 151a Pzp, w odróżnieniu do zaliczki na wydatki przy zleceniu w rozumieniu art. 743 kc, wynika wprost z tego przepisu. Zamawiający nie może być zatem narażony na jakiekolwiek roszczenie drugiej strony, czy też na żądanie wykonawcy w ramach odwołania do KIO, przysługującego mu przy ubieganiu się o zamówienie publiczne, nawet gdyby faktycznie zaliczka była pożądana ze względów funkcjonalnych, a to z uwagi na brak elementu bezprawności.

Cel zaliczki w zamówieniach publicznych wynika zaś *expressis verbis* z art. 151a Pzp, operującego określeniem „zaliczka na poczet wykonania zamówienia” wyraźnie wynika, że chodzi wyłącznie o zaliczkę na sfinansowanie kosztów zamówienia. Wykluczona jest zatem nie tylko przedpłata, lecz także zbliżona do niej prosta zaliczka (w ujęciu potocznym) na poczet wynagrodzenia (ceny). Dlatego w umowie zaliczki należy wyraźnie wskazać taki właśnie cel zaliczkowania wykonawcy, co ma doniosłe znaczenie z punktu widzenia odpowiedzialności za ewentualne wyłudzenie środków lub uchylenie się od ich zwrotu (zob. dalej). Cel zaliczki: „na koszty wykonania zamówienia” wskazuje pośrednio także na górną granicę jej wysokości. Stąd zapewne ustawodawca zrezygnował z jakiegokolwiek limitowania sumy zaliczki. Zamawiający doskonale zorientowany w czynnikach wpływających na wartość udzielanego zamówienia powinien wyznaczyć wysokość zaliczki (procentowo lub kwotowo), z góry w warunkach

⁴⁷³ Por. zwłaszcza T. Wiśniewski (w:) Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 1, Warszawa 2005, s. 535, W. Popiołek: Kodeks cywilny – Komentarz, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2002, s. 1059 oraz K. Zagrobelny (w:) Kodeks cywilny – Komentarz, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 834.

⁴⁷⁴ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2006 r. (III CZP-124/05), z aprobowaną glosą R. Szostaka, ST 2006, Nr 7–8, s. 156 in.

zamówienia. W każdym razie wysokość zaliczki nie powinna przekraczać kosztów spełnienia świadczenia, ani tym bardziej całkowitej wartości umownej zamówienia. Poza tym analizowana zaliczka podlega „rozliczeniu”. Taki jej charakter wynika z kolei z przepisu art. 151a ust. 4 Pzp, według którego „zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek pod warunkiem, że wykonawca wykaze, iż wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek”. Wprawdzie tu słowo „zaliczka” wyrażone zostało w ujęciu przedmiotowym, ale przepis wyraźnie wskazuje na potrzebę rozliczenia przekazanej kwoty.

Niejasne pozostaje natomiast to, czy umowa zaliczki powinna stanowić dodatkowe zastrzeżenie do umowy podstawowej o zamówienie publiczne, czy też wymaga odrębnego (dodatkowego) aktu. W braku ograniczenia ustawowego za dopuszczalne uznać trzeba oba rozwiązania, tym bardziej przy konsensualnym charakterze zaliczki, do której można się zobowiązać definitywnie także po podpisaniu umowy podstawowej. Inaczej niż w przypadku zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zobowiązanie zaliczkowe nie stanowi przesłanki skuteczności umowy podstawowej. W konsekwencji wykonawca nie może uchylić się od zawarcia umowy podstawowej żądając uprzedniego nawiązania zobowiązania zaliczkowego. Jeśliby jednak zamawiający uchylił się od złożenia definitywnego oświadczenia woli w sprawie zaliczki lub od jej terminowego wypłacenia – wykonawcy przysługuje roszczenie odszkodowawcze lub roszczenie sądowe o zawarcie umowy przyrzeczonej na podstawie art. 390 kc. Wprowadzenie bowiem wstępnego przyrzeczenia zaliczki do ogłoszenia o zamówieniu lub do specyfikacji istotnych warunków zamówienia skutkuje finalnie nawiązaniem umowy przedwstępnej w wyniku wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej, akceptującej – jak wiadomo – wszystkie te warunki⁴⁷⁵. O dopuszczeniu zaliczki przesądza w istocie sam zamawiający (proponując jej warunki) niepodlegające już negocjacjom w dalszym trybie postępowania, choć wykonawcy przed upływem terminu do składania ofert mogą wnosić zastrzeżenia w trybie odwoławczym.

Skutków prawnych analizowanej zaliczki nie określono – niestety – w ustawie, zwłaszcza na wypadek jej defraudacji, wykorzystania niezgodnego z przeznaczeniem, uchylenia się od rozliczenia otrzymanej kwoty, nie wspominając o żądaniu zwrotu części środków wypłaconych ponad potrzebę albo nawet pełnej kwoty na wypadek odstąpienia od umowy podstawowej. Brak normatywnego określenia warunków zobowiązania zwrotnego uwidacznia się szczególnie na tle obligatoryjnego zabezpieczenia zaliczki przekraczającej 20% wartości zamówienia, które niewątpliwie dotyczy jej zwrotu. Z drugiej strony jednak według art. 151a Pzp podstawą rozliczenia zaliczki są nakłady efektywnie poniesione przez wykonawcę, który ma „wykazać, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek”, a raczej wypłaconych kwot. Zasięg zobowiązania „zwrotnego”, podobnie jak i pozostałe istotne warunki zaliczki muszą być z góry określone przez zamawiającego w warunkach zamówienia. Sytuację utrudnia nieco fakt, że ustawodawca w art. 151a Pzp operuje – niepotrzebnie – dwoma znaczeniami określenia „zaliczka”. W pierwszym idzie o umowę zaliczki, natomiast w drugim o jej przedmiot (stąd „kolejne zaliczki”), co do którego bardziej adekwatne byłoby wyrażenie „kwota zaliczki”. W rezultacie przyjąć trzeba, że zaliczka, jako umowa dodatkowa względem udzielanego zamówienia publicznego jest jedna, ale sumą nią objęta może być wypłacona w transzach sukcesywnie, na miarę zaawansowania wykonania zamówienia. Rozwiązanie

⁴⁷⁵ O mechanizmie postępowania ofertowo-eliminacyjnego zob. zwłaszcza J. Rajski: *Aukcja...* op. cit., s. 8, Cz. Żuławska: *Komentarz do kodeksu...* Op. cit., s. 166 oraz R. Szostak: *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu...* op. cit., s. 100 i n.

takie stanowi nawet zasadę, skoro w świetle art. 151a ust. 4 Pzp „zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek (kwot – podkr. R.Sz.), pod warunkiem, że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek”. Nie wydaje się zasadne twierdzenie, aby nie wolno było ustanowić drobnej zaliczki płatnej jednorazowo, zwłaszcza, gdy właściwości zamówienia sprzeciwiają się podziałowi przedmiotu umowy na części podlegające odrębnym odbiorom ze strony zamawiającego.

Warunki zaliczki określa się z góry w ramach warunków zamówienia (projektu umowy) lub w zaproszeniu do negocjacji, pod rygorem nieważności tej dodatkowej czynności prawnej ze względu na wyraźną sprzeczność z jednoznaczną dyspozycją ustawową (art. 58 kc). Zapowiedzią powinny być objęte wszystkie warunki akcesoryjnej umowy zaliczki, zarówno obiektywnie, jak i subiektywnie (podmiotowo) istotne. W razie naruszenia ustawy, zwłaszcza gdy żądanie zabezpieczenia zaliczki ma dyskryminacyjny charakter, wykonawcy mogą korzystać z odwołań i skarg sądowych. Od razu nasuwa się potrzeba ustalenia elementów przedmiotowo istotnych umowy zaliczki, bez których nie dojdzie ona do skutku (elementów koniecznych). Niewątpliwie należy do nich przyrzeczenie udzielenia zaliczki na poczet wykonania oznaczonego zamówienia, ze wskazaniem wysokości kwoty obciążającej zamawiającego, a także celu zaliczki w odniesieniu do świadczenia wynikającego ze skonkretyzowanej umowy podstawowej. Ze względu na wyraźne brzmienie ustawy przy zaliczkach przekraczających 20% wysokości wynagrodzenia jest wymagane zabezpieczenie zwrotu zaliczki, pod rygorem nieważności czynności prawnej (art., 151a ust. 6 Pzp w zw. z art. 58 kc). Wskazanie zaś sposobu rozliczenia i podstawy zwrotu zaliczki jest pożądane, lecz nie konieczne, dla istnienia tego akcesoryjnego stosunku, powinno jednak wyraźnie wynikać z ustawy, z uwagi na ochronę interesu publicznego. Zasadnicze znaczenie ma tu określenie celu zaliczki, „na koszty” realizacji konkretnego zamówienia, a z niego pośrednio wnioskować można o rozliczeniu i ewentualnym zwrocie całości lub części zaliczki.

Konieczne jest natomiast oznaczenie terminu wykonania zobowiązania zaliczkowego przez zamawiającego (wypłaty zaliczki). Według ogólnego art. 455 kc, jeśli termin spełnienia zaliczki nie zostanie oznaczony, kierować się trzeba „właściwościami zobowiązania”, związanymi z celem zaliczki „na koszty zamówienia”. W najgorszym zatem razie zaliczka powinna być wypłacona bezpośrednio przed poniesieniem określonych kosztów, na wezwanie wykonawcy do zapłaty przyrzeczonej sumy. W razie spóźnienia się zamawiającego z wypłatą przyrzeczonej sumy, wykonawcy należą się odsetki za opóźnienie, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności za które zamawiający nie ponosi odpowiedzialności (art. 481 § 1 kc). Jeżeli stopa odsetek za opóźnienie nie była z góry oznaczona należą się odsetki ustawowe. W razie zwłoki (opóźnienia zawinionego) zamawiającego, wykonawca może nadto żądać naprawienia szkody na zasadach ogólnych. Ze względu na funkcje zaliczki „na koszty zamówienia”, która ułatwia wykonawcy wywiązanie się ze świadczenia, pełniąc rolę szczególnego instrumentu współdziałania wierzyciela z dłużnikiem (art. 354 kc)⁴⁷⁶, uchylenie się od terminowej wypłaty zaliczki powinno być kwalifikowane w kategoriach zwłoki wierzyciela ze skutkiem z art. 486 § 1 kc (odszkodowanie), z wyłączeniem możliwości uznania ewentualnego opóźnienia drugiej strony w wykonaniu świadczenia niepieniężnego za zwłokę w ujęciu art. 476 kc⁴⁷⁷. W takim razie ewentualne spóźnienie samego wykonawcy w realizacji zamówienia może pozostać bez konse-

⁴⁷⁶ Por. P. Machnikowski: op. cit., s. 1161, co do zaliczki przy zleceniu.

⁴⁷⁷ Por. R. Szostak: Charakter prawny zaliczki... op. cit., s. 43.

kwencji odszkodowawczych, zwłaszcza jeśli brak środków (zaliczki) uniemożliwił mu terminową realizację zamówienia. W żadnym jednak wypadku stan niewypłacalności zamawiającego, tym bardziej okresowa utrata przez niego możliwości płatniczych, nie uprawniają wykonawcy do uznania zobowiązania za wygasłe wskutek niemożności spełnienia świadczenia w rozumieniu art. 475 kc⁴⁷⁸. Według umacniającego się poglądu, wykonawca może wtedy co najwyżej powstrzymać się ze swoimi świadczeniami do czasu, gdy zamawiający nie zaofiaruje odszkodowania⁴⁷⁹. W świetle powyższego jest pożądane nie tylko ustalenie w umowie terminu wypłaty zaliczki, lecz także innych warunków jej wymagalności. W szczególności nie ma żadnych przeszkód aby uwarunkować wymagalność wypłaty zaliczki na rzecz wykonawcy od udzielenia zamawiającemu zaliczki na poczet dotacji ze środków europejskich (art. 189 ust. 2 ustawy o finansach publicznych)⁴⁸⁰, a nawet dopuścić przekazanie stosownej kwoty ze środków dotacyjnych (obsługę prowadzi Bank Gospodarstwa Krajowego) bezpośrednio na rachunek wykonawców, z pominięciem rachunku zamawiającego – beneficjenta.

Zabezpieczenie zwrotu zaliczki stanowi doniosły element tego rodzaju świadczenia o charakterze zwrotnym. Wymaga – jak wiadomo – dodatkowej czynności prawnej, zwłaszcza udzielenia poręczenia lub gwarancji bankowej (ubezpieczeniowej), wystawienia weksla in blanco bądź ustanowienia zastawu. Zamawiający według ustawy żąda wniesienia zabezpieczenia, gdy ma ono charakter obligatoryjny, ale jeśli zamawiający poniecha tego żądania – nie odbywa się to bez wpływu na zobowiązanie. W odniesieniu do zabezpieczenia obligatoryjnego umowa zaliczki pozostaje – jak się zdaje – bezskuteczna, aż do czasu ustanowienia wymaganego zabezpieczenia. Stosownie do art. 151a ust. 6a Pzp w przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki, w umowie określa się jego formę (formy), wysokość, a także sposób ustanowienia i zwrotu. Wolno też dopuścić możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie realizacji zamówienia. Podkreślić wszakże trzeba, że porozumienie w sprawie zabezpieczenia może przybrać formę dodatkowej czynności prawnej, np. co do tzw. deklaracji wekslowej ustalającej przesłanki skorzystania z zabezpieczenia wekslowego, zwłaszcza w zakresie uzupełnienia weksla.

Warunki rozliczenia zaliczki udzielanej na „koszty realizacji zamówienia” mają pierwszoplanowe znaczenie praktyczne. Chodzi przecież o przekazanie dłużnikowi uzgodnionej kwoty do określonego wykorzystania, z zastrzeżeniem jej zarachowania na poczet wymagalnej należności wzajemnej dłużnika i ewentualnego zwrotu pozostałej części. Z obligatoryjnego punktu widzenia podstawowe znaczenie ma tu warunkowy zwrot zaliczki w części lub w całości, jeżeli nie wykorzystano jej bądź wykorzystano niezgodnie z przeznaczeniem. Dłużnik zwolniony jest od zwrotu tylko o tyle, o ile wymagalne staje się świadczenie wzajemne z tytułu przysługującej mu zapłaty za spełnione należycie dostawy, usługi lub roboty budowlane. Szczególny przypadek zachodzi, gdy umowa o zamówienie publiczne okaże się nieważna, zwłaszcza wskutek uchybień popełnionych w trakcie przetargu lub innej procedury udzielenia

⁴⁷⁸ Por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2003 r. (III KKN-1320/00), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna” 2004, Nr 7–8, poz. 112.

⁴⁷⁹ Tak. T. Wiśniewski: op. cit., s. 571, P. Machnikowski: op. cit., s. 842 oraz R. Szostak: Charakter prawny zaliczki... op. cit., s. 43.

⁴⁸⁰ Szczegółowy tryb udzielenia zaliczkowej dotacji przez instytucję zarządzającą określa rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego z 18 grudnia 2009 r. w sprawie warunków i trybu udzielania i rozliczania zaliczek oraz z zakresu i terminów składania wniosków o płatność w ramach programów finansowanych z udziałem środków europejskich (Dz. U. 223, poz. 1786).

zamówienia. Zaliczka podlega wtedy zwrotowi, jeśli nie może być uwzględniona w ramach rozliczenia nienależnego świadczenia. Udzielonej zaliczki dłużnik może użyć (odpowiednio) wyłącznie na sfinansowanie rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia; w pozostałym zakresie wymagalny jest zwrot, co ma istotne znaczenie na wypadek częściowego odstąpienia od umowy przez zamawiającego w oparciu o art. 145 Pzp. W celu wzmocnienia ochrony interesów zamawiającego w tym zakresie, w praktyce często zastrzega się w umowie zaliczki konieczność zdeponowania i utrzymywania sumy zaliczki na wyodrębnionym rachunku bankowym (subkoncie) wykonawcy. Dodatkowo usuwa to wątpliwości w odniesieniu do sprzeniewierzenia zaliczki w wypadku, gdy wykonawca pokryje z otrzymanej kwoty jakieś wymagalne od dawna zaległości wobec osób trzecich. Analizowana zaliczka na pokrycie kosztów zamówienia publicznego nie jest jednak wolna od zajęcia egzekucyjnego, tak jak dotacja budżetowa znajdująca się na wyodrębnionym rachunku bankowym. Wyjątek dotyczy jednak zaliczki udzielanej na pokrycie wydatków służbowych, w tym kosztów podróży i wyjazdów⁴⁸¹.

W razie uzgodnienia wypłaty zaliczki w transzach powinno się wykazać w umowie dokładnie przesłanki wymagalności kolejnych transz, ponieważ stosownie do art. 151a ust. 4 Pzp zamawiający może „udzielać” (raczej wypłacać) kolejnych zaliczek, pod warunkiem, że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek. W wypadku odmiennej woli stron do umowy wejdzie dyspozycja tego przepisu, który ma charakter bezwzględnie wiążący. Zastosowanie zwrotu „wykonawca (...) wykonał zamówienie” oznacza, że konieczną przesłanką „kolejnej zaliczki” jest odbiór części należnego świadczenia przez zamawiającego. Złagodzenie tej przesłanki, zwłaszcza przez odrzucenie konieczności odbioru części świadczenia, sfinansowanego z uprzedniej transzy zaliczki, prowadzić będzie do sprzeczności z pojęciem „wykonania zamówienia”. Nie do pomyślenia jest np. sytuacja, w której droga do „kolejnej zaliczki” na materiały budowlane otworzy się już wtedy, gdy wykonawca wykaże się samym dowiezieniem na plac budowy bez konieczności udowodnienia wykorzystania ich w procesie budowlanym. Poza tym częściowy odbiór przedmiotu zamówienia usuwa wątpliwości co do zakresu skutecznego (poprawnego) wykonania zamówienia, z uwagi na swój aprobacyjny i dokumentacyjny charakter.

Kwalifikacja prawna rozliczenia (zwrotu) zaliczki to nie tylko problem przesłanek (defraudacja, sprzeniewierzenie co do celu, nieważność lub odstąpienie od zobowiązania podstawowego, częściowe wykonanie zamówienia lub mniejszymi nakładami), lecz także podstawy prawnej. Poszukując właściwej subsumcji, od razu trzeba odrzucić analogię względem depozytu (kaucji) i zastawu, przede wszystkim z uwagi na odmienny cel gospodarczy tych instytucji, związanych z zabezpieczeniem interesów wierzyciela, podczas gdy zaliczka służy interesom dłużnika. Do zwrotu (nawet nadpłaconej) zaliczki nie mogą mieć zastosowania także przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, które odnoszą się tylko do sytuacji, gdy strony nie są związane stosunkiem umownym⁴⁸². Jedynie w odniesieniu do zawyżonej zaliczki – przedpłaty można sensownie operować konstrukcją nienależnego świadczenia, jeśli spełniona zostanie przesłanka z art. 410 k.c. Analizowana zaliczka jest niewątpliwie czynnością powierniczą. Prowadzi bowiem do przeniesienia określonych środków pieniężnych (własności)

⁴⁸¹ Por. zwłaszcza art. 8 § 1 ustawy z 17 czerwca 1996 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz. U. z 2005 r., Nr 229, poz. 1954 ze zm.).

⁴⁸² Tak w odniesieniu do sposobu zaspokojenia się z przedmiotu kaucji J. Gołaczyński i A. Stangret: Zabezpieczenie o charakterze kaucyjnym, „Rejent” 2001, Nr 11, s. 82.

na kontrahenta w jego interesie, z zastrzeżeniem koniecznego ich wyodrębnienia od pozostałego mienia (rachunek) i odpowiedniego wykorzystania na ściśle oznaczony cel, z obowiązkiem zwrotu pozostałej części⁴⁸³. Wobec braku ogólnej regulacji czynności powierniczych (a także samej zaliczki), z konieczności stosować trzeba w drodze analogii, choćby co do samego żądania zwrotu zaliczki, przepisy normujące instytucję zbliżoną. Wprawdzie pewne podobieństwo zachodzi w stosunku do depozytu nieprawidłowego, a pośrednio w wyniku odesłania z art. 845 k.c., także wobec pożyczki, ze względu na możliwość rozporządzania powierzonymi środkami, ale brak tu odniesienia do istotnego „rozliczeniowego” elementu zobowiązania.

Dlatego należy zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego⁴⁸⁴, że do zwrotu nadpłaconej lub niewykorzystanej należycie części zaliczki analogiczne zastosowanie powinien znaleźć przepis art. 394 § 2 k.c., regulujący zarachowanie i zwrot zadatku. W pozostałym zakresie zaliczka z obowiązkiem rozliczenia wykazuje własne, oryginalne cechy obligacyjne.

3. Zabezpieczenie zwrotu zaliczki

Zamawiający żąda ustanowienia zabezpieczenia zaliczki, jeżeli przewidywana wartość zaliczek przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy – rzecz jasna – ustalonego szacunkowo, zgodnie z wymaganiami art. 32–35 Pzp. W pozostałym zakresie żądanie ustanowienia zabezpieczenia jest fakultatywne. Liczą się jednak tylko formy wskazane w art. 148 ust. 1–2 Pzp, także w odniesieniu do zabezpieczenia żądanego fakultatywnie. Zabezpieczenie in casu może być ustanowione w jednej lub w kilku (łącznie) formach w granicach form ustawowo dopuszczalnych. W braku wyraźnego przepisu o formie zabezpieczenia rozstrzyga zamawiający, a nie wykonawca, skoro warunki zaliczki mają być z góry przesądzone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca może jednak wystąpić z odwołaniem. Dlatego sensownym rozwiązaniem pozostaje „odroczenie” tej kwestii na czas podpisania umowy podstawowej, celem umożliwienia drugiej stronie współuczestniczenia w wyborze zadowalającej formy zabezpieczenia. Za istotny (podmiotowo) element umowy zaliczki uznać należy zastrzeżenie co do wysokości i zakresu zabezpieczenia zwrotu zaliczki wypłacanej w transzach, które może przecież wartościowo ograniczać się do pojedynczej raty (najwyższej), skoro warunkiem wypłaty „kolejnych zaliczek (...) jest wykonanie zamówienia w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek”. Podkreślić tu trzeba, że zabezpieczenie zwrotu zaliczki stanowi odrębną czynność prawną względem zabezpieczenia należytego wykonania umowy podstawowej, które służy pokryciu ewentualnych roszczeń jakie mogą przysługiwać zamawiającemu przeciwko wykonawcy z tytułu odszkodowania, kar umownych lub z rękojmi za wady przedmiotu umowy.

Formy możliwego zabezpieczenia zaliczki są zróżnicowane. Z uwagi na prostotę i stosunkowo niskie koszty w obrocie dominują poręczenia i gwarancje zabezpieczające. Przy zabezpieczaniu zwrotu zaliczki liczą się jednak wyłącznie poręczenia i gwarancje udzielane przez podmioty wskazane w ustawie. Z naturalnych względów zabezpieczenie w pieniądzu odpada, chyba że w interesie wykonawcy leży ustanowienie kaucji w walucie obcej, zdeponowanej na

⁴⁸³ Por. zwłaszcza A. Kędzierska-Cieślak: Powiernictwo – próba określenia konstrukcji prawnej PiP 1977, Nr 7, s. 50, oraz Z. Radwański: System... (t. 2)... op. cit., s. 207, R. Rykowski: Uwagi o bankowym rachunku powierniczym, PPH 2005, Nr 7, s. 43.

⁴⁸⁴ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 6 maja 1988 (III CZP-32/88), OSNCP 1989, Nr 10, poz. 152.

wyodrębnionym rachunku dewizowym zamawiającego. Poręczenie lub gwarancja to umowa z osobą trzecią, której stroną nie jest wykonawca. Ten zaś pełni niekiedy jedynie rolę posłańca przekazującego cudze oświadczenie. Umowa ta wymaga zgodnych oświadczeń woli: poręczyciela lub gwaranta (na piśmie) i zamawiającego, choćby w formie dorozumianej. Zamawiający powinien zatem zapoznać się z treścią oświadczenia poręczyciela (gwaranta) przed jego przyjęciem, wyrażającym się w złożeniu drugiej stronie stosownego oświadczenia woli. Sposób nawiązania stosunku poręczycielskiego lub gwarancyjnego, a także zasady odpowiedzialności zobowiązanego z tego tytułu określają odpowiednio przepisy art. 876 i n. kc albo art. 81 i n prawa bankowego. Wystawiony zgodnie z wymaganiami art. 10 prawa wekslowego weksel in blanco powinien być uprzednio poręczony przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową. Zamawiający przechowuje ten dokument zachowując wymagania właściwe dla przechowywania papierów wartościowych. Chodzi bowiem o weksel kaucyjny. Przesłanki skorzystania z weksla (po jego uzupełnieniu) powinny wynikać z umowy^{485 486}. Z kolei zastaw na skarbowych lub samorządowych papierach wartościowych wymaga pisemnej umowy zastawniczej z datą pewną (art. 329 kc) i wydania dokumentu zastawnikowi. Objęcie takim zastawem innych papierów wartościowych jest wykluczone. Dochodzenie roszczeń z przedmiotu zastawu na prawach określają przepisy kodeksu. Słabą zaś stroną zastawu rejestrowego jest niebezpieczeństwo zaniżonej wyceny zastawianego przedmiotu, stąd w praktyce dominuje zastaw na akcjach lub innych papierach wartościowych notowanych w obrocie giełdowym.

Przesłanki i termin uwolnienia zabezpieczenia zaliczki powinien wynikać z góry z warunków jej ustanowienia. Według art. 151a ust. 6a Pzp są to konieczne elementy umowy. W tym zakresie miarodajna powinna być zasada, że zabezpieczenie uwalnia się niezwłocznie po prawidłowym rozliczeniu zaliczki. Jednakże w przypadku zabezpieczenia ograniczającego się pod względem swojej wartości do pojedynczej transzy zaliczki uwolnienie całego zabezpieczenia nie może nastąpić przed całkowitym wykonaniem zaliczkowanego zamówienia lub jego części. Przewidziany w art. 151 ust. 1 Pzp termin 30-dniowy nie odnosi się do zwrotu zabezpieczenia zaliczki, lecz do zabezpieczenia należytego wykonania umowy podstawowej.

Możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki także powinna wynikać z jej warunków (art. 151a ust. 6a zd. 2 Pzp). Jeśli jednak z jakichś względów umowa z góry nie wyklucza możliwości takiej zmiany, jest ona dopuszczalna ad hoc za zgodą obu stron, ponieważ brak wyrażonego przepisu ustawy wyłącza ogólną swobodę kontraktową w tym zakresie. Obowiązywać powinna jednak zasada, że uwolnienie poprzedniego zabezpieczenia następuje dopiero po ustanowieniu nowego zabezpieczenia zwrotu zaliczki.

4. Rozliczenie zaliczki

Ustalenie sposobu rozliczenia zaliczki ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia umorzenia roszczenia wykonawcy o zapłatę. Wprawdzie obie strony muszą współdziałać przy rozliczeniu zaliczki, ale inicjatywa należy tu do wykonawcy. Na nim spoczywa też ciężar dowodu (udokumentowania) prawidłowego wydatkowania powierzonej sumy. Zanie-

⁴⁸⁵ Por. R. Szostak: Charakter prawny zaliczki...op. cit., s. 44.

⁴⁸⁶ Więcej o tym zwłaszcza A. Szpunar: Komentarz do prawa wekslowego i czekowego, Warszawa 1996, s. 75–83.

dbanie może uprawniać, a nawet i zobowiązywać zamawiającego do żądania zwrotu zaliczki w całości. W sferze zamówień finansowanych ze środków publicznych zamawiającego obciąża bowiem obowiązek dochodzenia roszczeń. Stąd urzędnicy zamawiającego narażają się na odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁴⁸⁷. Skoro wręczenie zaliczki nie prowadzi do definitywnego przysporzenia objętych nią środków, powstaje pytanie o sposób zarachowania zaliczki na poczet zapłaty. Zastosowanie konstrukcji klasycznego potrącenia prowadzi do niepotrzebnych trudności realizacyjnych. Lepszy byłby automatyczny sposób rozliczenia, aby prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego od razu prowadziło do wygaśnięcia warunkowego żądania zwrotu zaliczki przez wierzyciela i odpowiadającego mu obowiązku po stronie dłużnika, w połączeniu ze stosownym umorzeniem wzajemnej wierzytelności z tytułu zapłaty za przedmiot zamówienia⁴⁸⁸. W rezultacie obie wierzytelności uległyby umorzeniu do wysokości wierzytelności niższej wraz z nadejściem określonego w umowie zdarzenia (*conditio iuris*)⁴⁸⁹, zwłaszcza w związku z odbiorem przedmiotu zamówienia, wystawieniem faktury i przedłożeniem stosownych dowodów „rozliczeniowych”, wskazujących na należyte wykorzystanie zaliczki. Do zaspokojenia wykonawcy dochodziłoby więc w efekcie prostego zatrzymania zaliczki. Jakikolwiek oświadczenia woli stron w takiej sytuacji byłyby zbędne, co nie wykluczałoby oświadczeń o charakterze informacyjno-dowodowym. Od sumy zaliczki zatrzymanej ponad potrzebę wynikającą z umowy o zamówienie publiczne od razu należą się odsetki za opóźnienie, o ile wymagalność zwrotu nadwyżki nie zależy od uprzedniego wezwania przez wierzyciela. Problem w tym, że w razie nieuzgodnienia przez strony takiego właśnie uproszczonego mechanizmu rozliczenia zaliczki, konieczne jest odwołanie się do ustawy. Obecnie, przy braku ogólnej regulacji prawnej zaliczki, pozostaje jedynie analogiczne zastosowanie art. 394 § 2 k.c., zwłaszcza, że w orzecznictwie jest on uznawany za podstawę żądania zwrotu nadmiernie pobranej zaliczki. Odrzucenie tej możliwości uzasadniałoby konieczność odwołania się do art. 498–499 k.c., ze wszystkimi wynikającymi z tych przepisów konsekwencjami.

Zdarzające się w praktyce przypadki nierozliczenia zaliczki w terminie albo jej sprzeniewierzenia bezpośrednio nie są przestępstwami, ponieważ właścicielem, wprawdzie tylko powierniczym, przekazanych środków od razu staje się wykonawca. Tymczasem do znamion przestępstwa przywłaszczenia (art. 284 kk), którego typem kwalifikowanym jest sprzeniewierzenie, należy bezprawne rozporządzenie cudzymi środkami publicznymi, wbrew udzielonym upoważnieniom⁴⁹⁰. W przypadku zaliczki, podobnie jak i zadatku, przekazane środki obciążone są jedynie obowiązkiem zwrotu. Niedotrzymanie umowy pociąga przede wszystkim odpowiedzialność cywilnoprawną, ułatwioną pod względem dowodowym, gdy zaliczka ma ściśle oznaczony cel i zdeponowana została na wyodrębnionym rachunku. Inaczej byłoby, gdyby np. zamawiający zastrzegając własność przekazywanych środków upoważnił jedynie wykonawcę (zlecenie) do ich wydatkowania w imieniu na rachunek zamawiającego, zwłaszcza na zakupy materiałów

⁴⁸⁷ W świetle bowiem art. 5 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm) ukaraniu podlega nieustalenie lub niedochodzenie nadmiernie pobranych środków albo dopuszczenie do przedawnienia tego rodzaju należności.

⁴⁸⁸ Por. R. Szostak: Charakter prawny zaliczki... op. cit., s. 44.

⁴⁸⁹ Por. też uchwałę Sądu Najwyższego z 6 maja 1988 powołaną w przypisie 29.

⁴⁹⁰ Por. zwłaszcza wyroki Sądu Najwyższego: z 6 stycznia 1978 r. (I KR-197/77), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa” 1978, Nr 6, poz. 64 oraz z 6 maja 2004 r. (V KK-316/03), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa” 2004, Nr 7–8, poz. 70.

niezbędnych do realizacji zamówienia⁴⁹¹. Nasuwa się zatem postulat objęcia ochroną prawnokarną, co najmniej przypadku sprzeniewierzenia zaliczki udzielanej ze środków publicznych, z uwagi na niepomiarne większe niebezpieczeństwo ich utraty, niż środków prywatnych, z uwagi na ujawniające się coraz częściej różne ułomności w zarządzaniu środkami publicznymi. Ochrona cywilnoprawna (odsetki, odszkodowanie) nie zawsze jest wystarczająca⁴⁹². Dlatego fundamentalną rolę w zakresie ochrony interesów publicznych spełnia zabezpieczenie zwrotu zaliczki, którego efektywność zależy jednak od zastosowanego in casu zakresu i formy zabezpieczenia.

Zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja na tle przestępstwa oszustwa z art. 286 kk, polegającego na doprowadzeniu drugiego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (pieniężmi) za pomocą wprowadzenia w błąd albo wykorzystania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Jest to typowy czyn karalny zarzucany przy wyłudzeniu zaliczek. Niekorzystne rozporządzenie mieniem w ujęciu art. 286 kk ma szeroki kontekst znaczeniowy, wystarczy bowiem zwykłe pogorszenie sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, choćby bez wyrządzenia szkody⁴⁹³. O zamiarze sprawcy osiągnięcia korzyści majątkowej w przypadku zaliczki przesądzą okoliczności wskazujące, że już w chwili zawierania umowy nie miał on zamiaru zwrotu zaliczki, przewidując jej zatrzymanie lub inny cel wydatkowania. Dla rzeczywistego zamiaru sprawcy miarodajne powinny być przede wszystkim okoliczności zewnętrzne, wskazujące na pozorność przyrzeczenia rozliczenia lub zwrotu zaliczki, w tym jego stosunek do powinności wykonawczych w ramach zamówienia publicznego. Podobnie jak w przypadku kredytu, o wyłudzeniu zaliczki nie przesądza automatycznie sam fakt zatrzymania przekazanej sumy, czy wydatkowanie jej niezgodnie z przeznaczeniem, jeśli w chwili zaciągania zobowiązania sprawca nie miał zamiaru doprowadzić drugiej strony do niekorzystnego rozporządzenia pieniędzmi⁴⁹⁴.

Osobnym typem przestępstwa jest wyłudzenie samego zamówienia publicznego, które może być środkiem realizacji pozostającego na dalszym planie wyłudzenia zaliczki, tym bardziej, że zysk transakcyjny osiągany w ramach umowy o zamówienie publiczne nie zawsze przedstawia się atrakcyjnie, tak jak zaliczka. Przestępstwa z art. 297 kk dopuszcza się ten, kto w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego zamówienia publicznego od instytucji dysponującej środkami publicznymi – przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę lub nierzetelny dokument albo nierzetelne pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania tego zamówienia. O ile dla zaistnienia oszustwa w zakresie zaliczki konieczne jest zatrzymanie środków, o tyle dla wyłudzenia zamówienia publicznego nie jest konieczne jego uzyskanie, czy osiągnięcie korzyści majątkowej, wystarczy sam zamiar jej osiągnięcia. Do znamion przedmiotowych czynności sprawczej należy zaś „przedłożenie” sfałszowanego lub nierzetelnego dokumentu, wskazującego na okoliczności istotne dla uzyskania zamówienia⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Wymagałoby to – rzecz jasna – przestrzegania wymagań prawa zamówień publicznych przez wykonawcę.

⁴⁹² Por. J. Skorupka: Zagadnienia komplementarności karno-prawnej i cywilnoprawnej ochrony wierzycieli, PiP 2001, Nr 8, s. 32 i n.

⁴⁹³ Por. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas: Kodeks karny – część szczegółowa, Komentarz, t. III, red. A. Zoll. Warszawa 2006, s. 293 i n.

⁴⁹⁴ Por. w tym zakresie M. Rogalski: Pożyczka a przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym, PS 1992, Nr 4, w 17 i n.

⁴⁹⁵ Por. zwłaszcza P. Kardas: Kodeks karny, op. cit., s. 673 i n.

VI. MODYFIKACJE UMÓW O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

1. Uwagi ogólne

Swoboda zmiany umowy o zamówienie publiczne została wyłączona ustawowo, nie tylko z uwagi na potrzebę zaostreżenia wymogu realnego wykonania zobowiązania, lecz także ze względu na nadrzędne zasady równości, uczciwej konkurencji i przejrzystości, obowiązujące przy udzielaniu zamówień publicznych. Warunki umowy finalnej stanowią bowiem podstawowy element szerzej pojętych warunków zamówienia, które wykonawca ubiegający się o zamówienie uwzględnia przy ocenie ryzyka transakcyjnego. Rzutują zatem bezpośrednio na stopień zainteresowania zamówieniem, a także na treść propozycji ofertowych. Powinny być stabilne. Ostatecznie ukształtowane warunki umowy finalnej stanowią wynik przetargu albo innej procedury ofertowo-porównawczej. Ich późniejsza zmiana może prowadzić do obejścia tego wyniku ze szkodą dla fundamentalnych zasad postępowania, jeśli z góry stworzy się możliwość uprzywilejowania indywidualnego konkurenta, dostępną informacyjnie już w fazie składania ofert. Każdy zatem konkurent, który może realnie liczyć na dogodną korektę umowy po jej zawarciu, uzyskuje niedozwoloną przewagę nad pozostałymi, nie wspominając o naruszeniu wymogu przejrzystości postępowania łączącego się z jego przewidywalnością⁴⁹⁶.

Do niedawna regulacja normatywna zakazu zmiany umowy o zamówienie publiczne na obszarze Unii Europejskiej leżała w kompetencjach państw członkowskich. Była więc zróżnicowana i nie zawsze dostateczna z punktu widzenia standardów uczciwej konkurencji i ochrony interesu publicznego. Dominowało rozwiązanie ogólne o zakazie zmian na korzyść wykonawcy (por. dawne brzmienie art. 144 Pzp). Stąd dużą rolę odgrywało orzecznictwo europejskie, urzeczywistniające w tym zakresie zasady traktatowe. W szczególności w imię zasad równości i przejrzystości Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 25 kwietnia 1996 r. (C-87/94, Komisja przeciwko Belgii)⁴⁹⁷ za niedopuszczalne uznał wprowadzenie do zawieranej umowy finalnej postanowień dodatkowo zaproponowanych przez zwycięskiego oferenta, nieobjętych uprzednio warunkami zamówienia. To samo dotyczyło dodatkowych negocjacji postprzetargowych zmierzających do obniżenia ceny ofertowej (wyrok z dnia 5 października 2000 r.; C-337/98, Rennes)⁴⁹⁸. Z kolei w wyroku z dnia 29 kwietnia 2004 r. (C-469/99, Succhi di Frutta)⁴⁹⁹ Trybunał wykluczył uzupełnianie postanowień zawieranej umowy o nowe wcześniej nieznane warunki płatności. Przełomowe znaczenie miał jednak wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 2008 r. (C-454/06, Presstetext Nachrichtenagentur)⁵⁰⁰, w którym zmiany umowy (rozszerzające pierwotny zakres zamówienia, z naruszeniem rów-

⁴⁹⁶ Z przejrzystością postępowania łączy się bowiem konieczność dotrzymania toku i wymagań procedury ustalonych w warunkach zamówienia, jak i deklarowanych z góry w postanowień umowy finalnej. Por. zwłaszcza R. Szostak: *Zasady...* op. cit., s. 128, a także M. Szydło: *Prawna koncepcja op. cit.*, s. 29 i n.

⁴⁹⁷ ECR 1996, I-02043.

⁴⁹⁸ ECR 2000, I-08377.

⁴⁹⁹ ECR 2004, I-03801.

⁵⁰⁰ ECR 2008, I-04401,

nowagi ekonomicznej świadczeń stron) uznano za ingerencję doniosłą, prowadzącą w istocie do udzielenia nowego zamówienia publicznego. Podobnie orzeczono w wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r. (T 235/11, Komisja przeciwko Hiszpanii)⁵⁰¹. Z drugiej strony jednak Trybunał dopuścił możliwość zmiany podwykonawcy, wskazanego imiennie w umowie, jeśli ewentualność taka przewidziana została z góry w warunkach zamówienia. Do podsumowania powyższego dorobku orzecznictwa doszło w ramach nowych dyrektyw europejskich z 2014 r. W unormowaniu art. 72 dyrektywy 2014/24 potwierdzono generalny zakaz zmiany umowy o zamówienie publiczne, bez względu na sposób jego udzielenia. Ustalono zamknięty katalog wyjątków, wskazujący na przypadki szczególne, uzasadniające możliwość „modyfikacji umów w okresie ich obowiązywania”. Państwom członkowskim nie zezwolono jednak na żadne odstępstwa, narzucając konieczność maksymalnej implementacji dyrektywy. W celu usunięcia ewentualnych wątpliwości w art. 72 ust. 5 zastrzeżono wyraźnie, że w sytuacjach innych niż wskazane normatywnie (w art. 72), uzasadniających wzbogacenie stosunku umownego (zmiany) konieczne jest przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O wyjątkowym charakterze unormowania z art. 72 świadczy zastosowania zdystansowanego określenia „modyfikacja umowy”. Przy implementacji dyrektywy 2014/24 do prawa krajowego, a także w ramach stosowania tego prawa, obowiązuje zakaz wykładni rozszerzającej. Z drugiej strony ustalony wykaz dopuszczalnych zmian umowy jest stosunkowo szeroki, a nawet bardzo liberalny, jak na ograniczenia pożądane z punktu widzenia uczciwej konkurencji i przejrzystości. Świadczy o tym zastrzeżenie ogólne o możliwości zmiany umowy „bez potrzeby przeprowadzania nowego postępowania”. Sam zaś liberalizm tego unormowania wyraża się zwłaszcza dopuszczalnością rozszerzenia (nawet kilkukrotnego) zakresu zamówienia o dodatkowe prace lub dostawy (por. art. 72 ust. 1 pkt b i d), co na gruncie prawa polskiego stanowi poważny wyłom od wymogu, zgodnie z którym zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp). Nie bez znaczenia jest także możliwość wprowadzenia jakichkolwiek zmian do umowy o zamówienie małej wartości, jeżeli nie pociągną konsekwencji większych niż 10% wartości pierwotnej umowy lub 15% w odniesieniu do robót budowlanych (por. też art. 72 ust. 1 dyrektywy).

Obok naczelnych zasad prawa traktatowego uzasadnieniem dla generalnego zakazu dokonywania zmian w umowach o zamówienie publiczne na gruncie dyrektyw pozostają także odwieczna zasada *pacta sunt servanda* i towarzysząca jej zasada realnego wypełnienia zobowiązania (zgodnie z jego treścią) przez wykonawcę zamówienia, które wymagają dodatkowych gwarancji ustawowych z uwagi na potrzebę wzmocnienia ochrony interesów publicznych. Są one tak oczywiste, że nawet nie znalazły szerszego rozwinięcia w motywach dyrektyw. Tymczasem w niektórych starszych kodeksach krajowych zawarto normę, że „umowa jest prawem dla stron” (por. np. art. 1134 fr. kc). Zasada *pacta sunt servanda* zachowuje wymiar absolutny, dopóki utrzymują się warunki z okresu udzielenia zamówienia lub ewentualne ich zmiany były z góry przewidywalne⁵⁰². W przeciwnym wypadku strona pokrzywdzona w wyniku destabilizacji warunków towarzyszących realizacji kontraktu może żądać od drugiej strony odpowiedniej zmiany umowy celem jej dostosowania do zmienionych

⁵⁰¹ ECR 2010, I-02815.

⁵⁰² Por. zwłaszcza A. Szumański: Renegocjacja umów w międzynarodowym obrocie gospodarczym, Kraków 1994, s. 52 i n., oraz A. Brzozowski: Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania.... op. cit., s. 101 i n.

warunków. Zakres zmian umowy dopuszczonych w świetle nowych dyrektyw wykracza nieco poza to uzasadnienie, zwłaszcza w odniesieniu do tzw. zmian nieistotnych.

Implementacji dyspozycji z art. 72 dyrektywy do polskiego porządku prawnego dokonano na mocy znowelizowanego art. 144 Pzp. Redakcja tego przepisu, polegająca na prostym odwzorowaniu dyrektywy, nie jest – niestety – szczęśliwa. Adresowana do blisko trzydziestu państw dyrektywa może operować uproszczeniami redakcyjnymi i rozmaitymi zwrotami uogólnionymi, niezbyt wyrazistymi z punktu widzenia prawa krajowego. Jej odwzorowanie w prawie polskim musi być z jednej strony na tyle precyzyjne, aby oddać należycie intencje ustawodawcy europejskiego, z uwzględnieniem uzasadnienia i motywów dyrektywy, dyskusji towarzyszącej jej uchwaleniu, orzecznictwa inspirującego i całego dorobku w tym zakresie, z drugiej strony zaś musi odbywać się z maksymalnym poszanowaniem dla rodzimych tradycji i kultury prawnej, a także rozwiązań kodeksowych (problem spójności i ochrony interesów narodowych). Na tle wyjątkowego znaczenia art. 144 Pzp nie można też tolerować jakichkolwiek luk i niejasności, sprzyjających chwiejnej interpretacji i niepewności w zakresie praktycznego jego stosowania. Przejściowo w ramach prawidłowej wykładni w obecnym brzmieniu trzeba uwzględniać zarówno dyspozycje dyrektywy wraz z towarzyszącym im *acquis ius communautaire*, jak i rodzime doświadczenia i rozwiązania polskie, dotyczące podstaw zmian umów o zamówienia publiczne.

Przepisy art. 144 Pzp dopuszczają zmiany zawartej umowy w pięciu przypadkach, a mianowicie liczą się tylko takie modyfikacje, które:

- zostały z góry przewidziane w warunkach zamówienia,
- zapewniają realizację dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych,
- spowodowane zostały okolicznościami nieprzewidywalnymi przy udzielaniu zamówienia,
- nie są istotne w rozumieniu art. 144 ust. 1e Pzp,
- skutkują korektami małej wartości,
- polegają na zastąpieniu wykonawcy nowym wykonawcą w trzech wyjątkowych przypadkach.

Z brzmienia art. 72 ust. 1 dyrektywy 2014/24, a także art. 144 ust. 1 Pzp wynika, że przypadki powyższe mogą występować kumulatywnie. O wiele ważniejsze jest jednak pytanie o zakres odniesienia katalogu dopuszczalnych zmian umowy. Odmienne niż w dyrektywach formuła zakazu z art. 144 ust. 1 Pzp odnosi się wyłącznie do zamówień udzielanych w trybie ofertowym, co wynika wyraźnie ze zwrotu: „zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy”. Oznacza to, że zakaz zmiany umowy w ogóle nie dotyczy umów zawartych w trybie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 Pzp)⁵⁰³, a także w następstwie konkursu na najlepsze dzieło projektowe (art. 111 ust. 1 pkt 3 Pzp). Ograniczenia swobody kontraktowej w tym zakresie mogą jednak wynikać z innych przepisów (por. np. art. 144 b i 146a Pzp) albo z ogólnego obowiązku dochodzenia roszczeń. Poza tym zasada przejrzystości znajduje częściowo zastosowanie także w odniesieniu do zamówienia z wolnej ręki, w zakresie w jakim zastosowanie tego trybu lub warunków umowy podlegają ogłoszeniu oraz zaskarżeniu w trybie odwoławczym.

⁵⁰³ Por. też opinię UZP o dopuszczalności zmiany umowy zawartej w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki, dostępną na stronie internetowej UZP.

Doniosłe z punktu widzenia swobody kontraktowej dwustronne ukierunkowanie

art. 144 Pzp jednakowo odnosi się do zamawiających i wykonawców. Większego znaczenia praktycznego nabiera ona – rzecz jasna – wobec zamawiającego, któremu nie wolno godzić się na zmiany umowy odbiegające od ustawowego katalogu zmian dozwolonych. Poza tym przepisy z art. 144 Pzp mają charakter wyłącznie upoważniająco – kompetencyjny. W szczególności nie stwarzają one ustawowego obowiązku złożenia oświadczenia woli w sprawie zmiany umowy finalnej ani żadnego innego w tej materii roszczenia⁵⁰⁴. W oparciu o przesłanki z art. 144 Pzp można konstruować co najwyżej ogólny obowiązek podjęcia negocjacji w dobrej wierze na żądanie drugiej strony, w celu ustalenia możliwej korekty umowy, pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej za *culpa in contrahendo*.

Zakaz zmian dotyczy wyłącznie samej umowy, jako czynności prawnej a nie wynikającego z niej stosunku obligacyjnego. Zakaz nie obejmuje zatem takich zmian stosunku umownego, które spowodowane są innymi zdarzeniami niż zmianą umowy o zamówienie publiczne. W szczególności do zmiany zobowiązania może dojść *ex lege* (np. w wyniku transformacji instytucji zamawiającej bądź upadłości wykonawcy), w wyniku czynności prawnej odrębnej względem umowy podstawowej (np. cesji wierzytelności pieniężnej przysługującej wykonawcy od zamawiającego na rzecz osoby trzeciej, czy też zawarcia ugody w odniesieniu do takiej wierzytelności) albo wskutek konstytutywnego orzeczenia sądu, wydanego zwłaszcza w warunkach nadzwyczajnej zmiany okoliczności (art. 357¹ lub 628 § 2 kc), czy wskutek miarkowania kary umownej w rozumieniu art. 384 § 2 kc. Wszelkie zmiany umowy nie wymagające nowego postępowania z zasady są wolne od ograniczeń, a więc co najmniej obrót wierzytelnością pieniężną wykreowaną w wyniku zamówienia publicznego jest swobodny.

Praktycznie doniosła jest zatem kwestia zakazanego nadużycia tzw. aneksu do umowy, zamiast przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego, zwłaszcza w razie rozszerzenia zakresu przedmiotowego zobowiązania (w przypadkach objętych art. 144 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp). W celu zwalczania tego rodzaju praktyk w art. 144 ust. 1a Pzp wyraźnie wykluczono „kolejne” zmiany umowy w celu uniknięcia stosowania reżimu ustawowego. Określenie „kolejne” wydaje się zbędne, ponieważ już z samej istoty problemu wynika, że nadużycie nawet jednorazowego aneksu rozszerzającego zakres świadczenia powinno być zwalczane w trybie jego unieważnienia. Zamiast tego elementu pożądanym byłoby zastrzeżenie ogólne o „niezbędności zmiany”, skoro wszelkie korekty umowy, jako wyjątki od generalnego zakazu zmian, muszą być zasadne. Z drugiej strony zaś nie można dopuścić do takich zmian w zobowiązaniu, które wprawdzie nie polegają bezpośrednio na modyfikacji umowy podstawowej, lecz ich skutki prowadzą do obejścia zakazu z art. 144 Pzp. Chodzi tu w szczególności o nowację zobowiązania (art. 506 kc), ugodę w zakresie świadczenia pieniężnego (art. 913 kc) oraz uzgodnienie świadczenia zastępczego w miejsce wykonania zobowiązania (*datio in solutum* z art. 453 kc). Do odnowienia zobowiązania dochodzi wtedy, gdy w celu umorzenia zobowiązania wykonawca – dłużnik zobowiązuje się za zgodą wierzyciela spełnić inne świadczenie albo nawet to samo świadczenie, lecz z innej podstawy prawnej, wskutek czego zobowiązanie dotychczasowe wygasa. Jak łatwo zauważyć, zmiana rodzaju zamawianego świadczenia, jak i tym bardziej tożsamości zamówienia, nie dadzą się pogodzić z listą zmian dozwolonych z art. 144 Pzp. To samo dotyczy *datio in solutum* z art. 453 kc, zgodnie z którym, jeżeli wyko-

⁵⁰⁴ Jakiegokolwiek roszczenie, zwłaszcza o zawarcie umowy, które mogłoby być dochodzone w trybie procesowym wymaga dostatecznej indywidualizacji, zwłaszcza konkretyzacji treści żądania.

nawca – dłużnik w celu zwolnienia się z zobowiązania wypełnia inne świadczenie, zobowiązanie wygasa. Według bowiem dominującego poglądu, nie chodzi tu bynajmniej o modyfikację właściwości świadczenia, czy tym bardziej o odstępstwo od uzgodnionych właściwości, lecz o zmianę rodzaju świadczenia⁵⁰⁵, a zatem o zupełnie inne świadczenie (substytucyjne) w stosunku do zamówionego, spełniane na podstawie umowy wykonawczej względem umowy podstawowej. Z kolei przez ugodę strony popadłe w spór czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie łączącego je zobowiązania. Dotyczy to także ugody sądowej, uważanej powszechnie za ugodę w rozumieniu art. 913 kc.

Z dopuszczalnością „zmiany umowy” łączy się nierozzerwalnie dylemat dotyczący granic znaczeniowych tego pojęcia. Jakkolwiek bowiem zmiana, a tym bardziej wyjątkowa i rozpatrywana w kategoriach „niezbędnej modyfikacji”, nie może prowadzić do przekształcenia ani innego naruszenia tożsamości korygowanej czynności prawnej. Wprawdzie zazwyczaj odnosi się ona do elementów nieistotnych, niekiedy dotyczy jednak elementów istotnych, zwłaszcza podmiotowo istotnych, lecz w żadnym wypadku nie może zmierzać do zmiany typu lub choćby charakterystycznych właściwości odróżniających umowy, przesądzających o jej umiejscowieniu w przyjętej typologii i systematyce kontraktów cywilnoprawnych. Dlatego w ślad za dyspozycjami dyrektywy w art. 144 ust. 1b Pzp zastrzeżono, że zmiany umowy dotyczące jej natury prawnej (co do przypadków z art. 145 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 Pzp) nie mogą prowadzić do przekształcenia pierwotnego charakteru kontraktu. Niedopuszczalne są zatem modyfikacje prowadzące do zmiany kwalifikacji prawnej umowy.

Odnotać wreszcie trzeba instrukcyjne unormowanie z art. 144 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający zamierza zmienić warunki realizacji zamówienia, które wykraczają poza zmiany umowy, dopuszczalne zgodnie z art. 144 Pzp, obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Docelowo ta „dobra rada” powinna być jednak skreślona. Po pierwsze, to samo wynika pośrednio z przepisu o sankcji w postaci unieważnienia niedozwolonej zmiany umowy. Po drugie, nie zawsze udzielanie nowego zamówienia stanowi dostateczne remedium wobec alternatywy niedozwolonej zmiany umowy. Po trzecie, zamawiający może też w ogóle odstąpić od obu tych ewentualności i zdecydować się na jeszcze inne (legalne) rozwiązanie, np. odstąpić od umowy, której realizacja nie leży w interesie publicznym (art. 145 Pzp). Uzgodnienia powyższe są bezwzględnie nieważne, jeżeli zmierzają do obejścia zakazu ustawowego (art. 58 § 3 kc) albo podlegają unieważnieniu w trybie art. 144 ust. 1 pkt 2 Pzp, z powództwa Prezesa UZP, jeżeli polegają na prostej zmianie umowy o zamówienie publiczne⁵⁰⁶. Z punktu widzenia ograniczeń z art. 144 Pzp nie ma zastrzeżeń w odniesieniu do ugody sądowej lub pozasądowej, dotyczącej bezpośrednio należności pieniężnych, natomiast w zakresie podstawowego dla zamówienia publicznego świadczenia niepieniężnego dopuszczalność ugodowego załatwienia sporu oceniać trzeba z punktu widzenia zmian dopuszczalnych w ramach art. 144 Pzp.

⁵⁰⁵ Por. zwłaszcza K. Gandor: System prawa cywilnego, t. III/1, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 852 in., P. Drapała: Świadczenie w miejsce wykonania (datio in solutum), PiP 2003, Nr 12, s. 30 i n.; M. Pyziak-Szafnicka [w:] System prawa prywatnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 1074 i n. oraz M. Berek: Datio in solutum w polskim prawie cywilnym, KPP 2012, Nr 3, s. 651 i n.

⁵⁰⁶ Według P. Drapały: Świadczenie... op. cit., s. 33, powołującego się na piśmiennictwo niemieckie, szczególną odmianą uzgodnienia świadczenia zastępczego jest następcza zmiana umowy połączona ze spełnieniem nowego świadczenia.

Potrzeba ustalenia relacji art. 144 do art. 140 Pzp nasuwa się związku z wyraźnym brzmieniem art. 144 ust. 1 in principio Pzp, ograniczającym zastosowanie generalnego zakazu zmiany wyłącznie do „zawartej umowy”. Po noweli pierwszego z tych unormowań relacja między nimi stała się bardziej oczywista i bezkolizyjna⁵⁰⁷. Obecnie art. 140 Pzp powinien być odnoszony tylko do treści zawieranej umowy, w ramach obowiązku kontraktowania wykreowanego wyborem i przyjęciem oferty najkorzystniejszej. Na dodatek relacja ta wyczerpuje się jedynie co do samego zakresu świadczenia (a nie zobowiązania) wykonawcy, objętego zawieraną umową finalną, który powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem unieważnienia części umowy wykraczającej poza określenie przedmiotu umowy zawartego w warunkach zamówienia. W istocie w zawieranej umowie nie wolno odstępować od uprzednio ustalonego przedmiotu zamówienia, natomiast po jej zawarciu zmiany przedmiotowe są możliwe w granicach wyznaczonych w art. 144 Pzp. Wprawdzie z werbalnego punktu widzenia można rozważać o dopuszczalności innych (niż związane z przedmiotem zamówienia) odstępstw w zawieranej umowie od ustalonych uprzednio warunków zamówienia, jednak są one wykluczone z uwagi na automatyzm ofertowy (zastrzeżenia w ofercie poczytuje się za nową ofertę – art. 68 kc) i zasadę przejrzystości postępowania⁵⁰⁸, a także ze względu na obligacyjną naturę obowiązku zawarcia umowy finalnej na warunkach przyjętej oferty, uzasadnionego nawiązaniem przejściowej umowy przedwstępnej (art. 94 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp). Jak łatwo zauważyć relacja pomiędzy powyższymi unormowaniami wymaga dalszego uporządkowania, zwłaszcza że w praktyce często powraca stare pytanie o to, dlaczego nie wolno „poprawić” umowy finalnej bezpośrednio w związku z jej zawarciem, a można to swobodnie uczynić zaraz po jej podpisaniu.

Podobnie na tle wprowadzonego niedawno art. 142 ust. 5 Pzp, o zasadach korygowania wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w ramach umowy długoterminowej (w przypadku zmiany stawki VAT, minimalnego wynagrodzenia pracowniczego lub składki ubezpieczenia pracowniczego) nasuwa się pytanie o jego relację normatywną do nowego art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp. Bliższa analiza obu unormowań uzasadnia wnioski o przypisaniu temu pierwszemu roli *lex specialis* względem drugiego. Jedyna wątpliwość sprowadza się do niepewności co do zgodności art. 142 ust. 5 Pzp z dyspozycją art. 72 ust. 1 pkt a dyrektywy 2014/24, zwłaszcza że chodzi o wymuszone ustawowo zastrzeżenie klauzuli renegocjacyjnej w każdej umowie długoterminowej. Wydaje się jednak, że z punktu widzenia dyrektywy nie ma istotnego znaczenia to, czy klauzula renegocjacyjna ma charakter dobrowolny, czy też została wymuszona ustawowo. Pozostaje jedynie troska o dochowanie wykładni proeuropejskiej art. 142 ust. 5 Pzp, tak aby jego praktyczna wykładnia nie odbiegała od założeń art. 72 ust. 1 pkt 1 dyrektywy.

2. Zastosowanie klauzuli adaptacyjnej

Dopuszczalność zastrzeżenia klauzuli renegocjacyjnej lub automatycznego dostosowania umowy do zmieniających się warunków rynkowych, zwłaszcza klauzuli zmiany

⁵⁰⁷ O wątpliwościach na gruncie poprzednio obowiązującego art. 144 Pzp R. Szostak: Zaostrożenie zakazu zmiany umowy po nowelizacji prawa zamówień publicznych, ZP – D 2009, Nr 3, s. 41–57.

⁵⁰⁸ Por. wyrok TS UE z 25 kwietnia 1996 r., powołany w przypisie 2 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 2 czerwca 2005 r. (III Ca 262/05).

wysokości ustalonego wynagrodzenia w obrocie powszechnym wynika bezpośrednio ze swobody kontraktowej⁵⁰⁹. Pewne ograniczenie tej swobody wprowadza jednak art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, wyznaczając szczególne uwarunkowania dla tego rodzaju zastrzeżenia umownego. Wymaga on mianowicie, aby zmiany zostały przewidziane z góry w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres (przedmiot), w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Uchybienie powyższym wymaganiom spowoduje bezskuteczność zastrzeżonej odmiennie klauzuli, a w dalszej perspektywie uzasadni możliwość ewentualnego unieważnienia bezprawnej zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 2 Pzp. Poza warunkami niezbędnej korekty ceny (wynagrodzenia) uzasadnionej wzrostem popytu, inflacją lub innym zjawiskiem rynkowym – przedmiotem klauzul renegotjacyjnych może być modyfikacja ustalonego rozkładu ryzyka kontraktowego (np. objęcie skutków określonego zdarzenia losowego finansowaniem zamawiającego) albo zmiana parametrów lub innych właściwości zamówionego urządzenia (dzieła) celem dostosowania ich do oczekiwanego wzrostu postępu technicznego lub innych spodziewanych okoliczności. Odmiennie niż w dyrektywach pominięto werbalnie w art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp problem tzw. opcji, polegającej na wyborze ustalonej z góry w umowie ewentualności. Szczególnym rodzajem zastrzeżenia jest opcja ilościowa polegająca na możliwości „zadysponowania” przez zamawiającego określoną częścią zamówionego świadczenia, której wymagalność została z góry uwarunkowana w umowie od zaistnienia określonych okoliczności (np. zamówiono 100 ton opału, w tym bezwarunkowo 60 ton, natomiast pozostałe 40 ton „w miarę potrzeb”). Pojemna formuła art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp pozwala objąć jego zasięgiem także i rozmaite inne opcje. W przypadku opcji ilościowej trudności kwalifikacyjne łączą się z zastrzeżeniem warunkowym jednostronnego prawa wyboru rozmiaru świadczenia na rzecz zamawiającego, które w praktyce spotyka się częściej, niż bardziej kłopotliwą „opcję umowną”, wymagającą dodatkowych uzgodnień. Nie wydaje się jednak, aby obecnie tego rodzaju zastrzeżenie było bezprzedmiotowe na tle zamkniętego katalogu zmian umowy wynikającego z nowego art. 144 Pzp. Poza tym z ogólnego wyrażenia „zmiany umowy” nie wynika bynajmniej wprost, aby chodziło wyłącznie o zmiany typu umownego z wykluczeniem jednostronnego aktu wyboru pomiędzy ewentualnościami wskazanymi z góry w pierwotnie zawartej umowie (por. zbliżone konstrukcje zobowiązania przemennego z art. 365 kc oraz upoważnienia alternatywnego z art. 577 kc)⁵¹⁰. W każdym razie przedmiotowy zakres możliwej zmiany umowy powinien być jednoznacznie ustalony, na tyle szczegółowo, aby można było sensownie żądać od drugiej strony podjęcia negocjacji.

W praktyce najczęściej spotyka się różne klauzule indeksacyjne (z łac. indeks = wskaźnik), których zastosowanie leży w interesie obu stron. W szczególności zamawiający udzielający długoterminowego zamówienia publicznego nie powinien liczyć na to, że w razie zmiany siły nabywczej pieniądza na niekorzyść wykonawcy, nadal będzie on gotów świadczyć zamawiane towary lub inne dobra bez zakłóceń – na dodatek ze stratą. Wykonawca niekiedy zmu-

⁵⁰⁹ Por. w tym zakresie zwłaszcza A. Szumański: op. cit., s. 105 oraz R. Szostak: O dopuszczalności modyfikacji zobowiązań z umów o zamówienie publiczne, PZP 2008, Nr 4, s. 241 i n.

⁵¹⁰ W odniesieniu do zobowiązania przemennego, opiewającego na kilka świadczeń alternatywnych, wybory dokonuje się przez złożenie jednostronnego oświadczenia kontrahentowi, stosownie do art. 365 § 2 kc.

szony jest – niestety – porzucić takie zamówienie, poddając się nawet surowym konsekwencjom w postaci zapłaty kary umownej, natomiast zamawiający nie mając innego wyboru decyduje się na udzielenie nowego zamówienia na warunkach rynkowych. Nierzadko też dochodzi do niepotrzebnego sporu, czy choćby tylko sądowego miarkowania wymaganej kary umownej. Stosowanie klauzul indeksacyjnych (działających dwukierunkowo, inaczej niż klauzul waloryzacyjnych) łączy się bezpośrednio z konsekwencjami zasady nominalizmu. Zgodnie bowiem z art. 358¹ kc jeżeli przedmiotem zobowiązania od chwili jego powstania jest suma pieniężna, spełnienie świadczenia następuje przez zapłatę sumy nominalnej, czyli takiej na jaką od początku zobowiązanie opiewało. Z punktu widzenia tej zasady ewentualny spadek siły nabywczej pieniądza w wyniku wzrostu cen rynkowych (inflacji) nie ma znaczenia. Stąd w braku dostatecznej stabilności na rynku zasada nominalizmu pociąga ryzyko finansowe dla wykonawców, zwłaszcza zamówień długoterminowych. Starannie działający zamawiający powinien zawnoczyć się z potrzebą zastrzeżenia wyjątkowego mechanizmu korekty ceny (wynagrodzenia) w okresie realizacji zamówienia, tym bardziej, że w świetle wyraźnej dyspozycji art. 358¹ § 2 kc, stronom wolno zastrzec w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości. Dopuszczenie możliwości indeksacji wysokości świadczenia pieniężnego według spodziewanych okoliczności (np. inflacji, obciążeń fiskalnych, wzrostu minimalnej płacy itd.) od dawna nie budzi wątpliwości w sferze zamówień publicznych, ponieważ chodzi o zobiektywizowaną korektę wartości świadczenia, na podstawie pierwotnej woli wyrażonej w umowie. Wyróżnia się klauzule indeksacyjne wymagające dodatkowych uzgodnień stron (zmiany postanowień umowy), jak i nie wymagające żadnych uzgodnień, gdy wykonawca z góry zostaje upoważniony do jednostronnej notyfikacji automatycznej zmiany wynagrodzenia albo nawet bez takiego oświadczenia sam oblicza należność w ramach udzielonego upoważnienia, tytułem czynności czysto wykonawczej względem zmieniającego się stosunku umownego. Notyfikacja zmiany drugiej stronie ma charakter wyłącznie deklaracyjny, a nie prawokształtujący⁵¹¹. Brak wyraźnego wskazania w art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, a także w dyrektywach europejskich na ten ostatni mechanizm samoczynnej korekty ceny (wynagrodzenia) w oparciu o zastrzeżenie stosownego warunku nasuwa pytanie o jego dopuszczalność na tle nowego katalogu przesłanek zmiany umowy o zamówienie publiczne. Pominięcie tej kwestii w dyrektywie da się wytłumaczyć tym, że prawo krajowe w wielu państwach UE (np. o orientacji anglosaskiej) w ogóle nie zna takiego rozwiązania. Dopuszczając powyższy mechanizm na gruncie prawa polskiego trzeba zgodzić się z poglądem, że nie chodzi tu jednak o zmianę umowy, lecz o inne zdarzenie, modyfikujące nie tyle samą umowę, ile wynikający z niej stosunek prawny. Ostateczne stanowisko w tej kwestii należy do orzecznictwa.

Krąg możliwych klauzul indeksacyjnych jest szeroki (inflacyjne, walutowe, towarowo – giełdowe itp.). W odniesieniu do umowy o zamówienie publiczne każdorazowo powinien to być wskaźnik obiektywny, rzeczywiście związany z przewidywaną przyczyną zmiany ceny rynkowej. Dopuszczalne jest nawet odniesienie się do cennika stosowanego przez osoby

⁵¹¹ Por. T. Dybowski: System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 234, B. Gnala: Wykonywanie cywilnoprawnych zobowiązań pieniężnych w świetle zasady nominalizmu i zasady waloryzacji [w:] *Finanse jako przedmiot badań interdyscyplinarnych*, red. S. Owsiak, Kraków 2007, s. 85 i n., R. Szostak: *Modyfikacje...* op. cit., s. 245 oraz M. Drozdowicz: *Renegocjacje umowy o zamówienie publiczne*, PZP 2015, Nr 1, s. 12 i n.

trzecie (np. przez głównego dostawcę paliwa na rynek lokalny). Za stosunkowo miarodajne uważa się wskaźniki GUS oraz wskaźniki giełd towarowych, a także tzw. środowiskowe cenniki niektórych dóbr, zwłaszcza materiałów budowlanych, opracowane wtórnie na podstawie obserwacji cen rynkowych. Obok samego wskaźnika trzeba podać też maksymalną wartość zobowiązania pieniężnego obciążającego zamawiającego, z uwzględnieniem dopuszczalnego pułapu wzrostu ceny (wynagrodzenia), a to z uwagi na konieczność zapewnienia dostatecznego pokrycia finansowego, uzasadnionego wprost zasadami planowania wydatków ze środków publicznych.

W bieżącej praktyce nadal zbyt często zdarzają się klauzule upoważniające do prolongaty ustalonego terminu realizacji zamówienia, budzące poważne wątpliwości z punktu widzenia ich zasadności. W razie bowiem zaistnienia spóźnienia wykonawcy, trzeba je rozliczyć należycie, a gdy jest ono zawinione (zwłoka) – dochodzić odpowiedzialności z tytułu ewentualnej kary umownej, natomiast prolongata terminu zaciera podstawy tej odpowiedzialności, a niekiedy grozi niepotrzebnym sporem⁵¹². Co innego, jeśli na wypadek określonej przeszkody w realizacji zamówienia strony dopuszczają możliwość zawieszenia dostaw, usług lub robót na czas utrzymywania się przeszkody, wskutek którego bieg ustalonego terminu ulega wstrzymaniu. Zasadność klauzuli dotyczącej terminu wykonania zamówienia podlega ocenie z punktu widzenia działania na szkodę interesu publicznego.

Drugi element klauzuli adaptacyjnej polega na wskazaniu „charakteru zmiany”. Nie jest to wymóg dostatecznie jasny z punktu widzenia zasad stosowania prawa. Wydaje się, że chodzi tu o wskazanie tego, czy zmiana będzie wymagała dwustronnego uzgodnienia, a zwłaszcza renegotjacji umowy, czy też wystarczy jednostronne oświadczenie uprawnionego, złożone drugiej stronie. W razie zaś akceptacji koncepcji samoczynnego dostosowania umowy do zmieniających się okoliczności trzecią możliwością byłoby wskazanie odpowiedniego warunku pociągającego określone skutki prawne⁵¹³. Z kolei w ramach dwustronnej zmiany wyróżnić można jeszcze przypadek specjalny, gdy klauzuli adaptacyjnej strony nadadzą charakter umowy przedwstępnej z art. 389 kc. Do tego konieczna jest jednak taka właśnie wola oraz określenie wszystkich istotnych elementów umowy zmieniającej (przyrzeczonej), a także (choć nie jest to już konieczne) terminu, w ciągu którego można żądać zawarcia umowy przyrzeczonej. Nie ma bowiem przeszkód, aby żądanie zawarcia umowy przyrzeczonej zostało uwarunkowane określonymi okolicznościami. Poza tym klauzula umowy przedwstępnej może zobowiązywać do wielokrotnych zmian umowy podstawowej. Można je wzmocnić karą umowną. Najważniejsze jest jednak to, że przyrzeczenie z umowy przedwstępnej kreuje w pełni skuteczny obowiązek zawarcia umowy zmieniającej. Sytuacja

⁵¹² Dotychczasowe orzecznictwo nie było dostatecznie jednolite w kwestii oceny dopuszczalności prolongaty terminu wykonania umowy o zamówienie publiczne. Na ogół uważano ją za niedopuszczalną, skoro termin wykonania umowy należy do istotnych elementów zamówienia (art. 142 ust. 1 Pzp). Dla ilustracji chwiejności orzecznictwa warto przytoczyć fragment z uzasadnienia do wyroku NSA z 4 marca 2015 r. (II GSK 2143/13), gdzie podkreślono, że „nie można uznać przesunięcia terminu o 28 dni kalendarzowych (z czego po odliczeniu okresów wolnych od pracy, faktyczna możliwość wykonania robót wynosi kilkanaście dni) za zmianę warunków kontraktowych, na tyle doniosłą, że inny wykonawca któremu ten termin (z uwagi np. na harmonogram wykonywania innych zleceń) nie odpowiadał, mógłby złożyć ofertę konkurencyjną; ten niedługi odcinek czasu, względem długiego okresu obowiązywania umowy, nie mógł znacząco wpłynąć na decyzję wykonawcy o wzięcie udziału w przetargu, czy złożenie oferty innej treści, w szczególności poprzez zaoferowanie niższej ceny”. Podaję za A. Walewska-Borsuk: Kiedy zamawiający może zmienić umowę z wykonawcą, Rzeczpospolita z 15 marca 2016 r., dodatek „Administracja”, s. 7.

⁵¹³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2014 r. (II CSK 773/13), dostępny na stronie internetowej Sądu Najwyższego.

uprawnionego ulega wyraźnemu wzmocnieniu, ponieważ gdy druga strona uchyla się od dobrowolnego zawarcia umowy zmieniającej – może on wystąpić na drogę sądową nie tylko z roszczeniem odszkodowawczym, lecz także z żądaniem przymusowej zmiany umowy podstawowej (art. 390 kc). Prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek złożenia oznaczonego oświadczenia woli przez uchylającego się od wymaganej zmiany umowy podstawowej – zastępuje to oświadczenie (art. 64 kc).

Ponadto w ramach klauzuli adaptacyjnej należy ponadto określić „warunki wprowadzenia zmian do umowy”. W pierwszej kolejności chodzi tu o dokładne wskazanie konkretnych okoliczności, od których uzależnia się prawo do żądania renegotjacji umowy albo do dokonania jednostronnej dyspozycji w tym zakresie. Liczy się tu przede wszystkim ustalenie mechanizmu wymagalności renegotjacji wraz z warunkami zaistnienia podstaw i terminu do zgłoszenia żądania. Poza tym „warunki wprowadzenia zmiany” muszą obejmować także procedurę podejmowania tych czynności (zaproszenie, czas realizacji, sposób i tok negocjacji itd.) oraz ewentualną odpowiedzialność szczególną z tytułu nieprzystąpienia do renegotjacji umowy na żądanie strony uprawnionej.

3. Przypadek z art. 142 ust. 5 Pzp

W świetle art. 142 ust. 5 Pzp umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy powinna zawierać klauzulę renegotjacyjną o „zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia” należnego wykonawcy na wypadek zmiany: a) stawki podatku od towarów i usług, b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej⁵¹⁴, c) zasad podlegania ubezpieczeniom pracowniczym, społecznemu lub zdrowotnemu lub wysokości składki z tytułu tych ubezpieczeń – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Rolą powyższego przepisu jest ochrona wykonawców umów długoterminowych przed ryzykiem wynikającym z rygoryzmu zasady nominalizmu. Obligatoryjna z mocy ustawy klauzula adaptacyjna powinna być zastrzegana we wszelkich rodzajach umów długoterminowych (z terminem przekraczającym 12 miesięcy), a nie tylko o usługi lub roboty budowlane⁵¹⁵. Umowa zawarta na krótszy okres nie staje się jednak długoterminowa w wyniku spóźnienia wykonawcy z realizacją zamówienia. Nie ma też znaczenia to, czy i na ile umowa taka wykracza poza rok budżetowy. Zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej na podstawie art. 58 kc odpada, ponieważ uniknięcie nakazanej klauzuli ma jedynie wymiar fragmentaryczny, umowa może funkcjonować bez tego elementu, choć w miejsce brakującego zastrzeżenia nie może wejść w zastosowanie naruszony art. 142 ust. 5 Pzp z uwagi na dostateczną konkretyzację warunków indeksacji wynagrodzenia. Zaniechanie zamawiającego, odpowiedzialnego za należyte zaprojektowanie postanowień umowy, może być jednak skorygowane w trybie odwoławczym. Ponadto nie ma przeszkód – jak się zdaje – aby w razie potrzeby pokrzywdzony wykonawca mógł dochodzić renegotjacji zawartej umowy z bezpośrednim

⁵¹⁴ W rozumieniu przepisu ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2017, poz. 847 ze zm.).

⁵¹⁵ Więcej o granicach zastosowania art. 142 ust. 5 Pzp w opinii UZP, pn. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w świetle przepisów prawa zamówień publicznych, dostępnej na stronie internetowej UZP.

powołaniem się na przepis art. 142 ust. 5 Pzp. Jej wymuszenie na drodze sądowej napotka jednak przeszkody, z braku zastrzeżenia właściwego dla umowy przedwstępnej.

Klauzula z art. 142 ust. 5 Pzp powinna określać zasady wprowadzania odpowiednich zmian do umowy. W tym zakresie właściwe są „zasady” wynikające z unormowania art. 144 ust. 1 pkt 1 pzp, skoro obecnie przepis 142 ust. 5 Pzp pozostaje wobec niego w relacji *lex specialis*. Należy zatem wskazać na cenotwórcze elementy podlegające renegotjacji (stawki VAT, wynagrodzenia pracowniczego oraz ubezpieczenia) z prawidłowym odniesieniem do właściwych wskaźników (mierników) wzrostu bądź obniżki, a ponadto na charakter zmian (uzgodnień) oraz „warunki”, czyli podstawy i tryb ich wprowadzania. Klauzula powinna mieć charakter „dwukierunkowy” (indeksacyjny), aby umożliwiała zarówno podwyższenie, jak i obniżenie należnego wykonawcy wynagrodzenia. Dodatkowym elementem zastrzeżenia, o charakterze specjalnym powinien być jeszcze warunek, aby zmiany powyższych stawek (wskaźników) rzutowały bezpośrednio na „koszty wykonania zamówienia” przez wykonawcę. Jeśli bowiem pomimo wzrostu ciężarów opodatkowania lub kosztów pracy na rynku, indywidualne koszty realizacji zamówienia przez wykonawcę nie ulegną pogorszeniu – żądanie renegotjacji umówionego wynagrodzenia może okazać się bezpodstawne. Z przepisu art. 142 ust. 5 Pzp nie wynika bynajmniej, aby zamawiający projektujący umowę finalną musiał nadać klauzuli umożliwiającej korektę wynagrodzenia charakter zastrzeżenia właściwego dla umowy przedwstępnej, w braku jakichkolwiek przeciwwskazań ma do tego jedynie prawo, a nie obowiązek.

Nie jest jasne, czy zastrzeżenie z art. 142 ust. 5 Pzp odnosi się także do wynagrodzenia ryczałtowego, należnego wykonawcy usług lub robót budowlanych, z natury sztywnego, obciążonego ryzykiem tak dalece, że z zasady **nie podlega** ono zmianie nawet wtedy, gdyby nie dało się przewidzieć rozmiarów ani kosztów prac (art. 632 § 2 kc). W szczególności panuje zgoda co do tego, że żaden element wynagrodzenia ryczałtowego nie powinien poddawać się indeksacji⁵¹⁶. Z drugiej strony zastosowanie indeksacji w odniesieniu do ryczału, choć poważnie utrudnione (z uwagi na ukierunkowanie na koszty fiskalne lub koszty pracy), nie jest absolutnie wykluczone. Odpowiedź należy ostatecznie do orzecznictwa.

4. Realizacja dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może w drodze zmiany umowy zapewnić realizację dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne, a zmiana wykonawcy w normalnym trybie nie może zostać dokonana z powodów technicznych lub ekonomicznych (w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji) i spowodowałyby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego oraz wartość zmiany nie przekracza 50% pierwotnej wartości umowy, po doliczeniu ewentualnych podwyżek waloryzacyjnych. Po dokonaniu

⁵¹⁶ Por. J. Szczerski: Kodeks cywilny, Komentarz, Warszawa 1972 s. 1394, K. Kołakowski: Komentarz... op. cit., s. 184, oraz R. Szostak: Kształtowanie wynagrodzenia pieniężnego w umowie o dzieło – uwagi na tle doświadczeń praktyki i orzecznictwa [w:] Studia z Prawa Cywilnego i Gospodarczego, Księga Pamiątkowa dedykowana Profesor Czesławie Żuławskiej, AE Kraków 2000, s. 209 i n.

zmiany umowy zamawiający zamieszcza w BZP lub przekazuje do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE stosowne ogłoszenie. Rozszerzenie zakresu zamówienia może być praktykowane wielokrotnie. Fundamentalne znaczenie ma jednak ograniczenie ustawowe, że zamawiającemu nie wolno „wprowadzać kolejnych zmian do umowy w celu uniknięcia stosowania ustawy”.

Przed wejściem w życie nowelizacji ustawy w 2016 r. w analogicznej sytuacji udzielano tzw. zamówień dodatkowych (nowa umowa), lecz tylko w zakresie usług lub robót budowlanych, w trybie z wolnej ręki, z uwzględnieniem bardziej zaostrzonych przesłanek (por. dawny art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp)⁵¹⁷. Aktualny art. 144 ust. 1 pkt 2 Pzp jest o wiele bardziej liberalny. Przede wszystkim odpadają formalności towarzyszące procedurze udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Na wyraźną linię demarkacyjną względem zbliżonego pod względem funkcjonalnym „zamówienia uzupełniającego”, polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót, a także „zamówienia dodatkowego” w trybie z wolnej ręki w rozumieniu dawnego art. 67 ust. 1 pkt 6–7 Pzp wskazuje zastrzeżenie ustawowe, że chodzi o doraźne niezbędne świadczenia „nieobjęte zamówieniem podstawowym”, podczas gdy zamówienie uzupełniające na usługi lub roboty budowlane musi być z góry zapowiedziane w ogłoszeniu dla zamówienia podstawowego oraz oszacowane razem z tym zamówieniem. Poza tym związek świadczenia dodatkowego z zamówieniem podstawowym może być na tyle doraźny (przypadkowy, nieprzewidywalny), że ustawodawca zrezygnował nawet z wyznaczenia jakiegokolwiek czasokresu, w ciągu którego można zamawiać dodatkowe świadczenia. W ustawie nie ma jednak żadnej wskazówki co do tego, czy dla skuteczności uruchomienia świadczenia dodatkowego zamówienie podstawowe musi być jeszcze aktualne? Wydaje się, że tradycyjne „aneksowanie” umowy gospodarczej jest możliwe jedynie w czasie jej obowiązywania. W szczególności po wykonaniu zobowiązanie wygasa, (choć niezupełnie, skoro pozostaje rękojmia), a jakiegokolwiek próby jego reaktywacji są bezskuteczne. Zatem zmiana umowy już zrealizowanej jest pozbawiona sensu. W takim przypadku dochodzi co najwyżej do udzielenia nowego zamówienia, w zgodzie z ustawą albo w warunkach jej naruszenia.

Przesłanki ustawowe dopuszczalnej zmiany umowy w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 2 Pzp obowiązują jednakowo bez względu na rodzaj zamówienia. Bez znaczenia pozostaje też gospodarczy cel zamówienia dodatkowych dostaw, usług lub robót, byle spełnione były przesłanki ustawowe. Poza tym skoro zapewnienie realizacji dodatkowych świadczeń polega na rozszerzeniu zakresu pierwotnego zamówienia, niezbędną do tego zmianę umowy można też kwalifikować jako jej uzupełnienie, tym bardziej że sam ustawodawca w art. 144 Pzp nie różnicuje modyfikacji umów według zmian i uzupełnień. Pierwsza przesłanka dozwolonej zmiany umowy w analizowanym zakresie polega na zachowaniu podmiotowej i przedmiotowej tożsamości zamówienia, skoro dodatkowe dostawy, usługi lub roboty budowlane powierza się dotychczasowemu wykonawcy, a jego zmiana nie wchodzi w rachubę, natomiast „dodatkowy” charakter świadczenia nie uzasadnia nawet trybu z wolnej ręki. Jego właściwości zaś są wymuszone celami zamówienia podstawowego, któremu realizacja dodatkowych świadczeń jest podporządkowana. Nie oznacza to bynajmniej konieczności prostej kontynuacji przedmiotu zamówienia, nawet w postaci świadczenia

⁵¹⁷ O zamawianiu dodatkowych świadczeń oraz o zamówieniach uzupełniających względem umów zawartych przed wejściem w życie noweli z 2016 r. zob. opinię UZP, dostępna na stronie internetowej Urzędu.

tego samego rodzaju, skoro liczą się nie tylko względy techniczne, lecz także ekonomiczne. W rezultacie stwierdzić trzeba, że wprawdzie realizacja dodatkowych dostaw, usług lub robót polega zazwyczaj na prostym powiększeniu ich rozmiarów (wznowieniu), lecz nie wyklucza możliwości świadczeń dodatkowych (podporządkowanych) innego rodzaju, związanych gospodarczo ze świadczeniem głównym, o ile stały się niezbędne z punktu widzenia celów zamówienia dodatkowego. Druga przesłanka ustawowa w postaci „niezbędności” świadczeń dodatkowych nie może być jednak łączona z ogólnymi potrzebami zamawiającego, lecz wyłącznie z indywidualnymi celami zamówienia podstawowego. Chodzi jednak o zwykłą, a nie jakąś nadzwyczajną konieczność, rozumianą tak, że bez realizacji świadczenia dodatkowego nie zostaną osiągnięte wszystkie cele zamówienia podstawowego. Wykładnia przeciwna (rozszerzająca), dopuszczająca uwzględnienie także innych potrzeb zamawiającego nie jest do pogodzenia z dalszymi przesłankami, zwłaszcza z wymogiem dotyczącym „powodów ekonomicznych lub technicznych”. Trzecia przesłanka dotyczy niemożności udzielenia zamówienia innemu wykonawcy, jeśli względy ekonomiczne lub techniczne nie pozwalają na ryzyko zmiany wykonawcy. Względy ekonomiczne to przede wszystkim realna groźba wyższych kosztów realizacji dodatkowego świadczenia przez innego wykonawcę, w porównaniu do kosztów jego realizacji przez dotychczasowego wykonawcę, lecz nie tyle z powodu samej różnicy podmiotowej, ile z uwagi na specyfikację świadczenia. Nie bez znaczenia mogą tu być również trudności organizacyjne. Powody techniczne natomiast odnoszą się bezpośrednio do właściwości przedmiotu zamówienia istotnych z punktu widzenia efektywnego zaspokojenia potrzeb zamawiającego, zwykłych, a tym bardziej szczególnych. Z drugiej strony liczą się tylko te właściwości, których utrata w wyniku zmiany wykonawcy spowodowałaby naruszenie tzw. kompatybilności sprzętu lub urządzeń albo inne trudności w wykorzystaniu zamówionego przedmiotu umowy. Czwarta przesłanka dozwolonego zwiększenia przedmiotu zamówienia polega na tym, że alternatywna zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczny wzrost kosztów dla zamawiającego. Niebezpieczeństwo wzrostu kosztów realizacyjnych nie nasuwa wątpliwości, natomiast potencjalna „niedogodność” zmiany wykonawcy nie jest dostatecznie ostra, skoro właściwie każde dopuszczenie nowego wykonawcy łączy się z trudnościami co najmniej biurokratycznymi. Wydaje się, że w zestawieniu do kosztów liczą się tylko poważne trudności organizacyjne. O wiele gorzej zaś przedstawia się przesłanka „istotnej niedogodności” na tle wymogu ustawowego, polegającej na tym, że musi ona wystąpić łącznie z pozostałymi przesłankami. Łatwo zatem może się zdarzyć, że z jednej strony zmiana wykonawcy nie będzie możliwa z zasadniczych względów technicznych, a z drugiej brak „istotnej niedogodności” wykluczy zmianę umowy, chyba że dopuści się wtedy jakąkolwiek niedogodność. Poza kwestią „kosztów” także fakt „niedogodności” towarzyszy zatem nie jednej, lecz kilku przesłankom. Piąta (ostatnia) przesłanka analizowanego rodzaju zmiany łączy się z „wartością zmiany”, czyli w uproszczeniu z wartością realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót, która każdorazowo nie może przekraczać 50% pierwotnej wartości umowy, w przeciwnym wypadku zmianę uważa się za „znaczne rozszerzenie zakresu zamówienia”, które jako „istotne” zostało zakazane w myśl art. 144 ust. 1e pkt 2c Pzp. Zamawiający natomiast może takie większe świadczenie zamówić udzielając nowego zamówienia. Pułap 50% wartości zmiany odnosi się wprost do wzrostu wynagrodzenia umownego, a nie do wstępnego szacunku poprzedzającego renowację kontraktu.

5. Zmiana umowy wymuszona okolicznościami nieprzewidywalnymi

W świetle art. 144 ust. 1 pkt 3 dopuszczalna jest zmiana umowy uzasadniona względami nadzwyczajnymi, a mianowicie koniecznością spowodowaną okolicznościami, których zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć, a wartość tej zmiany nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy. Jest to *lex specialis* w stosunku do kodeksowej klauzuli *rebus sic stantibus* z art. 357¹ kc. Zgodnie z tym przepisem sąd, a nie strony może zmienić sposób wykonywania zobowiązania, wysokość świadczenia bądź nawet orzec o rozwiązaniu umowy, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienia zamawianego świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy⁵¹⁸. Z zestawienia obu przepisów wynika, że różnice dotyczą nie tylko źródła zmiany, lecz także i przesłanek. Unormowanie z art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp jest bardziej uproszczone i odpowiadające europejskim tendencjom ustrojowym, choć zamiast „nadzwyczajnej zmiany stosunków” liczy się „konieczność zmiany”, z drugiej strony zaś większego znaczenia nie mają „trudności realizacyjne” ani nawet niebezpieczeństwo „rażącej straty”. W rezultacie stwierdzić trzeba, że specjalne rozwiązanie z art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp nie wyłącza zupełnie zastosowania art. 357¹ kc, co wynika zresztą pośrednio z art. 139 ust 1 Pzp o posiłkowym stosowaniu przepisów kodeksowych do umów o zamówienie publiczne. W szczególności. w razie braku przesłanek do zmiany umowy albo braku zainteresowania korektą zobowiązania (zazwyczaj wynagrodzenia) ze strony zamawiającego, zagrożony niebezpieczeństwem rażącej straty wykonawca może wystąpić z powództwem sądowym o „dostosowawczą” zmianę zobowiązania albo i rozwiązanie umowy z rozliczeniem spełnionej części świadczenia⁵¹⁹. W razie nadzwyczajnej zmiany warunków i groźby rażącej straty wykonawca nie może natomiast samowolnie porzucić zamówienia, ani nawet powstrzymać się trwale z jego realizacją. Jeżeli jednak wykonawca, pomimo trudności, zrealizuje zamówienie z rażąca stratą, traci roszczenie wyrównawcze, ponieważ prawo do wytoczenia powództwa o korektę zobowiązania wygasa z chwilą wykonania zobowiązania. Możliwość skorygowania zobowiązania w trybie art. 357¹ kc przysługuje wyłącznie sądowi (prawo sędziowskie, wyrok konstytutywny), a nie stronom, którym nie wolno w tym zakresie znowelizować umowy. W praktyce stosunkowo często przepis ten stanowi oparcie dla podwyższenia wynagrodzenia należnego wykonawcy usług lub robót budowlanych, ponieważ przepis art. 358¹ kc o tzw. specjalnej klauzuli *rebus sic stantibus* nie dotyczy stosunków z udziałem przedsiębiorców. Najczęściej jednak podstawą sądowej korekty wynagrodzenia bywa art. 632 § 2 kc, w świetle którego, jeśli skutek nieprzewidywalnej zmiany stosunków, wykonanie zamówionych usług lub robót groziłoby wykonawcy rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Przesłanki zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp są tylko trzy. Pierwsza to przesłanka „konieczności” zmiany umowy, która łączy się z zaistnieniem realnej przeszkody realizacyjnej, której w inny (normalny) sposób nie można przezwyciężyć. Na ogół uzasadnia ona potrzebę zmiany opisu przedmiotu zamówienia albo organizacji. Oczywiście liczy się tylko „konieczność” w ujęciu zobiektywizowanym. W zamówieniach budowlanych rozmaitych przeszkód – nieste-

⁵¹⁸ Więcej J. Skąpski: Wpływ zmiany stosunków na zobowiązania, Studia z prawa zobowiązań, Warszawa–Poznań 1974, s. 311 i n., W. Robaczyński: oraz A. Brzozowski: Wpływ...

⁵¹⁹ R. Szostak: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r. (III CSK-184/08), ST 2009, Nr 3, s. 76 i n.

ty – bywa wiele, stąd zwyczajowo sporządza się dla celów dowodowych tzw. protokół konieczności, zawierający fachową i rzetelną ocenę zdarzeń uzasadniających zmianę umowy. Drugą przesłanką jest to, aby powyższa „konieczność” spowodowana była okolicznościami nieprzewidywalnymi, choć niekoniecznie obiektywnie, lecz przez „rozsądnego” zamawiającego, który działał z należytą starannością. W praktyce zamówień budowlanych stosunkowo często konieczność zmiany umowy wymuszona jest błędami w dokumentacji projektowej, za które odpowiada także zamawiający, jeśli polegają one na niekompletnym stanie dokumentacji lub wadach jawnych, dostępnych przy profesjonalnym odbiorze dzieła, na który zamawiający ma ustawowy termin aż 6 miesięcy. Jeśli zatem zamawiający zaniedbał wymogi profesjonalnego odbioru projektu architektoniczno – budowlanego, nie może następnie skutecznie powoływać się na występujące w nim usterki (nie reklamowane w porę w związku z odbiorem dzieła), jako na okoliczności uzasadniające zmianę umowy. Podobnie przedstawia się sprawa w odniesieniu do projektu tzw. komputeryzacji systemu zarządzania lub innych projektów skomplikowanych usług. Zawsze muszą być one należycie weryfikowane w związku z odbiorem, skoro potem stanowią podstawę opisu przedmiotu zamówienia na realizację przedsięwzięcia. Trzecia przesłanka dozwolonej zmiany umowy w analizowanym przypadku ma wymiar negatywny, ponieważ wartość zmiany nie może przekroczyć 50% wartości umowy. Z ustawy wynika, że strony mogą skorzystać wielokrotnie z analizowanej podstawy zmiany umowy, a wartość kolejnych korekt nie podlega sumowaniu. Towarzyszy temu zbędna – jak się zdaje – instrukcja o zakazie obejścia ustawy, poprzez nadużycie analizowanego rodzaju zmian umowy w celu uniknięcia przepisów ustawy.

6. Nieistotne zmiany umowy

Według art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp dopuszcza się zmiany umowy, niezależnie od ich wartości, jeśli nie są istotne w rozumieniu ustawy. Świadczy to o zachowaniu w znacznym wymiarze swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych. Na ogół jednak z samej natury wartość zmian nieistotnych jest niewielka, lecz nawet gdyby była większa, nie stanowi przeszkody, byleby zachodziła jedyna przesłanka pozytywna „nieistotności”. Jej ustawowy zakres pojęciowy wyznaczony został uniwersalnie, poprzez domniemanie, a mianowicie na zasadzie prostej formuły, że zmiany nieistotne to wszystkie te, które w ujęciu specjalnego przepisu art. 144 ust. 1e Pzp nie zostały zaliczone do „istotnych”. Wskazany katalog niedopuszczalnych zmian istotnych umowy obejmuje w ślad za dyrektywami europejskimi 5 przypadków⁵²⁰, a mianowicie niedozwolone zmiany istotne mogłyby polegać na:

- przekształceniu charakteru umowy w stosunku do jej charakteru pierwotnego,
- wprowadzeniu warunków, które gdyby były pozostawione z góry w postępowaniu o udzielenie zamówienia to wzięli by w nim udział lub mogli by wziąć udział także inni wykonawcy lub przyjęto by ofertę innej treści,
- naruszeniu równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w jej treści,

⁵²⁰ Redakcja tego przepisu nie jest szczęśliwa, ponieważ niepotrzebnie wyklucza możliwość kumulacji in casu przypadku negatywnego w postaci „zmiany ogólnego charakteru umowy”, z którymkolwiek z pozostałych przypadków.

- znacznym rozszerzeniu lub zmniejszeniu świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy,
- zastąpieniu wykonawcy zamówienia nowym wykonawcą, z wyjątkiem przypadku z art. 144 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W razie dopuszczenia do którejkolwiek z tych zmian – niedozwolone postanowienia umowne podlegają unieważnieniu, a na ich miejsce wchodzi pierwotne dyspozycje umowy.

Ujmując rzecz pozytywnie trzeba podkreślić, że wprowadzenie zakresu dopuszczalnych zmian nieistotnych możliwych do wprowadzenia do zawartej umowy o zamówienie publiczne, jest niezwykle szeroki, skoro może dotyczyć wszelkich kwestii mieszczących się w ramach wyznaczonych art. 144 ust. 1e Pzp, jednak w praktyce nieistotne zmiany umowy nie są zbyt częste, ponieważ dotyczą zazwyczaj kwestii stabilnych lub przewidywalnych, o których można trafnie przesądzić z góry w umowie. W szczególności liczą się drobne korekty w opisie przedmiotu zamówienia, sposobie współdziałania w ramach realizacji świadczenia niepieniężnego, co do miejsca spełnienia świadczenia, harmonogramie realizacyjnym, warunkach płatności itd. Bardziej atrakcyjna w praktyce bywa natomiast potrzeba zmian z zakresu świadczeń głównych, prolongaty terminu wykonania zamówienia, czy złagodzenia podstaw odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, a te wchodzi na ogół w status zakazanych zmian istotnych. Dlatego podstawowy ciężar problematyki koncentruje się wokół samych ram korekt, które zawsze były zakazane w zamówieniach publicznych, choć chwiejny był ich katalog. Ostatnio jednak doszło do jego postulowanego uporządkowania i to w skali europejskiej.

Pośród zakazanych zmian istotnych umowy w pierwszej kolejności odnotować trzeba zmianę prowadzącą do naruszenia dotychczasowego charakteru umowy. Wprawdzie chodzi tu tylko o charakter prawny, tym bardziej że charakter faktyczny umowy rzutuje w znacznej mierze na jej oczywisty charakter prawny. Przy ocenie tego charakteru uwzględniać należy zatem tylko elementy o znaczeniu prawnym. Jak już wcześniej podkreślono, trzeba liczyć się przede wszystkim z tymi elementami umowy, które przesądzają o jej kwalifikacji prawnej. W szczególności za niedopuszczalną uznać trzeba modyfikację prowadzącą do zmiany typu umowy, np. z umowy o dzieło na mniej rygorystyczny typ umowy na warunkach zlecenia. Następcze wprowadzenie do umowy warunków, które gdyby były postawione z góry w postępowaniu, wpłynęłyby lub mogłyby wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych zamówieniem, stanowi oczywiste naruszenie fundamentalnych zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji, a przede wszystkim zasady przejrzystości. W tym zakresie przepis potwierdza jedynie zasady traktatowe. Ciężar problemu sprowadza się do prawidłowego ustalenia hipotetycznego wpływu zmienianego warunku na krąg potencjalnie zainteresowanych. W pierwszej kolejności liczy się deklarowany potencjał wykonawcy, skoro działa selektywnie gwarantując prawidłowe (realne) wykonanie zamówienia, na drugim miejscu są powinności wykonawcy objęte kryteriami oceny ofert, dalej plasują się warunki odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania, a dopiero w dalszej perspektywie występują warunki, których liberalizacja albo zaostreżenie z punktu widzenia interesów wykonawcy może rzutować na stopień jego zainteresowania zamówieniem. Zasadniczym zatem miernikiem w zakresie dopuszczalnego skorygowania umowy powinien być kierunek i stopień korzyści transakcyjnych.

Naruszenie równowagi ekonomicznej umowy odnosi się – rzecz jasna – do wartości świadczeń stron, które zwłaszcza przy umowach wzajemnych pozostają w subiektywnie

pojętej równowadze ekonomicznej, nadanej przez same strony. Stąd wartość wszystkich powinności niepieniężnych stanowi ekwiwalentny odpowiednik wzajemnego świadczenia pieniężnego, jako ekwiwalentnego. Dopuszczenie zatem do jakiegokolwiek wzrostu wynagrodzenia bez wzajemności stanowi istotną zmianę umowy, zasadną jedynie w przypadku jej zastrzeżenia z góry w umowie. W świetle art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp za istotne (wykluczone) uważa się jedynie takie naruszenie równowagi, które wypada ostatecznie na korzyść wykonawcy, o ile nie zostało z góry zastrzeżone w umowie. Każdorazowo zatem w związku ze zmianą zakresu świadczenia, głównego, czy nawet dodatkowego, trzeba starannie oszacować jego wartość po zmianie, tak aby nie naruszyć zasady ekwiwalentności świadczeń, zwłaszcza na niekorzyść zamawiającego. Trudno bowiem byłoby zakazać zmiany umowy, która obiektywnie przedstawia się korzystnie dla obu stron, zwłaszcza gdy zamawiający zyskuje na wartości, a wykonawca osiąga wymierne oszczędności.

Także znaczne rozszerzenie świadczenia nie budzi większych wątpliwości w kategorii zakazanych zmian istotnych umowy. Powinno się je oceniać według wartości w pieniądzu. Jest wykluczone, jeśli przekracza połowę tej wartości (*vide* art. 144 ust. 1 pkt 2). Problem zaś dotyczy drugiej sytuacji, polegającej na zmniejszeniu świadczeń i zobowiązań wykonawcy. Sprowadza się do pytania o to, kiedy będzie ono „znaczne”. Analizowany miernik (50% wartości) nie może być przecież uznany za trafny, ale jeśli zmniejszenie powinności wykonawcy towarzyszy równolegle obniżka wynagrodzenia zastrzeżenia upadają, tym bardziej jeśli wyłączone z umowy elementy świadczenia nie leżą w interesie publicznym. Wydaje się, że przepis art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp sprzeciwia się jedynie ograniczaniu zobowiązania wykonawcy na niekorzyść zamawiającego lub z naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń.

Zmiana wykonawcy zamówienia publicznego po zawarciu umowy jest zakazana, nie tylko jako istotna, lecz także jako naruszająca fundamentalną zasadę, że zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp). Dlatego wyklucza się nawet cesję roszczenia wykonawcy o zawarcie umowy finalnej na osobę trzecią, która nie poddała się rygorom procedury przetargowej albo innego trybu udzielenia zamówienia⁵²¹. Wprawdzie zakaz przejęcia już udzielonego zamówienia przez osobę trzecią nie wynika wprost z art. 7 ust. 3 Pzp, lecz dopuszczenie takiej zmiany podmiotowej zobowiązania prowadziłoby do obejścia tego przepisu⁵²². Przeciwno ustawie działa bowiem nie tylko ten, kto zachowuje się w sposób spreczny z wyraźnym jej brzmieniem, lecz także ten, kto obchodzi jej intencje i cele. Obecnie jednak podstawą zwalczania niedozwolonego przejęcia zamówienia przez osobę trzecią jest już nowy art. 144 ust. 1e Pzp, postrzegający je – jako *lex specialis* – w kategoriach zakazanych zmian istotnych umowy. *Ratio legis* polega więc na tym samym, a mianowicie przewidziana ustawowo procedura udzielenia zamówienia gwarantuje weryfikację wiarygodności wykonawcy, w sferze zdolności do należytego wykonania zamówienia (*vide* warunki podmiotowe z art. 22 i art. 24 Pzp), sprawiedliwy wybór oferty najkorzystniejszej (art. 91 Pzp) oraz przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Zakaz powyższy nie jest jednak bezwzględny, doznaje paru wyjątków ustalonych jednolicie na obszarze UE w dyrektywach. Zostały one

⁵²¹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 27 czerwca 2003 r. (IV KKN 302/2001), choć dotyczy on przetargu na zbycie nieruchomości publicznej.

⁵²² Por. wyrok SN z 13 stycznia 2004 r. (V CK 97/03), z aprobowaną glosą R. Szostaka, OSP 2005, Nr 2, poz. 22.

odzwierciedlone w art. 144 ust. 1 pkt 4 Pzp. Poza tym ustawa w ogóle nie wspomina o możliwości zmiany zamawiającego, lecz nie oznacza to swobody, skoro według ogólnej formuły zakazuje się zmian umowy o zamówienie publiczne, chyba że są objęte katalogiem z art. 144 ust. 1 Pzp. Za dopuszczalną trzeba uznać jednak zmianę zamawiającego w wyniku transformacji albo innego następstwa ustawowego.

W pełni swobodny jest obrót wierzytelnością pieniężną, przysługującą wykonawcy zamówienia przeciwko zamawiającemu, co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, cesja wierzytelności w ogóle nie prowadzi do zmiany umowy, lecz wyłącznie w sferze zobowiązania pieniężnego (art. 509 kc), nawet zgoda zamawiającego – dłużnika jest zbędna. W szczególności wykonawca może przewłaszczyć przysługującą mu wierzytelność jeszcze zanim stanie się wymagalna, np. tytułem zabezpieczenia kredytu bankowego. Po drugie, zbycie wierzytelności pieniężnej nie rzutuje bezpośrednio na wykonanie zamówienia, zwłaszcza na wiarygodność wykonawcy ani zamawiającego.

7. Modyfikacja umowy o zamówienie małej wartości

Dokonywanie drobnych korekt w umowie małej wartości jest względnie swobodne (art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp), jednorazowo lub wielokrotnie, bez względu na przedmiot, byleby nie zmieniała charakteru umowy, a wartość łączna zmian nie sięgała europejskiego progu kwotowego wynikającego z art. 11 ust. 8 Pzp oraz 10% pierwotnej wartości umowy (15% w przypadku robót budowlanych). Przepis ten nie dotyczy – jak się zdaje – możliwości zmiany wykonawcy, przede wszystkim z uwagi na zasadę powszechności reżimu prawa zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp. Poza tym wprowadzenie zmian do umowy musi być każdorazowo zasadne z punktu widzenia ochrony interesu publicznego, co wynika wprost z zasady *pacta sunt servanda* i towarzyszącego jej wymogu realnego wykonania zobowiązania. Wykonawca nie ma zatem żadnego roszczenia o wprowadzenie powyższych zmian do umowy, wprowadzie podlegają swobodzie kontraktowej, jednak z uwzględnieniem okoliczności indywidualnego zobowiązania.

8. Wyjątkowa zmiana wykonawcy

Według nowego art. 144 ust. 1 pkt 4 Pzp umowa może być zmieniona w związku z zastąpieniem dotychczasowego wykonawcy nowym wykonawcą, lecz tylko w trzech wyjątkowych przypadkach, a mianowicie:

- na podstawie uprzedniego zastrzeżenia umownego, przewidzianego z góry w ogłoszeniu lub warunkach zamówienia,
- w wyniku zmian organizacyjnych: przekształcenia, fuzji, podziału, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki wiarygodności, a zmianie podmiotowej nie towarzyszą zmiany istotne w treści umowy,
- w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców.

Możliwości zastrzeżenia zmiany wykonawcy w warunkach umowy, projektowanej przed wszczęciem procedury o udzielenie zamówienia, są praktycznie bardzo ograniczone, choćby dlatego, że zamawiający nie jest w stanie przewidzieć tego komu konkretnie udzieli zamówienia i w jakiej sytuacji może się znaleźć wykonawca realizujący zamówienie. Poza tym zamawiający nie ma zazwyczaj żadnego interesu, aby z góry przewidywać zmianę wykonawcy, zwłaszcza że zamówienie nie może przecież przypaść ostatecznie osobie niewiarygodnej. Werbalnie w ustawie problem ten jednak pominięto. W pierwszej kolejności sensowne zmiany podmiotowe mogłyby dotyczyć konsorcjum, spółki cywilnej, lub innej wspólnoty na wypadek śmierci bądź upadłości współwykonawcy, jeśli pozostawali w stopniu dostatecznym spełniać warunki wiarygodności. Nie ma też większych przeszkód do tego, aby podwykonawca na którego zasoby powoływał się wykonawca z czasem przystąpił do niego w razie potrzeby w charakterze współwykonawcy, solidarnie odpowiedzialnego wobec zamawiającego za całe zobowiązanie niepieniężne. To samo mogłoby dotyczyć spółki zależnej od wykonawcy lub innego podmiotu od niego zależnego, który mógłby przystąpić do długu po pozytywnej weryfikacji wiarygodności w zakresie zdolności do należytej realizacji zamówienia, nawet na wypadek przyrzeczenia jego utworzenia w ofercie. O wiele większe zastrzeżenia nasuwa dopuszczalność zwalniającego przejęcia długu przez osobę trzecią za zgodą zamawiającego (art. 519 kc), która nie poddała się rygorom procedury wyboru wykonawcy, nawet po pozytywnej weryfikacji następczej spełnienia warunków wymaganych od wykonawcy. Ryzyko wyłudzenia zamówienia w okolicznościach niepełnej wiarygodności, a zwłaszcza niewypłacalności, jest znaczne, nawet gdyby zamawiający z góry określił szczegółowo warunki odstąpienia zamówienia osobie trzeciej. W odniesieniu jednak do mniej ryzykownych zamówień wieloletnich (np. utrzymanie czystości w dużym mieście, utrzymanie zieleni, zarządzanie zasobami mieszkaniowymi) zamawiający mógłby być zainteresowany utworzeniem przez wykonawcę wyspecjalizowanego podmiotu do obsługi zamówienia (spółki zależnej), zwłaszcza na wypadek jego udzielenia takiemu wykonawcy, który nie posiada przedsiębiorstwa w miejscu realizacji zamówienia. Ostateczne stanowisko w zakresie granic dopuszczalnego przejęcia zamówienia przez osobę trzecią należeć będzie do orzecznictwa.

Zmiany organizacyjne po stronie wykonawcy zamówienia pociągają na ogół skutki *ex lege*. Ich odzwierciedlenie w treści umowy może mieć jednak doniosłe znaczenie porządkowe⁵²³. W przypadku podziału osoby wykonawcy dotychczasowe zamówienie przypada wszystkim jednostkom powstałym po podziale, które odpowiadają solidarnie za jego prawidłową realizację, jak inni współwykonawcy według art. 141 Pzp. Dostosowując umowę do nowego stanu prawnego nie wolno pomijać żadnego ze współwykonawców, dzielić zamówienia w jakikolwiek sposób, ani zwalniać z długu któregośkolwiek z współwykonawców.

Szczególny przypadek zastąpienia wykonawcy w wyniku „przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem podwykonawcy” nie może być w aktualnym stanie normatywnym zastosowany efektywnie, z uwagi na brak podstaw ustawowych do wejścia podwykonawcy spłaconego przez zamawiającego w rolę wykonawcy głównego. Ewentualność taka byłaby dopuszczalna co najwyżej w ramach pierwszego z przedstawionych wyżej wariantów zmian wykonawcy, a mianowicie, na wypadek zastrzeżenia przez zamawiającego z góry w warunkach zamówienia możliwości przejęcia zamówienia (długu) przez za-

⁵²³ Por. T. Szczurowski: Skutki przekształcenia przedsiębiorcy w kontekście odpowiedzialności za zobowiązania, PPH 2017, Nr 9, s. 52 i n.

spokojonego podwykonawcę na podstawie umowy z zamawiającym, za zgodą wykonawcy głównego (art. 519 kc). Tymczasem mechanizm płatności bezpośrednich na rzecz podwykonawcy, do którego odsyła art. 72 ust. 1 lit d *in fine* dyrektywy 2014/24, wprowadzony w 2014 r. do prawa polskiego przewiduje odmienne rozwiązanie. Zgodnie bowiem z art. 143c ust. 6 Pzp w przypadku dokonania zapłaty bezpośredniej na rzecz podwykonawcy zamawiający potrąca kwotę wynagrodzenia wypłaconego podwykonawcy z wynagrodzenia należnego wykonawcy głównemu. W takiej sytuacji przepis art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. c) Pzp dopuszczający wejście podwykonawcy w rolę wykonawcy wymaga zatem skreślenia, tym bardziej, że dyspozycja dyrektywy w tym zakresie brzmi warunkowo, a sposób ewentualnego przejęcia zamówienia przez podwykonawcę uzależnia się w całości od rozwiązań prawa krajowego.

9. Uгода w sprawie należności pieniężnej przysługującej zamawiającemu

Uгода w sprawie spornej należności cywilnoprawnej przysługującej jednostce finansów publicznych jest dopuszczalna na podstawie art. 54a ufp, z tytułu żądania zapłaty kary umownej, odszkodowania, zwrotu uprzednio uiszczonej ceny itd. W odniesieniu zaś do innych zamawiających dopuszczalność zawarcia ugody wynika z zasad ogólnych. Jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej po dokonaniu oceny dowodzącej, że skutki ugody będą korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego. Wyróżnia się ugodę sądową zawartą przed sądem w postępowaniu rozpoznawczym lub poprzedzającym je postępowaniu pojednawczym (art. 10 kpc)⁵²⁴ oraz pozasądową, zawartą w razie potrzeby przez same strony bez jakiegokolwiek związku z postępowaniem sądowym (art. 917 kpc). Na równi z ugodą sądową funkcjonuje ugoda zawarta przed mediatorem, jeśli zostanie zatwierdzona przez sąd właściwy (art. 183¹⁵ kpc). W przypadku ugody zawartej w postępowaniu mediacyjnym, uruchomionym w wyniku skierowania sprawy przez sąd do mediacji, zatwierdzając ugodę sąd z urzędu zwraca stronie powodowej $\frac{3}{4}$ opłaty od powództwa, uiszczonej w związku z wszczęciem procesu w I instancji⁵²⁵. Treść każdej ugody sądowej podlega kontroli sądu, który może uznać ją za niedopuszczalną, zwłaszcza gdy zmierza do sprzeczności z prawem lub zasadami współżycia społecznego, albo do obejścia prawa (art. 203 § 4 w zw. z art. 223 § kpc)⁵²⁶. Ugoda sądowa wywołuje podwójne skutki prawne, a mianowicie materialne – tak jak zwykła umowa ugody w rozumieniu art. 917 kc oraz procesowe – załatwia spór (choć niekoniecznie definitywnie), przyczyniając się do umorzenia przez sąd postępowania spornego, a po opatrzeniu klauzulą wykonalności staje się tytułem wykonawczym⁵²⁷. Z punktu widzenia obo-

⁵²⁴ Osnowę ugody wciąga się do protokołu rozprawy i opatruje podpisami stron.

⁵²⁵ Por. art. 79 ust. 1 pkt 2kt, a ustawy z 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 623 ze zm.).

⁵²⁶ Por. zwłaszcza: A. Zieliński: Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz, Warszawa 2012, s. 52 oraz J. Lapiere: Ugoda sądowa w polskim procesie cywilnym, PS, 1996, Nr 2, s. 13 i n., a także T. Bielska Sobkowicz (w:) Kodeks cywilny, Komentarz, t. V, Zobowiązania – Część szczegółowa, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, s. 766–779 oraz M. Pyziak-Szafnicka (w:) System prawa prywatnego, t. 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011, s. 995 i n.

⁵²⁷ Por. w tym zakresie A. Zieliński: op. cit., s. 335 i n., a także A. Pietrzyk: Mediacja jako forma interwencji w sporze stron, „Palestra” 1994, s. 72 i n., J. Lapiere: op. cit., s. 13 i n. oraz P. Sobolewski: Mediacja w sprawach cywilnych, PPH 2006, Nr 2, s. 15 i n.

wiązku dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych liczą się oczywiście tylko skutki materialno – prawne ugody.

Zgodnie z art. 917 kc w umowie ugody strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego, mianowicie w tym celu, aby uchylić niepewność co do roszczeń z niego wynikających lub zapewnić ich wykonanie albo uchylić spór istniejący lub mogący powstać w przyszłości. Przepis art. 54a ufp stanowiący *lex specialis* względem art. 917 kc, ogranicza możliwość zawarcia ugody wyłącznie do sprawy o „sporne należności cywilnoprawne”, a ponadto wymaga uprzednio dokonania oceny ekonomiczno – prawnych skutków ugody. Nie ulega zatem zmianie sama istota ugody, dotyczącej spornych należności cywilnoprawnych przysługujących jednostce sektora finansów publicznych. Ugoda sprowadza się jednak do „wzajemnych ustępstw” stron, a jej celem jest przede wszystkim zapewnienie wykonania określonego stosunku prawnego. W sumie zatem zawarcie ugody w rozumieniu art. 54a ufp warunkują trzy przesłanki: a) spór co do należności pieniężnej, b) możliwość wzajemnych ustępstw, c) korzystna ocena skutków ugody.

Spór co do należności pieniężnej może dotyczyć zarówno jej wysokości, jak i wymagalności, w tym przesłanek zapłaty. O zaistnieniu sporu między stronami można jednak twierdzić dopiero w bezpośrednim związku z zawiśnięciem sprawy przed sądem (art. 192 kpc), choć z przepisu o ocenie skutków ugody „korzystniejszych niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego” można wnosić, że do sporu dochodzi już nieco wcześniej, gdy stan sprawy stał się taki, że droga procesu cywilnego okazała się nieuchronna. Z uwagi jednak na wyjątkowy charakter art. 54a ufp i niebezpieczeństwo ugód fikcyjnych, bardziej zasadne wydaje się to pierwsze (formalne) ujęcie „sporu”. Z drugiej strony usytuowanie art. 54a ufp pośród przepisów o dochodzeniu należności cywilnoprawnych wskazuje raczej tylko na spór z powództwa zamawiającego o zapłatę (np. kary umownej). Ewentualnie zaś wszczęcie powództwa przez dłużnika wykonawcę o ukształtowanie wysokości (obniżkę) należności nie uzasadnia zawarcia ugody, także z uwagi na wyłączność sądu w zakresie miarkowania kary umownej w ramach tzw. prawa sędziowskiego. Ugoda co do samego obniżenia kary umownej staje się zatem bezprzedmiotowa w toku procesu sądowego, skoro sąd ma kompetencję do jej miarkowania, na podstawie art. 484 § 2 kc. Co innego jednak w razie wytoczenia przez wykonawcę powództwa o zapłatę należności za wykonane zamówienie publiczne (lub zwrot zabezpieczenia), z której uprzednio zamawiający potrącił sporną karę umowną. W tych okolicznościach zawarcie ugody może być zasadne.

Najtrudniejszą przesłanką są „wzajemne ustępstwa”, jakie czynią sobie strony w ugodzie. Praktyczne prawdopodobieństwo „wzajemnych ustępstw” w związku z dochodzeniem zapłaty kary umownej jest znikome, ze względu na brak okazji do „wzajemności”, natomiast nieco większe możliwości stwarza powództwo dotyczące rozliczenia należności przysługujących wykonawcy z tytułu zapłaty za zrealizowane zamówienie publiczne. Panuje bowiem pogląd, że jakakolwiek ugoda nie tworzy nowego stanu prawnego, lecz jedynie zmienia (przekształca) istniejący stosunek prawny, co odróżnia ją wyraźnie od nowacji zobowiązania w rozumieniu art. 506 kc⁵²⁸. Wzajemne ustępstwa stron stanowią podmiotowo istotny element ugody, po-

⁵²⁸ Por. zwłaszcza A. Szpunar: Z problematyki ugody w prawie cywilnym, PS 1995, Nr 9, s. 11; T. Bielska Sobkowicz... op.cit., s. 770–771 oraz M. Pyziak-Szafnicka: op. cit., s. 995 i n., a także uchwałę SN (7) z 14 kwietnia 1972 (III PZP 6/72), OSNCP 1973, Nr 9, poz. 153, z glosą A. Szpunara, P i P 1983, Nr 2, s. 113 i n.

winy być dokonane przez obie strony⁵²⁹, choć nie muszą być w pełni ekwiwalentne, a ustępstwu jednej strony nie musi towarzyszyć zrównoważone ustępstwo drugiej strony⁵³⁰. Jednostronnego zrzeczenia się części pretensji nie uznano za ugodę przewidzianą w art. 621 kodeksu zobowiązań (obecnie art. 617 kc)⁵³¹. Ustępstwa mogą dotyczyć terminu spełnienia świadczenia, uznania roszczenia, częściowego zwolnienia z długu, rozłożenia należności na raty, umorzenia odsetek, świadczeń dodatkowych it.d. Ocena czy zawarte w ugodzie oświadczenie strony stanowi rzeczywiste ustępstwo na rzecz drugiej strony, powinna zapadać na tle konkretnej treści przekształcanego stosunku prawnego oraz okoliczności, w jakich zobowiązanie ma być wykonane⁵³².

Wykonanie ugody podlega ogólnym przepisom o wykonaniu zobowiązań (art. 450 i n. kc). W wyniku wykonania wygasa zobowiązanie podstawowe, chyba że co innego postanowiono w treści ugody⁵³³. Dlatego nawet zawarcie ugody sądowej nie pozbawia wierzyciela możliwości ponownego wytoczenia powództwa o „ugodzone” uprzednio świadczenie i to w pełnej wysokości, zwłaszcza gdy przyrzeczone w ugodzie powinności nie zostały spełnione. Termin przedawnienia roszczeń z ugody biegnie tak, jak ze stosunku podstawowego, skoro uгода nie kreuje nowego zobowiązania, lecz jedynie modyfikację zobowiązania dotychczasowe. Prowadząc jednak do uznania roszczenia (art. 123 §1 pkt 2 kc) przerywa bieg przedawnienia roszczenia, które po przerwie biegnie na nowo.

Wymagana w art. 54a ufp cena skutków ugody powinna nastąpić w formie pisemnej, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania (kwestia przedawnienia, czasu wyegzekwowania roszczeń) oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego. Wyliczenie aspektów oceny, zawarte w art. 54a ust. 2 ufp ma znaczenie tylko przykładowe. Doniosła jest też ocena wzajemnych ustępstw i warunków wykonania potencjalnej ugody. Niezależnie od tego do zawarcia ugody obejmującej częściowe zwolnienie z długu lub inną czynność rozporządzającą potrzebne jest na ogół upoważnienie organu stanowiącego lub nadzorczego. Konieczność uwzględnienia powyższych ograniczeń potwierdzają znowelizowane przepisy art. 5 ust. 4 oraz art. 15 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, według których nie stanowi naruszenia dyscypliny „wykonanie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej zawartej zgodnie z przepisami prawa”, a także „zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania na podstawie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej zawartej zgodnie z przepisami prawa”.

10. Unieważnienie niedozwolonej zmiany umowy

W razie dopuszczenia do niedozwolonej zmiany umowy, zamawiający ma kilka środków zaradczych. W pierwszej kolejności powinien rozważyć uchylenie się od skutków

⁵²⁹ Por. zwłaszcza wyrok SN z 30 września 2010 r. (I CSK 675/09), Lex nr 784899.

⁵³⁰ Tak A. Szpunar: op. cit., s. 11 oraz T. Bielska-Sobkowicz: op. cit., s. 771.

⁵³¹ Zob. wyrok SN z 10 października 1938 r. (C.III.3337/37), OSP 1939, z. 3, poz. 155, podają za T. Bielska-Sobkowicz: op. cit., s. 771, która w pełni akceptuje ten pogląd.

⁵³² Tak Sąd Najwyższy w powołanym wyżej wyroku z 30 września 2010 r. oraz T. Bielska-Sobkowicz: op. cit., s. 771.

⁵³³ Por. wyrok SN z 26 czerwca 2008r. (II CSK 98/08), Lexis Nexis nr 2786509.

wadliwego oświadczenia woli, zwłaszcza złożonego pod wpływem błędu lub podstęp, w ciągu roku na piśmie, w oparciu o ogólny przepis 88 kc. W braku podstaw do takiej interwencji może na zasadzie dobrowolności rozwiązać wadliwy aneks do umowy w drodze porozumienia z wykonawcą, a w przypadku odmowy, zastosować częściowe odstąpienie od umowy albo wystąpić do sądu o unieważnienie wadliwej zmiany umowy. Wszystkie te trzy rozwiązania wynikają bowiem z niezwykle pojemnej formuły art. 145a pkt 1 Pzp, przewidującego możliwość „rozwiązania umowy” przez zamawiającego wskutek „zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 144 Pzp”. Wprawdzie tradycja prawa polskiego wymaga bardziej skonkretyzowanej podstawy dla „ustawowego prawa do odstąpienia od umowy”⁵³⁴, lecz przy pominięciu wykładni funkcjonalnej przepis powyższy zostałby radykalnie okrojony w sposób kolidujący z jego rzeczywistymi celami. Poza tym „prawo odstąpienia” można odnieść do całej umowy albo do jej części⁵³⁵, co bardziej odpowiada idei „samonaprawienia” popełnionego uchybienia. Postulować zatem trzeba stosowną korektę art. 145a pkt 1 Pzp (o rozwiązaniu umowy zob. dalej).

Na dalszym planie występuje unieważnienie z art. 144 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym postanowienia umowne zmienione z naruszeniem ustawy podlegają unieważnieniu, a na miejsce unieważnionych wchodzi postanowienia pierwotne. Przepis ten nie przesądza bezpośrednio trybu unieważnienia ani nawet legitymacji do jego wszczęcia. Z przepisów ogólnych wiadomo jednak, że chodzi wyłącznie o tryb sądowy procesowy, natomiast przy braku wyraźnych wskazówek podmiotowych przyjąć trzeba, że z odpowiednim powództwem do sądu wystąpić może zarówno strona umowy (także wykonawca), jak i Prezes UZP, którego legitymacja została potwierdzona w kolejnym art. 144a Pzp, lecz bez nawiązania do art. 144 ust. 2 Pzp. Roszczenia stron o unieważnienie niedozwolonej zmiany umowy podlegają przepisom ogólnym, natomiast uprawnienie Prezesa UZP do żądania takiego unieważnienia wygasa po 4 latach od wprowadzenia niedozwolonych zmian do umowy, a procedura przedstawia się analogicznie, jak w przypadku powództwa o unieważnienie umowy z powodu naruszenia wymagań procedury poprzedzającej jej zawarcie (art. 146 ust. 1 i art. 146 ust. 6 Pzp). Niedozwolona zmiana umowy może być unieważniona także po całkowitym wykonaniu umowy, z takim skutkiem, że w miejsce unieważnionych wchodzi w zastosowanie postanowienia pierwotne. Wzajemny zwrot ewentualnie spełnionych nienależnie świadczeń następuje na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, a na wypadek niemożliwości zwrotu *in natura* rozliczenia między stronami następują w pieniądzu z uwzględnieniem – przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

⁵³⁴ Por. zwłaszcza A. Klein: Ustawowe prawo odstąpienia od umowy wzajemnej, Wrocław 1964, s. 28 i n.

⁵³⁵ Więcej o tym R. Szostak: Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145–145a prawa zamówień publicznych, Europa Regionum, t. XXIX, Problematyka prawna usług, Szczecin 2016, s. 215–217.

VII. ODSTĄPIENIE OD UMOWY O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

1. Uwagi ogólne

Według zasady *pacta sunt servanda* umowa skutecznie zawarta wiąże obie strony, nie powinna być zamieniana ani rozwiązywana, lecz wykonana realnie do końca. Wyjątki są dopuszczalne, z woli stron w obrocie powszechnym (w imię nadrzędnej zasady swobody kontraktowej), natomiast w zamówieniach publicznych – w granicach przyzwolenia ustawowego. Do niedawna problematyka dopuszczalnej zmiany, a także przedwczesnego rozwiązania umowy, leżała całkowicie w domenie prawa krajowego, choć granice odstępstw od wymogu stabilnej treści umowy oraz ich uzasadnienie kształtowane były pod wpływem orzecznictwa europejskiego, zapadającego na gruncie podstawowych zasad zamówień publicznych⁵³⁶. W prawie polskim unormowanie tej problematyki podlegało ewolucji w związku z kolejnymi zmianami w obrębie art. 140 oraz art. 144–145 Pzp. Po raz pierwszy odniesiono się szerzej do tej kwestii dopiero w dyrektywach z 2014 r. W szczególności w motywach do dyrektywy ogólnej 2014/24 podniesiono, że niezbędne jest doprecyzowanie ustawowych warunków dopuszczalnych zmian w umowach, aby nie dochodziło do obejścia przepisów wymagających przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Na tle dotychczasowego dorobku orzecznictwa europejskiego wykluczyć trzeba zwłaszcza zmiany istotne z uwagi na zakres i treść wzajemnych praw i obowiązków stron (por. pkt. 107–109 preambuły). W dyspozycji art. 73 wskazuje się po raz pierwszy na konieczność ustalenia w prawie krajowym okoliczności uzasadniających przedwczesne rozwiązanie umowy z inicjatywy samego zamawiającego. Wprawdzie wskazano tylko trzy okoliczności uzasadniające przedwczesne rozwiązanie umowy, lecz resztę pozostawiono w domenie prawa krajowego. Zasadniczo obowiązuje ogólny zakaz rozwiązywania umów, które powinny być realnie wykonywane, przede wszystkim z uwagi na konieczność ciągłego zaspakajania potrzeb zbiorowych stanowiących cel każdego zamówienia publicznego. Zakaz przedwczesnego rozwiązania umowy adresowany jest jednak wyłącznie do publicznego zamawiającego, któremu nie wolno godzić się, ani na osłabienie zobowiązania poprzez klauzulę umownego prawa odstąpienia od umowy, ani na przedwczesne zakończenie zobowiązania w drodze zgodnego porozumienia stron. Prowadzi to w istocie do ograniczenia swobody kontraktowej w interesie zbiorowym⁵³⁷.

Zakaz zastrzegania prawa odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne w ujęciu art. 395 kc nie został wprawdzie sformułowany wyraźnie w prawie polskim, jednak jest on oczywisty na tle wyjątkowych przypadków jednostronnego rozwiązania umowy przez zamawiającego przewidzianych w art. 145–145a Pzp. Analogiczny zakaz zmiany umowy utrzymano

⁵³⁶ Por. w szczególności wyrok TSUE z 19 czerwca 2008 roku (C-454/06, Press text Nachrichtenagentur GmbH), ECR2008, I-04401, w świetle którego zasady: równości, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i związany z nimi zakaz obchodzenia warunków (wyniku) przetargu, sprzeciwiają się dopuszczeniu istotnych zmian umowy o zamówienie publiczne.

⁵³⁷ O funkcjach odstąpienia, osłabiającego zobowiązanie, P. Drapała: Umowne prawo odstąpienia (w:) System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań część ogólna, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 938.

werbalnie w art. 144 ust. 1 Pzp, podczas gdy sposób unormowania w dyrektywie obu tych kwestii jest jednakowy. Stąd nadszedł czas zażegnania utrzymujących się od dawna niepewności interpretacyjnych⁵³⁸. Obowiązywanie tego ograniczenia swobody kontraktowej można też wywieść w drodze *argumentum a fortiori* z art. 144 ust. 1 Pzp, a mianowicie skoro wyraźnie zakazuje się swobodnej zmiany umowy o zamówienie publiczne, to tym bardziej nie wolno jej swobodnie rozwiązywać⁵³⁹. Poza tym zastosowanie formuły fakultatywnego rozwiązania umowy przez zamawiającego w przypadkach z art. 145–145a Pzp świadczy pośrednio o ogólnym zakazie rozwiązywania umów, ponieważ ustawodawca nie stanowiłby wyraźnie, że umowę „można rozwiązać”, podczas gdy wolno byłoby tego dokonać swobodnie przy braku ustawowego zakazu⁵⁴⁰. Ponadto dopuszczenie możliwości swobodnego zastrzeżenia prawa odstąpienia w zamówieniach publicznych prowadziłoby niewątpliwie do trudności o charakterze funkcjonalnym, skoro zastrzeżenie takiego prawa na podstawie art. 395 kc nie potrzebuje jakiegokolwiek uwarunkowania (jest bezwarunkowe). W stosunkach obrotu powszechnego spotyka się jednak zastrzeżenia uwarunkowane, zwłaszcza na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania (*lex commissoria*). Do argumentów doniosłych dla wykładni celowościowej, obok społecznej roli zamówień publicznych, należy dodać jeszcze potrzebę dochodzenia wykonania zobowiązania *in natura*, z pierwszeństwem przed ewentualnym roszczeniami odszkodowawczymi lub innymi żądaniami zastępczymi. Nie bez znaczenia są wreszcie argumenty związane z obciążającym zamawiającego obowiązkiem dochodzenia roszczeń: pieniężnych i niepieniężnych, który wynika z przepisów odrębnych. W konsekwencji dopuszczenie do swobodnego rozwiązywania umów o zamówienia publiczne, zwłaszcza ze względu na trudności realizacyjne po stronie wykonawcy, prowadziłoby w istocie do obejścia wymogu realnego wykonania zobowiązania i ustawowego obowiązku egzekwowania roszczeń.

Wyjątkowe znaczenie ustawowego prawa odstąpienia od umowy wynika stąd, że zakaz przedwczesnego rozwiązania umowy o zamówienie publiczne nie ma charakteru absolutnego. Zostaje uchylony w przypadkach ustawowo przewidzianych. Chodzi tu nie tylko o wyjątkowe przepisy z art. 145–145a Pzp, lecz także o liczne unormowania kodeksowe, uprawniające zamawiającego albo wykonawcę do odstąpienia od umowy, przede wszystkim tytułem sankcji na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez drugą stronę umowy⁵⁴¹ albo tytułem zakończenia zobowiązania o charakterze trwałym (najmu, dzierżawy, leasingu i agencji). Ustawowe prawo odstąpienia od umowy (w przypadkach kodeksowych) nie zależy bowiem od uprzedniego zastrzeżenia umownego, a skoro nie zostało wyraźnie wyłączone, może być aktualne w świetle zasady subsydiarnego stosowania kodeksu cywilnego w zakresie realizacji zamówień publicznych (por. odesłanie z art. 139 ust. 1 Pzp)⁵⁴². Szczególny przepis art. 145 Pzp od dawna dopuszcza możliwość odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne ze względu na zaistnienie okoliczności powodującej, że wykonanie nie leży w interesie publicznym. Nowością są trzy dalsze przypadki z art. 145a Pzp, uprawniające do jednostronnego rozwiązania umowy, a mianowicie gdy: a) zamawiający

⁵³⁸ Por. J. Jerzykowski: op. cit., s. 626–627 oraz A. Brzozowski: Wpływ zmiany... op. cit., s. 281.

⁵³⁹ Tak R. Szostak: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2003 r. (III CKN 1320/00), PS 2005, s. 180 i n.

⁵⁴⁰ O wyjątkowym znaczeniu unormowania z art. 145 Pzp na tle zasady *pacta sunt servanda* zob. P. Granecki: op. cit., s. 1234–1235.

⁵⁴¹ Por. też J. Pieróg: op. cit., s. 496.

⁵⁴² Por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2003 r. (III CKN 1320/00), OSNC 2004, Nr 7–8, poz. 112.

dopuszczył do bezprawnej zmiany umowy, b) uprzednio udzielił zamówienia z naruszeniem prawa europejskiego albo c) wykonawca w chwili zawarcia umowy podlegał obligatoryjnemu wykluczeniu.

Z kolei ustawowe prawo do odstąpienia od umowy na zasadach kodeksowych służy przede wszystkim na wypadek zwłoki w spełnieniu świadczenia (art. 491 kc), opóźniania się z rozpoczęciem wytwarzania przedmiotu dostawy (art. 610 kc) albo dzieła (art. 635 kc), wadliwego wykonywania dzieła lub robót budowlanych (art. 636 kc), utraty zaufania do wykonawcy (art. 730, art. 746, art. 764 kc) oraz z tytułu rękojmi za wady przedmiotu zamówienia (art. 560 kc). Przypadki te zostały przedstawione przy okazji prezentacji zagadnień z nimi związanych. Z naturalnych względów najczęściej ustawowo uprawniony jest zamawiający, jako wierzyciel świadczenia niepieniężnego. Wykonawca może jednak odstąpić od umowy: w razie zaniechania przez zamawiającego koniecznego współdziałania z wykonawcą, w tym bezzasadnego uchylenia się od odbioru przedmiotu umowy (por. np. art. 640 kc), zaniechania ustanowienia przez zamawiającego gwarancji zapłaty za roboty budowlane (art. 694¹ kc), z ważnych powodów przy zleceniu i stosunkach opartych na warunkach zlecenia (art. art. 746 kc), niedozwolonego dokonania zmian w przedmiocie leasingu lub oddania przedmiotu osobie trzeciej (art. 709¹¹–709¹² kc) albo gdy zwrot pożyczki zaciągniętej przez zamawiającego okazał się wątpliwy (art. 721 kc). Poza tym syndyk masy upadłości działający po stronie wykonawcy może odstąpić od umowy o zamówienie publiczne w trybie przepisów prawa upadłościowego.

Odstąpienie czy wypowiedzenie? Pierwsze łączy się z rozwiązaniem umowy z mocą wsteczną (*ex tunc*), powstaje taka sytuacja jakby w ogóle umowy nie zawarto, natomiast drugie polega na zakończeniu zobowiązania z mocą jedynie na przyszłość (*ex nunc*), a świadczenie spełnione podlega zwyczajnemu rozliczeniu⁵⁴³. Ponadto, dopuszcza się częściowe odstąpienie od umowy, w zakresie fragmentu świadczenia wadliwie wykonanego bądź co do niewykonanych jeszcze elementów świadczenia. Wypowiedzenie umowy uważa się też za zwyczajny sposób zakończenia zobowiązania długoterminowego, zwłaszcza trwałego (najmu, dzierżawy, użyczenia), a także stosunków opartych na zaufaniu (zlecenia, spółki, rachunku bankowego). Przede wszystkim w ten sposób kończy się wyjątkowe w zamówieniach publicznych zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym (art. 365¹ kc)⁵⁴⁴. Wątpliwości o charakterze konstrukcyjnym może budzić art. 145 Pzp, który wprawdzie operuje wyraźnie „odstąpieniem od umowy”, lecz przewidując rozliczenie ewentualnie spełnionych świadczeń poprzez zapłatę wykonawcy „wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy” sugeruje jednak wypowiedzenie.

Nasuwać się co najmniej trzy koncepcje rozwiązania tego dylematu. Pierwszej, właściwej dla „odstąpienia” mogłoby towarzyszyć założenie, że wprawdzie umowa rozwiązuje się z mocą wsteczną, lecz w razie braku możliwości wzajemnego zwrotu świadczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (usługi lub roboty budowlane), rozliczenie następuje przez zapłatę wynagrodzenia. Jej rozwinięciu mogłoby towarzyszyć nieco inne założenie, że przepisy art. 145 Pzp, jako *lex specialis*, wyłączają w ogóle tradycyjny zwrot świadczeń lub ich równo-

⁵⁴³ Więcej o tym R. Szostak: Odstąpienie.... op. cit., s. 214 i n.

⁵⁴⁴ Por. więcej T. Wiśniewski: op. cit., s. 112–113.

wartości pieniężnej (o wartości wzbogacenia przesądza wartość zubożenia)⁵⁴⁵, dopuszczając bardziej rynkowy sposób rozliczenia między stronami, a mianowicie: nie tyle według poniesionych nakładów (zubożenia), ile na zasadzie uzgodnionego uprzednio wynagrodzenia, pomimo upadku jego podstawy prawnej⁵⁴⁶. Stosownie do drugiej koncepcji przepisy art. 145 Pzp operują w istocie „wypowiedzeniem umowy”, skutkującym jedynie na przyszłość, nieco wbrew werbalnemu brzmieniu, skoro jednoznacznie przewidują obowiązek zapłaty wynagrodzenia z tytułu wykonania części umowy. Doktryna zaś nie sprzeciwia się możliwości przedwczesnego jednostronnego rozwiązywania umów, nawet terminowych⁵⁴⁷. Najbardziej przekonująca wydaje się trzecia koncepcja, według której art. 145 Pzp dotyczy – w zależności od okoliczności – zarówno całkowitego, jak i częściowego odstąpienia od umowy. Przemawia za nią też wykładnia werbalna tego unormowania, zwłaszcza co do roszczenia wykonawcy o „wynagrodzenie należne”, a nie o jakieś wyrównawcze „wynagrodzenie odpowiednie” (por. np. art. 395 § 2 zd. 2 kc). Poza tym kodeks przewiduje przypadki częściowego odstąpienia od umowy, zwłaszcza w świetle art. 491 § 2 kc, jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna z nich dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia, choć strona ta może odstąpić od umowy w całości, jeśli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo na zamierzony cel umowy.

Jednostronny charakter odstąpienia narzuca konstrukcję prawa kształtującego.

Z mocy oświadczenia woli strony uprawnionej zobowiązanie ulega rozwiązaniu. Zachowanie formy pisemnej wynika z art. 77 § 2 kc. Złożone oświadczenie jest od razu skuteczne, już z chwilą, gdy dojdzie do adresata tak, żeby mógł się z nim zapoznać. Powstaje stan prawny taki, jakby w ogóle nie doszło do zawarcia umowy albo jej skutki ulegają zniesieniu tylko na przyszłość. Na tle przepisów art. 145 Pzp nie powinno być wątpliwe to, że nie dopuszczają one możliwości odstąpienia od umowy w całości, nawet w przypadku, gdy spełnione przez wykonawcę świadczenie częściowe nie ma dla zamawiającego znaczenia, ponieważ chodzi o odstąpienie z przyczyn po stronie zamawiającego (publicznych) i wykonawca nie może być narażony na straty. Uprawnienie z art. 145 Pzp przysługuje jednak wyłącznie zamawiającemu, a nie wykonawcy, nawet gdy ziszcza się wszystkie przewidziane w tym przepisie okoliczności. Jednocześnie zamawiający może, lecz nie musi, skorzystać z przysługującego mu prawa odstąpienia. Z drugiej strony w żadnym zakresie uprawnienie zamawiającego nie ma charakteru swobodnego, gdyż zostało ściśle uwarunkowane ustawowo. Będzie bezskuteczne, jeśli zostanie wykonane przy braku choćby pojedynczej przesłanki.

Szczególne okoliczności uzasadniające odstąpienie z art. 145 Pzp także przemawiają za wykładnią dopuszczającą wnioskowanie *a fortiori*, o możliwości dobrowolnego rozwiązania umowy wskutek zgodnego porozumienia stron, oczywiście na warunkach wskazanych w tych przepisach. Zgodny tryb rozwiązania umowy ma przewagę nad jednostronnym odstąpieniem,

⁵⁴⁵ Por. A. Ohanowicz: *Niesłuszne wzbogacenie*, Warszawa 1956, s. 365 i n., W. Serda: *Nienależne świadczenie*, Warszawa 1988, s. 214 i n., oraz E. Łętowska: *Bezpodstawne...* op. cit., s. 211 i n.

⁵⁴⁶ Por. wyroki Sądu Najwyższego z 6 czerwca 2012 r. (III CSK 304/11), Lex 1229967 oraz z 25 lutego 2015 r. (IV CSK 395/14), Lex 1665598.

⁵⁴⁷ Więcej P. Drapała: *Umowne prawo...* op. cit., s. 941–944.

nie tylko pod względem psychologicznym (dobre obyczaje), lecz także prawnym. Pozwala bowiem usunąć wszelkie niepewności, a także doprecyzować rozliczenie między stronami.

Wątpliwości co do dwu- bądź jednostronnego zniesienia umowy nie budzi unormowanie z art. 145a Pzp, operujące bardziej neutralnym zwrotem „rozwiązanie umowy”. Oczywiście, jeśli próba rozwiązania umowy w drodze dobrowolnego porozumienia stron nie powiedzie się, zamawiający może dokonać jednostronnego odstąpienia albo wypowiedzenia, zwłaszcza w wypadku umowy kreującej zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym. Preferować trzeba jednak odstąpienie od umowy i to w całości (art. 145a Pzp milczy o rozliczeniach), co najmniej w wypadku, gdy wykonawca w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu, ponieważ chodzi tu o zapobieżenie skutkom bezprawia. To samo dotyczy wadliwej zmiany umowy z inicjatywy wykonawcy, choć z drugiej strony zamawiający w każdym wypadku powinien należycie ustalić przesłanki dopuszczalnej zmiany umowy na podstawie art. 144 Pzp. Zupełnie inaczej zaś przedstawia się sprawa odstąpienia od umowy zawartej w warunkach naruszenia prawa europejskiego (art. 145a pkt 3 Pzp). Skoro bowiem zamawiający publiczny, jako organizator procedury o udzielenie zamówienia i projektujący postanowienia umowne, odpowiada za bezpieczeństwo prawne transakcji, powinien ponosić konsekwencje naruszenia prawa europejskiego, nawet w następstwie spóźnienia w implementacji dyrektyw do prawa polskiego. W tym ostatnim przypadku ma roszczenie regresowe – o charakterze odszkodowawczym względem Skarbu Państwa. Dlatego odstąpienie od umowy z tego powodu nie może być – jak się zdaje – całkowite, powinno raczej ograniczać się tylko do niewykonanej części umowy, a zrealizowane już elementy świadczenia należy rozliczyć poprzez zapłatę należnego wykonawcy wynagrodzenia.

2. Odstąpienie od umowy w interesie publicznym

Uwarunkowanie z art. 145 ust. 1 ma wymiar szczególny. Pod względem funkcjonalnym przypadek ten wprawdzie zbliża się do klauzuli *rebus sic stantibus* z art. 357¹ kc, lecz jest jednak odmienny, nie pozwala na relację *lex specialis derogat legi generali*, choć obie dyspozycje mogą się nawzajem zająć. Przepisu z art. 145 ust. 1 Pzp, z uwagi na jego wyjątkowy charakter, nie wolno interpretować rozszerzająco, tym bardziej, że mogłoby to prowadzić do kolizji pomiędzy indywidualnym interesem prywatnego wykonawcy a interesem publicznym, któremu tu trzeba dać pierwszeństwo⁵⁴⁸. W szczególności istotna zmiana okoliczności może być nieco mniej intensywna niż nadzwyczajna zmiana, o której mowa w art. 357¹ kc, choć w obu przypadkach liczy się zmiana okoliczności pomiędzy stanem z dnia zawarcia umowy a późniejszymi fazami jej wykonywania⁵⁴⁹. Zasadnicze przesłanki odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 ust.1 Pzp są cztery, a mianowicie:

- istotna zmiana okoliczności,
- wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym,
- nieprzewidywalność w chwili zawarcia umowy,
- 30 dniowy termin na wykonanie odstąpienia.

⁵⁴⁸ Tak J. Baehr: op. cit., s. 423.

⁵⁴⁹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 lipca 2011 r., I ACa-13/11), Legalis.

W zakresie istotnej zmiany okoliczności liczy się tylko zmiana znacząca, a nie jakieś drobne perturbacje, podnosząca wydatnie ryzyko nietrafnej transakcji z punktu widzenia interesu publicznego. Przy zamówieniu „interes publiczny” łączy się przede wszystkim z samym celem transakcji zmierzającym do efektywnego zaspokojenia oznaczonych potrzeb zbiorowych. Zmienione okoliczności pociągające istotną kolizję realizowanej umowy z interesem publicznym, mogą mieć związek z samym procesem wykonawczym (świadczeniem), jak i z potrzebami zbiorowymi, które mają być zaspokojone (zmiana lub upadek potrzeb). Istotna zmiana okoliczności może wynikać ze zdarzeń natury faktycznej (np. remont budynku okazuje się bezprzedmiotowy w warunkach powodzi) albo prawnej (np. w razie ustawowej zmiany zadań zamawiającego upada potrzeba świadczenia)⁵⁵⁰. Istotna zmiana okoliczności ma zazwyczaj charakter obiektywny, choć może być związana z przyczynami po stronie zamawiającego, natomiast raczej wykluczyć trzeba przyczyny po stronie wykonawcy (np. spóźnienie lub zwłokę bądź następczą niemożliwość świadczenia), które uzasadniają inne rozwiązania, a zwłaszcza możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, żądanie kary umownej albo odszkodowania.

Przesłanka w postaci kolizji wykonania umowy z interesem publicznym nakazuje łączyć prawo odstąpienia od umowy z bezcelowością zamówionego świadczenia. Oczywiście z punktu widzenia przeznaczenia konkretnego świadczenia (dostaw, usług, robót budowlanych) na potrzeby zbiorowe, dla których zaspokojenia zamówienie zostało udzielone. W świetle orzecznictwa za istotną zmianę okoliczności kolidującą z interesem publicznym nie można uznać brak środków publicznych na realizację zamówienia⁵⁵¹. Na dodatek nie powinno się jej rozpatrywać w kategoriach okoliczności nieprzewidywalnych, skoro nie wolno udzielać zamówień publicznych bez dostatecznego pokrycia⁵⁵².

Nieprzewidywalność istotnej zmiany okoliczności i jej następstw w zakresie kolizji z interesem publicznym, już w chwili zawarcia umowy, narzuca koniunktywne ujęcie obu elementów. Sama zatem możliwość przewidzenia zmiany okoliczności nie jest wystarczająca, konieczne jest jeszcze uwzględnienie jej skutków w zakresie zaspokojenia potrzeb publicznych. Podobnie sama uprzednia świadomość zamawiającego tego, że umowa jest bezcelowa albo tylko nadchodzącej bezcelowości zamówienia, także wyklucza możliwość powołania się na art. 145 Pzp⁵⁵³. Poza tym przy ocenie powyższej przesłanki należy odwołać się do kryterium starannego przewidywania okoliczności towarzyszących umowie, a także ich wpływu na wykonanie i cel umowy, w zaostrzonym ujęciu obiektywnym, a nie łagodniejszym subiektywnym. Świadczy o tym sformułowanie: „czego nie można było przewidzieć”, które różni się od alternatywnego, że „zamawiający nie mógł tego przewidzieć”. W istocie liczy się więc tylko taki stan, w którym w zasadzie nikt przy zawieraniu umowy, oceniający starannie (rozsądnie) wszystkie istotne okoliczności, nie zdołałby przewidzieć zmiany okoliczności oraz jej wpływu na wykonanie umowy w sprzeczności z interesem publicznym.

⁵⁵⁰ Por. też J. Jerzykowski: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 629 oraz P. Granecki: op. cit., s. 1010.

⁵⁵¹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 grudnia 2012 r. (I ACa 1202/12), Legalis.

⁵⁵² Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29 kwietnia 2014 r. (I C 32/14), Legalis.

⁵⁵³ Por. wyrok KIO z 2 czerwca 2010 r. (KIO 982/10), Legalis, a także powołany wyżej wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 lipca 2011 r.

Dodatkowa podstawa odstąpienia od umowy przez zamawiającego, wprowadzona na mocy nowelizacji z 2016 r., dotyczy zmiany okoliczności powodującej, że dalsze wykonywanie umowy może zagrażać istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub publicznemu. Przesłanka ta może zaistnieć samodzielnie albo łącznie z przesłanką interesu publicznego. Bezpieczeństwo jest wartością. Bezpieczeństwo państwa łączy się ze stanem zapewniającym poczucie istnienia oraz gwarancji zachowania integralności i pełnej suwerenności państwa, w wyniku zorganizowanej jego ochrony i obrony, zwłaszcza o charakterze militarnym, przed wszelkimi zagrożeniami zewnętrznymi i wewnętrznymi⁵⁵⁴. Jak łatwo zauważyć interesy bezpieczeństwa państwa wybiegają poza granice zamówień związanych z obronnością i bezpieczeństwem w ujęciu art. 131a Pzp. Z kolei bezpieczeństwo publiczne polega na stworzeniu warunków i rozwiązań instytucjonalnych, a także ładu prawnego w celu zapewnienia ochrony życia, zdrowia i mienia obywateli, a także sprawnego funkcjonowania władzy publicznej i podległych jej instytucji.

Termin 30 dniowy na wykonanie prawa odstąpienia od umowy nabiera charakteru terminu zawitego. Po jego upływie uprawnienie zamawiającego wygasa. Termin ten liczy się od chwili powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie.

Wynagrodzenie za wykonaną część umowy należy się wykonawcy w ramach rozliczenia cywilnoprawnych skutków rozwiązania umowy. Zgodnie bowiem z art. 145 ust. 2 Pzp wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy. Oznacza to, że nie służy mu żadne roszczenie odszkodowawcze, zwłaszcza z tytułu utraconych korzyści z powodu braku możliwości całkowitego wykonania umowy. W zakresie zamówień na usługi lub roboty budowlane ustalenie należnej zapłaty nie powinno narządzać trudności przy wynagrodzeniu kosztorysowym, natomiast w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego kwotę do zapłaty oblicza się proporcjonalnie do wykonanej części zamówienia⁵⁵⁵.

3. Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145a Pzp

Rola nowego unormowania z art. 145a Pzp łączy się z implementacją dyspozycji art. 73 dyrektywy 2014/24, przewidującego prewencyjne zniesienie umowy (zmian w jej treści) zawartej z pogwałceniem prawa. Chodzi o stworzenie podstaw do „samooczyszczenia się” zamawiającego w trzech przypadkach: doprowadzenia do niedozwolonej zmiany umowy, zawarcie umowy z wykonawcą podlegającym obligatoryjnemu wykluczeniu bądź udzielenie zamówienia z naruszeniem prawa europejskiego. Według dyrektywy rozwiązanie umowy w tych przypadkach następuje na warunkach prawa krajowego. Skoro to specjalne unormowanie dotyczy rozwiązania umowy z woli strony uprawnionej, słusznie odczytano intencje ustawodawcy europejskiego w kategoriach fakultatywnego uprawnienia zamawiającego. Brak bowiem dostatecznej *ratio legis* dla unormowania ustawowego obowiązku do wcześniejszego rozwiązania umowy o zamówienie publiczne, na wzór obowiązku dochodzenia roszczeń. Jeśli jednak zamawiający nie skorzysta ze swojego uprawnienia

⁵⁵⁴ Por. R. Jakubczak, J. Plis: Bezpieczeństwo narodowe, Warszawa 2011, s. 8 i n.

⁵⁵⁵ Por. wyrok SN z 29 stycznia 1985 r. (II CR 494/84), Lex 8674.

i będzie zmierzał do „zalegalizowania” bezprawnej umowy, nie można wykluczyć osobistej odpowiedzialności osób zarządzających. Poza tym już samo doprowadzenie do wadliwego rozstrzygnięcia przetargu (innej procedury) albo do niedozwolonej zmiany umowy jest karalne na gruncie przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Pominięcie terminu do wykonania odstąpienia jest widocznym mankamentem art. 145a Pzp, tym bardziej że w prawie przedmiotowym dopuszcza się niekiedy odstąpienie po zakończeniu umowy (np. z tytułu rękojmi za wady)⁵⁵⁶. Niezwłoczne skorzystanie z prawa odstąpienia, po ujawnieniu okoliczności warunkujących skorzystanie z uprawnienia, kłóci się ze zdrowym rozsądkiem. Z kolei bezterminowy charakter tego uprawnienia godziłby w ideę zobowiązań terminowych i zasadę pewności prawnej, nie wspominając o zagrożeniu interesów wykonawcy. Racjonalnie rzecz ujmując wygaśnięcie prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy powinno się łączyć najpóźniej z chwilą jej prawidłowego wykonania⁵⁵⁷. Z drugiej jednak strony w art. 145a Pzp chodzi o swoistą sankcję wadliwości prawnej zobowiązania, która może uzasadniać potrzebę unicestwienia umowy nawet po jej zakończeniu. Postulować trzeba zatem rychłe unormowanie tej kwestii.

W razie niedozwolonej zmiany umowy o zamówienie publiczne odstąpienie przewidziane w art. 145a pkt 1 Pzp powinno się ograniczać tylko do unicestwienia samej zmiany, a nie całej umowy. Chodzi bowiem jedynie o umożliwienie zamawiającemu wycofania się z niedozwolonej modyfikacji zobowiązania, przede wszystkim ze względu na ekonomiką procesową (w przeciwnym przypadku należałoby wnosić do Prezesa UZP o wyłączenie powództwa sądowego o unieważnienie zmiany) oraz względami utylitarnymi, ponieważ art. 145a pkt 1 Pzp przewiduje w istocie swoiste samonaprawienie błędu przez zamawiającego. W razie jednak wątpliwości co do zasadności odstąpienia, wykonawca może wystąpić na drogę sądową, także w trybie powództwa o ustalenie treści umowy na podstawie 189 kpc, które nie zostało tu wyłączone. Wprawdzie w analizowanej sytuacji ustawodawca nie przewidział wyrażnie częściowego odstąpienia od umowy, lecz dopuścił ogólnie jej „rozwiązanie”. Nie budzi jednak wątpliwości zasadność częściowego odstąpienia, ponieważ całkowite odstąpienie od umowy pozbawione byłoby praktycznego sensu. Jedynym mankamentem jest wspomniane pominięcie terminu ustawowego do zastosowania przysługującego zamawiającemu prawa. Ze względów praktycznych powinien z niego skorzystać – jak się zdaje – w okresie przed wykonaniem zmienionych dyspozycji umownych. Do uchYLENIA niedozwolonej zmiany umowy może też dojść w wyniku zgodnego porozumienia stron, które powinno mieć faktycznie pierwszeństwo przed jednostronnym odstąpieniem. Jego skuteczność zależy jednak od zaistnienia przesłanki z art. 144a pkt 1 Pzp w postaci uprzedniej zmiany umowy z naruszeniem art. 144 Pzp.

Przypadek bezpodstawnego zawarcia umowy z wykonawcą podlegającym wykluczeniu powinno łączyć się z ubezskutecznieniem umowy. W świetle bowiem dyrektywy 2014/24 nie można tolerować wykonawców podlegających obligatoryjnemu wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie publiczne, w szczególności z powodu popełnienia przestępstwa

⁵⁵⁶ Milczenie art. 73 dyrektywy 2014/24 w tej kwestii oznacza jej pozostawienie w domenie ustawodawstwa krajowego.

⁵⁵⁷ Zasadę taką proponuje A. Klein, *Ustawowe odstąpienie...* op. cit., s. 127 i n, jednak o tyle, o ile ustawa nie stanowi inaczej.

gospodarczego bezpośrednio przez przedsiębiorcę albo przez członków jego organu zarządzającego lub nadzorczego, zawinionego wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania wymaganych warunków lub braku podstaw do wykluczenia, zatajenia takich okoliczności bądź z powodu przedstawienia nieprawdziwych informacji rzutujących na wybór oferty najkorzystniejszej (art. 24 ust. 1 Pzp). Jeśli jednak dojdzie do wyłudzenia zamówienia, obok ewentualnej odpowiedzialności karnej, zamawiający albo Prezes UZP jako rzecznik interesu publicznego, może żądać unieważnienia umowy. Do udzielenia zamówienia na rzecz wykonawcy podlegającemu wykluczeniu może dojść też bez jego winy, zwłaszcza w wyniku błędu samego zamawiającego organizatora. Dopuszczając rozwiązanie umowy finalnej, w ślad za dyrektywą, przepis art. 145a pkt 2 Pzp nie różnicuje tych sytuacji. Liczy się każdy przypadek bezpodstawnego udzielenia zamówienia wykonawcy, który powinien być uprzednio obligatoryjnie wykluczony. Przewidziane w nowym art. 145a pkt 2 Pzp rozwiązanie umowy nabiera znaczenia pierwszoplanowego. Wytoczenie bowiem powództwa o unieważnienie umowy finalnej powinno być obecnie ostatecznością, gdy z jakichś względów odstąpienie od umowy nie będzie celowe lub skuteczne. Niezależnie od tego zawsze powinno się rozważyć najpierw dobrowolne rozwiązanie umowy w drodze zgodnego porozumienia stron. Wynika to z ogólnej formuły wyrażającej się zwrotem „zamawiający może rozwiązać umowę”. Interesy obu stron odnośnie do tego sposobu zakończenia zobowiązania mogą być jednak sprzeczne, zwłaszcza że w analizowanej sytuacji nie może być mowy o zniesieniu zobowiązania jedynie ze skutkami na przyszłość, lecz wyłącznie z mocą wsteczną. Także z uwagi na swoją stymulacyjno – prewencyjną funkcję jednostronne odstąpienie od umowy na podstawie art. 145 pkt 2 Pzp powinno dotyczyć całego zobowiązania, ze skutkami właściwymi dla opcji zerowej, z taką intencją jakby do umowy nigdy nie doszło. Dotyczy to także zobowiązań bezterminowych, w odniesieniu do których możliwość ich wypowiedzienia w oparciu o art. 365¹ kc ze skutkami na przyszłość, nie wyklucza dopuszczalności ich rozwiązywania w drodze odstąpienia z mocą wsteczną⁵⁵⁸. Nie ma przeszkód, aby do rozwiązania umowy ze względów podmiotowych doszło już po jej zrealizowaniu. W takim wypadku rozliczeń między stronami trzeba dokonać w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, ponieważ brak przyzwolenia ustawowego do zastosowania odmiennego rozwiązania.

Naruszenie prawa europejskiego to szczególny przypadek uzasadniający odstąpienie od umowy, wymuszony dyrektywami. Jeśli bowiem Komisja Europejska stwierdzi, że państwo członkowskie uchybiło zobowiązaniu traktatowemu, w tym zaniechało implementacji lub wadliwie wdrożyło dyrektywę, wydaje w tym przedmiocie stosowną opinię, a gdy państwo członkowskie nie zastosuje się do niej w określonym terminie – Komisja może wnieść sprawę do Trybunału Sprawiedliwości (art. 258 TFUE). Wydanie wyroku potwierdzającego zarzucane uchybienie narzuca potrzebą podjęcia przez państwo odpowiednich środków zmierzających do wykonania tego orzeczenia (naprawczych) pod rygorem kary pieniężnej. W ramach elastycznej implementacji dyrektyw liczą się nie tyle konkretne dyspozycje, ile rezultaty transpozycji, z uwzględnieniem dorobku orzecznictwa europejskiego⁵⁵⁹. Ryzyko naruszeń rośnie w warunkach przynaglenia legislacyjnego, wywołanego zaniedbaniami organi-

⁵⁵⁸ Por. zwłaszcza R. Longchamps de Berier: op. cit., s. 381 oraz A. Klein: Ustawowe odstąpienie... op. cit., s. 41.

⁵⁵⁹ Por. J. Łacny: Skutki naruszeń prawa Unii przez prawo narodowe, Warszawa 2011, s. 14.

zacyjnymi prowadzącymi do opóźnień nowelizacyjnych. Może być ono dotkliwe wobec naruszeń dotyczących zamówień finansowanych ze środków europejskich, gdzie dodatkowo grożą beneficjentom, a także samemu państwu, dotkliwe korekty finansowe. Stąd uchybienie można zarzucać sensownie dopiero po jego stwierdzeniu. Wprawdzie zamawiający nie odpowiada bezpośrednio za zaniechania legislacyjne, jednak stan niezgodności pomiędzy prawem krajowym a europejskim nie może być tolerowany, także co do zamówień wadliwie udzielonych. Jeśli zatem zamawiający udzielił zamówienia publicznego z naruszeniem prawa europejskiego, może on usunąć stan bezprawności po stwierdzeniu przez TSUE uchybienia państwa polskiego zobowiązaniom traktatowym, poprzez jedno- albo dwustronne rozwiązanie umowy finalnej na podstawie art. 145a pkt 3 Pzp. Jego stymulacyjno-prewencyjne funkcje uzasadniają – jak się zdaje – także i w tym przypadku rozwiązanie umowy w całości, z mocą wsteczną, od dnia jej wadliwego zawarcia.

VIII. ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY ZA NIEWYKONANIE LUB NIENALEŻYTE WYKONANIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

1. Uwagi ogólne

Następstwa prawne niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego tradycyjnie nazywa się odpowiedzialnością kontraktową. Uzasadnia ona ustawowo określone uprawnienia wierzyciela skierowane przeciwko dłużnikowi – wykonawcy. Jako odpowiedzialność majątkowa spełnia przede wszystkim funkcję prewencyjno-stymulującą oraz rekompensacyjną. Funkcjonuje w kilku formach, w zależności od rodzaju przysługujących zamawiającemu – wierzycielowi uprawnień, zwanych też środkami prawnymi. Do najważniejszych postaci odpowiedzialności kontraktowej należą:

- odszkodowawcza odpowiedzialność kontraktowa na zasadach ogólnych,
- odstąpienie od umowy,
- dochodzenie zapłaty kary umownej,
- wykonanie uprawnień z rękojmi za wady,
- dochodzenie roszczeń z tytułu dodatkowej gwarancji jakości⁵⁶⁰.

Szczególnym następstwem niewykonania zobowiązania jest jego wygaśnięcie w wyniku zaistnienia następcej niemożliwości świadczenia niepieniężnego, wskutek okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Jeżeli jednak przedmiot świadczenia został zbyty, utracony lub uszkodzony, dłużnik obowiązany jest wydać wszystko, co uzyskał w zamian albo jako naprawienie szkody (art. 475 kc).

Uchybienia po stronie zamawiającego, odpowiedzialnego za podjęcie należytego współdziałania z wykonawcą – dłużnikiem oraz za terminową zapłatę należności pieniężnej za wykonane zamówienie, zdarzają się bardzo rzadko, z uwagi na większą przejrzystość i dyscyplinowanie publicznych instytucji zamawiających, w porównaniu z prywatnymi wykonawcami. Nie bez znaczenia jest także niepomrotnie mniejsze ryzyko związane z okolicznościami nieprzewidywanymi, zwłaszcza że obowiązuje generalny zakaz udzielania zamówień publicznych bez dostatecznego pokrycia finansowego. Do najważniejszych środków prawnych, jakimi dysponuje wykonawca przeciwko zamawiającemu należą: powstrzymanie się ze świadczeniem, ustawowe prawo do odstąpienia od umowy (art. 694¹ kc)⁵⁶¹, roszczenie odsetkowe na wypadek opóźnienia z zapłatą oraz uzupełniające roszczenie odszkodowawcze. Zostały one przedstawione przy okazji rozważań o powinności współdziałania zamawiającego z wykonawcą oraz o znaczeniu terminu zapłaty należności przysługującej wykonawcy.

⁵⁶⁰ T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 92 i n.

⁵⁶¹ W zasadzie wykonawca nie może odstępować od umowy, gdy wykonawca mu nie płaci, powinien raczej rozważyć powstrzymanie się z dalszym świadczeniem. Przykładowo w świetle art. 552 kc, jeżeli zamawiający dopuścił się zwłoki z zapłatą ceny za dokonane dostawy albo jeżeli ze względu na jego stan majątkowy jest wątpliwe, czy dalsze płatności nastąpią w terminie, dostawca może powstrzymać się z dostarczeniem dalszych części zamówienia wyznaczając zamawiającemu odpowiedni termin do zabezpieczenia zapłaty, a po bezskutecznym jego upływie może od umowy odstąpić.

Pośród licznych uprawnień przysługujących zamawiającemu – wierzycielowi występują też takie, które w praktyce trafiają się sporadycznie, a zwłaszcza roszczenie o naprawienie szkody w oparciu o deliktowy reżim odpowiedzialności (art. 415 kc), roszczenie o zwrot kosztów wykonania zastępczego czynności obciążającej wykonawcę – dłużnika (art. 480 kc) oraz roszczenie o zwrot surogatów w związku z niemożliwością świadczenia rzeczowego (art. 475 kc). Wprawdzie prawo polskie dopuszcza zbieg odpowiedzialności kontraktowej z deliktową (art. 443 kc), lecz deliktowy reżim odpowiedzialności schodzi na plan dalszy, co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, aby w ogóle doszło do realnego zbiegu powyższych roszczeń czyn wykonawcy uchybiający zobowiązaniu dłużnemu musi zarazem naruszać porządek powszechny. Taki zatem, którego naruszenie mogłoby nastąpić również poza istniejącym stosunkiem obligacyjnym⁵⁶², np. w razie dostarczenia przedmiotu niebezpiecznego dla otoczenia, dopuszczenia się rażącego naruszenia zasad sztuki budowlanej spowodującego katastrofę budowlaną albo naruszenia wymogów prawidłowego leczenia powodującego śmierć pacjenta. Po drugie, przesłanki odpowiedzialności kontraktowej są dogodniejsze dla poszkodowanego, w porównaniu z reżimem deliktowym, przede wszystkim z uwagi na zasadę winy domniemanej. W razie powyższego zbiegu roszczeń, przy braku podstaw ustawowych do przypisania któremukolwiek z nich pierwszeństwa, poszkodowany ma swobodę wyboru roszczenia.

Za pierwotną formę odpowiedzialności majątkowej wykonawcy uważa się wytoższenie przeciwko niemu powództwa o spełnienie świadczenia *in natura*, lecz gdy zamawiający zdecyduje się na dochodzenie odszkodowania – zobowiązanie pierwotne przekształca się w zobowiązanie odszkodowawcze. Jeżeli jednak wykonawca dopuścił się zwłoki w realizacji zobowiązania czynienia na usługi lub roboty, które może spełnić także osoba trzecia (niemającego charakteru osobistego), zamawiający może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt wykonawcy, natomiast gdy świadczenie polega na zaniechaniu, zamawiający może żądać upoważnienia sądowego do usunięcia na koszt wykonawcy wszystkiego co wbrew zobowiązaniu uczynił (art. 480 kc). W wypadkach nagłych zamawiającemu wolno zastosować wykonanie zastępcze nawet bez upoważnienia sądu. W razie zaś zwłoki w spełnieniu świadczenia rzeczowego, zamawiający może swobodnie nabyć niezbędne przedmioty, a następnie dochodzić od wykonawcy odszkodowania. Orzeczenie upoważniające ma charakter konstytutywny. Wykonanie zastępcze zamawiający może zrealizować sam albo powierzyć je umownie osobie trzeciej. W rezultacie zamawiający ma prawo dochodzić od wykonawcy zwrotu kosztów wykonania zastępczego, ale jeśli nie zapłacił za wymagalne świadczenie pierwotne (w zamówieniach publicznych jest to regułą) żądanie zwrotu kosztów podlega odpowiedniemu pomniejszeniu. Dlatego w praktyce lepszym rozwiązaniem okazuje się dochodzenie samego odszkodowania bądź nawet wytoczenie powództwa o zobowiązanie dłużnika do dokonania określonej czynności, czyli o spełnienie świadczenia *in natura*.

W obrębie pojęcia naruszenia zobowiązania przez wykonawcę rozróżnia się niewykonanie lub nienależyte jego wykonanie. Pomimo zróżnicowanych skutków kodeks nie definiuje żadnej z tych postaci naruszeń. W doktrynie panuje zgodność jedynie co do tego, że do niewykonania zobowiązania dochodzi wtedy, gdy wykonawca odmawia świadczenia, świad-

⁵⁶² Por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1964 r. (II CR 540/63), z glosą S. Garlickiego, OSPIKA 1965, Nr 9, poz. 197 oraz z 26 czerwca 2013 r. (II CSK 582/12) OSNC-2D 2014, Nr 2, poz. 30, a także T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 55–58 oraz E. Łętowska: Zbieg norm w prawie cywilnym, Warszawa 2002, s. 86 i n.

czenie jest niemożliwe albo wykonawca popadł w zwłokę, a zamawiający skorzystał z prawa odstąpienia od umowy⁵⁶³. Rozbieżności dotyczą świadczeń częściowych z brakami ilościowymi lub z wadami. Jeśli wierzyciel takie niepełne świadczenie przyjmie – zobowiązanie zostanie wykonane częściowo. Zaistniały stan kwalifikować trzeba zatem jako nienależyte wykonanie zobowiązania, tym bardziej że zamawiający publiczny musi powstrzymać się z odbiorem przedmiotu w stanie niepełnym. Jeśli zaś nie dojdzie do przyjęcia świadczenia częściowego, świadczenie z brakami lub z wadami przesądza o niewykonaniu zobowiązania, choć w późniejszym czasie może jednak zostać wykonane. Dopiero gdyby doszło do odstąpienia od umowy z powodu przedłużającego się oczekiwania na uzupełnienie świadczenia, zobowiązanie musi być uznane ostatecznie za niewykonane. Jak łatwo zauważyć w pewnych sytuacjach stan niewykonania zobowiązania ma charakter warunkowy. Katalog naruszeń polegających na nienależytym wykonaniu zobowiązania jest otwarty, ponieważ mogą to być różne uchybienia wykonawcy, sprzeczne z treścią zobowiązania w ujęciu art. 354 § 1 kc. W szczególności, w praktyce zamówień publicznych uciążliwe bywa dopuszczenie się zwłoki lub spełnienia świadczenia o obniżonej jakości (wadliwego), z brakami ilościowymi bądź w stanie niepełnym, choć zdarzają się też przypadki świadczenia spełnionego w niewłaściwym miejscu lub w warunkach zaniechania przez wykonawcę powinności ubocznych.

Relacje pomiędzy poszczególnymi formami odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania wynikają z ustawy. Najszersze zastosowanie znajdzie zastosowanie do odpowiedzialności kontraktowej na zasadach ogólnych, która podlega wyłączeniu lub ograniczeniu, gdy uprawniony decyduje się na uruchomienie szczególnego rodzaju odpowiedzialności. Odstąpienie od umowy zdarza się sporadycznie, z upoważnienia ustawowego, ponieważ zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia w zamówieniach publicznych jest generalnie wykluczone. Nabiera charakteru sankcji wyjątkowej i w zasadzie nie limituje granic odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych. Zupełnie inaczej kształtuje się relacja pomiędzy karą umowną a odszkodowaniem. W praktyce dominuje kara zaliczana, dopuszczająca odszkodowanie uzupełniające. Pod względem przedmiotowym zasięg kary jest ograniczony, ponieważ zależy od uprzedniego zastrzeżenia umownego, zazwyczaj w zakresie istotnego naruszenia zobowiązania, na dodatek niepieniężnego. Także wynikająca wprost z ustawy rękojmia za wady rozpatrywana jest jednak w kategoriach specjalnej odpowiedzialności kontraktowej, ponieważ aktualizuje się w związku z wykonaniem umowy wzajemnej, a jej funkcja podstawowa zmierza do przywrócenia ekwiwalentności świadczeń, naruszonej wadliwością świadczenia niepieniężnego. Ogólna odpowiedzialność kontraktowa, a także z tytułu kary umownej, w stosunku do rękojmi nabierają charakteru subsydiarnego. W miarę niezależnie funkcjonuje dodatkowa gwarancja jakości, udzielona na zasadzie dobrowolności, stwarzająca podstawę odpowiedzialności za wady fizyczne przedmiotu zamówienia. Jej kontraktowa natura łączy się nie tyle ze źródłem odpowiedzialności w postaci akcesoryjnego zastrzeżenia umownego, ile ze świadczeniem niepieniężnym spełnianym na podstawie umowy. Relacja gwarancji do ogólniejszych postaci odpowiedzialności kontraktowej kształtuje się podobnie jak w przypadku rękojmi, natomiast w stosunku do rękojmi zajmuje pozycję drugorzędną, w tym sensie, że w razie wadliwości jakościowej przedmiotu zamówienia zamawiający może wybierać pomiędzy uprawnieniem z rękojmi a roszczeniem gwarancyjnym.

⁵⁶³ Por. T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 92–95.

2. Odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadach ogólnych

Według art. 471 kc wykonawca obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że doszło do niej wskutek okoliczności, z które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Jeżeli z przepisu szczególnego albo z umowy nie wynika nic innego, dłużnik odpowiada z mocy art. 472 kc za niezachowanie należytej staranności. Może jednak przez umowę przyjąć odpowiedzialność z powodu oznaczonych okoliczności, za które na podstawie ustawy nie odpowiada, lecz nieważne jest zastrzeżenie, że nie poniesie on odpowiedzialności za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie (art. 473 kc).

Jeśli zamawiający – wierzyciel wystąpi z roszczeniem odszkodowawczym, rezygnując z roszczenia pierwotnego o wymuszenie świadczenia *in natura* lub gdy jest ono niemożliwe, zobowiązanie o realne spełnienie świadczenia przekształca się w zobowiązanie odszkodowawcze. Ma ono na celu wyrównanie uszczerbku spowodowanego nieprawidłowym zachowaniem kontrahenta⁵⁶⁴. Samo zaś naprawienie szkody powinno nastąpić przez przywrócenie stanu poprzedniego (w tym wykonanie świadczenia z innej podstawy prawnej), bądź przez wypłatę odszkodowania w pieniądzu, które zastępuje świadczenie pierwotne. W przypadku nienależytego wykonania zobowiązania oba roszczenia (o wykonanie i odszkodowanie) mogą być dochodzone łącznie, choć roszczenie odszkodowawcze ma wymiar uzupełniający. Treść przekształconego zobowiązania (odszkodowawczego) w znacznej mierze jest kształtowana ustawowo, zarówno w zakresie przesłanek odpowiedzialności, jak i samej powinności odszkodowawczej. Na mocy postanowień umownych strony mogą wprowadzać różne odstępstwa od modelu ustawowego, modyfikując w zależności od potrzeb reżim odpowiedzialności⁵⁶⁵. W zamówieniach publicznych nie jest dopuszczalne łagodzenie podstaw ani ograniczenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej⁵⁶⁶, przede wszystkim w imię publicznoprawnego obowiązku dochodzenia roszczeń. Ewentualne zaostreżenie tej odpowiedzialności nie powinno natomiast zmierzać do generowania roszczeń, których w praktyce trudno będzie wyegzekwować, uwzględniając właśnie obowiązek ich dochodzenia, zagrożony odpowiedzialnością osobistą urzędników. W praktyce sporadycznie więc spotyka się przypadki zmiany zakresu lub podstawy odpowiedzialności (z zasady winy na zasadę ryzyka).

Wyróżnia się cztery przesłanki odpowiedzialności kontraktowej z art. 471 kc, a mianowicie:

- zaistnienie szkody,
- spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania,
- w okolicznościach, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność,
- pozostającej w normalnym związku przyczynowym z zachowaniem dłużnika⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Por. wyroki Sądu Najwyższego z 30 stycznia 2009 r. (II CSK 435/08), Legalis oraz z 16 kwietnia 2008 r. (V CSK 5/07), Legalis, a także T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 134 i n., Z. Radwański: Zobowiązania... op. cit., s. 5 oraz M. Gutowski (t.2)... op. cit., s. 48–49.

⁵⁶⁵ Więcej A. Smieja: Umowna modyfikacja zasad odpowiedzialności kontraktowej, *Lusticia* 2011, Nr 3, s. 117 i n.

⁵⁶⁶ W szczególności zastrzeżeń o odpowiedzialności wykonawcy za podwykonawców i innych pomocników opartej na zasadzie winy w wyborze, a nie na zasadzie ryzyka, która wynika z kodeksu.

⁵⁶⁷ Więcej F. Zoll: op. cit., s. 95 i n.

W kodeksie brak legalnej definicji szkody. Z ogólnego art. 361 § 2 kc wynika jednak, że jest to uszczerbek majątkowy, którego naprawienie obejmuje straty rzeczywiste poszkodowanego oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Stąd za szkodę uznaje się różnicę pomiędzy stanem majątkowym w jakim znalazł się poszkodowany, a stanem, który zaistniałby niewątpliwie gdyby nie doszło do wyrządzenia szkody⁵⁶⁸. Element wyrządzenia uszczerbku wbrew woli poszkodowanego wprowadza doktryna z założenia, że w pojęciu szkody nie mogą mieścić się koszty celowych działań poszkodowanego, zarówno tych, które zwiększają straty, jak i tych, które pomniejszają ich rozmiary⁵⁶⁹. Wykonawca – dłużnik odpowiada jedynie wobec swojego wierzyciela z konkretnego zobowiązania, choć przy okazji realizacji zamówienia może on wyrządzić szkodę także osobie trzeciej, za którą sam osobiście odpowiada (względny charakter odpowiedzialności). Wyjątki zmierzają jednak w dwóch kierunkach. W oparciu o deliktowy reżim odpowiedzialności zamawiający może być odpowiedzialny na podstawie art. 428 kc za szkodę wyrządzoną przez wykonawcę osobie trzeciej przy wykonywaniu powierzonej czynności, chyba że nie ponosi winy w wyborze albo że wykonanie czynności powierzył osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takich czynności. Jeśli jednak wykonawca wyrządza szkodę osobie trzeciej, z którą zamawiającego łączy szczególny stosunek prawny (np. z zastępcą pośrednim, zleceniobiorcą, spedytorem lub agentem) w doktrynie, w ślad za wzorami niemieckimi, dopuszcza się możliwość wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym przez osobę, na której rachunek zobowiązanie było realizowane⁵⁷⁰. Inaczej niż przy odpowiedzialności deliktowej poza zakresem odpowiedzialności *ex contractu* pozostaje wyrządzenie uszczerbku niemajątkowego i zadośćuczynienie za doznaną krzywdę⁵⁷¹, co zmusza niekiedy do poszukiwania ochrony na gruncie niedogodnego reżimu deliktowego, choć w zamówieniach publicznych problem ten ma znaczenie marginalne. Szkada w postaci starty rzeczywistej (*damnum emergens*) polega na zmniejszeniu aktywów lub zwiększeniu pasywów poszkodowanego, a zatem na realnym uszczerbku majątkowym. Utracone korzyści (*lucrum cessans*) mierzy się natomiast hipotetyczną różnicą pomiędzy stanem majątkowym poszkodowanego, zaistniałym po wyrządzeniu szkody, a stanem, do którego doszłoby, gdyby szkody nie było⁵⁷². Szkada ewentualna, o niskim prawdopodobieństwie, nie podlega naprawieniu przez wykonawcę. Zróżnicowanie zasady odpowiedzialności

⁵⁶⁸ Por. wyroki Sądu Najwyższego z 11 lipca 1957 r. (II CK 304/57), Orzecznictwo Sądu Najwyższego 1958, Nr 3, poz. 76 oraz z 22 listopada 1963 r. (III PO 31/63), OSNCP 1964, Nr 7–8, poz. 128, a także W. Czachórski: Zobowiązania... op. cit., s. 71 i n., A. Szpunar: Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym, Warszawa 1975, s. 17 i n., T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 134 i n. oraz M. Kaliński (w:) System prawa prywatnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 76 i n.

⁵⁶⁹ Por. Z. Radwański: Zobowiązania... op. cit., s. 88, K. Zagrobelny: op. cit., s. 639 oraz M. Gutowski (t. II)... op. cit., s. 50–51.

⁵⁷⁰ Por. M. Piekarski: Kodeks cywilny, Komentarz, t. 2, Warszawa 1972, s. 1157, T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 138–139 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 50.

⁵⁷¹ Wyjątkowo jednak Sąd Najwyższy dopatrywał się odpowiedzialności organizatora podróży turystycznej za zmarnowany urlop klienta na podstawie przepisów odrębnych normujących świadczenie usług turystycznych, w uchwale z 19 listopada 2010 r. (III CZP 79/10), z aprobowanymi glosami M. Łolika w EPS 2011, Nr 9, s. 45 i n. oraz J. Biernata PiP 2012, Nr 7, s. 127 i n.

⁵⁷² O dyferencyjnej metodzie ustalania tego rodzaju szkody zob. zwłaszcza T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 142 i n., M. Gutowski: op. cit., s. 51 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

(wina czy ryzyko) pozostaje bez wpływu na rozmiar szkody i należnego wierzycielowi odszkodowania, z wyjątkiem odpowiedzialności na zasadzie słuszności⁵⁷³. Zamiast metody dyferencyjnej przy ustalaniu szkody wyrządzonej nienależytym wykonaniem zobowiązania przyjmuje się niekiedy za podstawę wartość nakładów niezbędnych do efektywnego naprawienia szkody (np. na usunięcie wad przedmiotu świadczenia), nawet jeśli nie zostały jeszcze zgłoszone⁵⁷⁴.

Drugą przesłanką odpowiedzialności jest okoliczność, aby szkoda została spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Konsekwencje prawne w odniesieniu do obu kategorii naruszenia zobowiązania nie są zbyt zróżnicowane, choć mechanizm ustalania szkody nie jest jednolity. Wyjątek dotyczy jednak niemożliwości świadczenia oraz zwłoki. Niemożliwość, za którą wykonawca nie ponosi odpowiedzialności pociąga wygaśnięcie zobowiązania, bez odszkodowania, choć z obowiązkiem wydania surogatów, w przeciwnym wypadku wykonawca naraża się na odpowiedzialność (por. art. 475 kc). Opóźnienie jest stanem pośrednim między niewykonaniem a nienależytym wykonaniem zobowiązania. Do opóźnienia zwykłego dochodzi, gdy wykonawca nie spełnia świadczenia w czasie właściwym z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi⁵⁷⁵. Jeśli zaś opóźnienie stanowi następstwo okoliczności, za które dłużnik odpowiada – nazywa się zwłoką (spóźnienie kwalifikowane). W przypadku opóźnienia zwykłego zamawiający – wierzyciel ma wprawdzie prawo domagać się świadczenia *in natura*, lecz nie odszkodowania, choć może liczyć na zawiadomienie, a nawet wyjaśnienie ze strony wykonawcy, co może przyczynić się do pomniejszenia strat. W zamówieniach publicznych opóźnienia zdarzają się – niestety – zbyt często. Stanowią zazwyczaj wynik zdarzeń nieprzewidzianych (działanie sił przyrody, zdarzenia losowe, zachowanie osób trzecich, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności). Niekiedy wynikają też z braku należytego współdziałania ze strony zamawiającego. Stosownie do art. 476 kc wykonawca dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie lub w czasie wynikającym z właściwości świadczenia, a gdy termin nie został oznaczony – niezwłocznie po wezwaniu przez kontrahenta. Domniemywa się, że wykonawca, który nie dotrzymał terminu pozostaje w zwłoce, a zatem zamawiający nie musi udowadniać, że opóźnienie nastąpiło z powodu okoliczności zawinionych, wystarczy udowodnienie bezskutecznego upływu terminu. Zamawiający jest uprawniony dochodzić spełnienia świadczenia *in natura* oraz naprawienia szkody, a jeśli w następstwie zwłoki świadczenie utraciło dla niego całkowicie lub w przeważającym stopniu znaczenie, może świadczenia nie przyjąć i żądać naprawienia szkody (art. 477 kc). Zwłoka wykonawcy wyklucza też możliwość domagania się waloryzacji sądowej wzajemnego świadczenia pieniężnego.

Konsekwencją naruszenia zobowiązania jest bezprawność zachowania wykonawcy, polegająca na uchybieniu treści zobowiązania. Stanowi ona zobiektywizowany element warunkujący odpowiedzialność, traktowany zazwyczaj jako uzasadnienie zarzutu winy po

⁵⁷³ Por. A. Szpunar: Ustalenie odszkodowania... op. cit., s. 14, M. Kaliński: op. cit., s. 181 i n., M. Gutowski: op. cit., s. 51–52 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

⁵⁷⁴ Por. T. . Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 148 i n. oraz M. Kaliński: op. cit., s. 196 i n.

⁵⁷⁵ Tak zwłaszcza T. . Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 103 i n., Z. Radwański: Zobowiązania... op. cit., s. 88, K. Zagrobelny: op. cit., s. 955 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 81.

stronie wykonawcy⁵⁷⁶, choć niektórzy w bezprawności zachowania wykonawcy upatrują elementu samodzielnego⁵⁷⁷. Tradycyjne ujęcie winy łączące się nie tylko z bezprawnością, ale i z ujemną oceną nastawienia sprawcy szkody (dopuszczającego się co najmniej niedbalstwa) sprawdziło się w praktyce i orzecznictwie, powinno być więc utrzymane. Poza tym trudno postawić zarzut winy osobie, która nie dopuściła się bezprawności. W świetle art. 472 kc, jeżeli z przepisu albo z umowy nie wynika nic innego – wykonawca odpowiada za niezachowanie należytej staranności. Stąd operuje się zasadą winy jako podstawą odpowiedzialności, ponieważ niezachowanie należytej staranności uznawane jest powszechnie za przejaw winy⁵⁷⁸. Wyjątki zmierzają do zaostrzającej obiektywizacji odpowiedzialności (na zasadzie ryzyka), przede wszystkim w zakresie szkód transportowych, a także przy odpowiedzialności za podwykonawców i pomocników (art. 474 kc) oraz przy rękojmi za wady (art. 556 i n. kc) albo odwrotnie do ograniczenia odpowiedzialności tylko do winy umyślnej i rażącego niedbalstwa, zwłaszcza za bagaż podróznego (art. 777 kc) lub przy usługach spedycyjnych (art. 801 kc). W ramach odpowiedzialności opartej na zasadzie winy wykonawca odpowiada za wszelkie okoliczności przez siebie zawinione, o ile nie zachodzą jakieś wyłączenia, natomiast przy zasadzie ryzyka odpowiada także za okoliczności niezawinione, z tym, że ustawa wyłącza na ogół przypadki siły wyższej i wyłącznej winy poszkodowanego.

Prawo cywilne nie definiuje pojęcia winy dłużnika, korzysta się z koncepcji doktrynalnej, odwołującej się częściowo do dorobku prawa karnego, w szczególności w zakresie podstawowego elementu subiektywnego dotyczącego tzw. zarzutu wadliwego postępowania. Winę można zatem przypisać jedynie osobie, względem której zachodzi negatywna ocena zachowania z punktu widzenia jej stosunku do obowiązujących wzorców postępowania, zwłaszcza wzorca należytej staranności. Dlatego niezachowanie należytej staranności w uproszczeniu oznacza winę. Wyróżnia się rzadko spotykaną winę umyślną, z zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego (sprawca chce lub godzi się na wyrządzenie szkody) oraz winę nieumyślną, w postaci niedbalstwa (brak ostrożności) lub rażącego niedbalstwa (lekkomyślności)⁵⁷⁹. Sytuacja komplikuje się w odniesieniu do osób prawnych w zakresie tego, komu konkretnie należy zarzucić brak staranności, organom czy innym osobom oraz czy muszą być one zindywidualizowane. W doktrynie umacnia się pogląd o tzw. winie anonimowej (organizacyjnej), uznający uchybienia organizacyjne za dostateczny przejaw winy⁵⁸⁰. Z drugiej strony art. 474 kc ułatwia ocenę odpowiedzialności jednostki organizacyjnej za swoich pracowników i innych pomocników pozostających pod jej kierownictwem, jako opartej na zasadzie ryzyka. Odmiennie niż przy dochodzeniu odpowiedzialności deliktowej poszkodowany nie musi udowadniać winy, wystarczy że wykaże szkodę pozostającą w związku przyczynowym z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Z prze-

⁵⁷⁶ Por. zwłaszcza uchwałę Sądu Najwyższego z 25 lutego 1986 r. (III CZP 2/86) OSNC 1987, Nr 1, poz. 10, a także J. Dąbrowa: op. cit., s. 767 i n., M. Sońnicki: Elementy winy nieumyślnej w prawie cywilnym, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego, Prace Prawnicze 1975, t. VI, s. 154 oraz W. Popiołek: op. cit., s. 45.

⁵⁷⁷ Por. zwłaszcza M. Krajewski: Niezachowanie należytej staranności... op. cit., s. 32 i n., M. Owczarek: Problem bezprawności względnej w systemie odpowiedzialności deliktowej, „Palestra” 2004, Nr 5–6, s. 36 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 55.

⁵⁷⁸ Więcej T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 159 i n.

⁵⁷⁹ Por. J. Dąbrowa: op. cit., s. 767 i n., T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 198 i n. oraz P. Machnikowski (w:) System prawa prywatnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 440 i n.

⁵⁸⁰ Więcej zwłaszcza P. Machnikowski: System... op. cit., s. 416 wraz z powołanym tam piśmiennictwem.

pisu art. 471 kc wynika bowiem domniemanie prawne winy wykonawcy, już z samego faktu naruszenia zobowiązania, charakterystyczne dla reżimu odpowiedzialności kontraktowej. W ramach odpowiedzialności na zasadzie ryzyka domniemanie dotyczy okoliczności objętych odpowiedzialnością. Może być ono obalone przez zainteresowanego dowodem przeciwnym, wskazującym, że przyczyna niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie leży po jego stronie lub w ogóle nie mieści się w okolicznościach, za które ponosi odpowiedzialność. W wyniku obalenia domniemanie winy albo okoliczności objętych odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka dochodzi do uwolnienia od odpowiedzialności za szkodę (egzoneracja). Na ogół następuje to wskutek wykazania konkretnej okoliczności stanowiącej rzeczywistą przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, za które nie odpowiada albo powołania się na zdarzenie zupełnie zewnętrzne⁵⁸¹.

Ostatnia przesłanka odpowiedzialności kontraktowej to normalny związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem dłużnika a szkodą. Dowód jego istnienia obciąża poszkodowanego. Liczy się tylko związek typowy (adekwatny), pojmowany w kategoriach zwyczajnego toku zdarzeń, bez szczególnego zbiegu okoliczności⁵⁸². Według bowiem ogólnego art. 361 § 1 kc zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Obiektywizacja związku przyczynowego usprawnia odpowiedzialność. W sporze w razie potrzeby sięga się do opinii biegłego.

Wykonawca odpowiada jak za własne zachowanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonuje, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza (art. 474 kc). To samo dotyczy przypadku, gdy zobowiązanie wykonuje przedstawiciel ustawowy dłużnika (kurator, wykonawca testamentu). W zakresie osób wspomagających dłużnika nie ma znaczenia to, czy udział w wykonywaniu zobowiązania został im zlecony, czy też działały jedynie ze zwykłego upoważnienia bądź zostały w inny sposób dopuszczone. Wprawdzie relacja wykonawca – pomocnik nie musi być sformalizowana, jednak konieczne jest przyzwolenie na działanie w cudzej sferze prawnej. Wystarczy faktyczne zaangażowanie osoby trzeciej w realizację zobowiązania. W rezultacie wykonawca nie odpowiada za takie osoby trzecie, które wzięły udział w realizacji zobowiązania bez jego wiedzy i zgody⁵⁸³. Odpowiedzialność z art. 474 kc opiera się na zasadzie ryzyka, co oznacza, że wykonawca nie może się od niej uwolnić zarzutem braku winy w wyborze, a także w nadzorze⁵⁸⁴, ponieważ odpowiada on nawet wtedy, gdy nie miał on żadnej kontroli nad pomocnikami lub podwykonawcami⁵⁸⁵. Świadomość naruszenia cudzego zobowiązania przez osobę trzecią nie ma znaczenia. Także wyrządzenie szkody „przy okazji” wykonywania przez osobę trzecią zlecenia,

⁵⁸¹ Por. J. Dąbrowa: op. cit., s. 777 i n, T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 277 i n., Z. Radwański: Zobowiązania... op. cit., s. 88, K. Zagrobelny: op. cit., s. 947 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 57 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

⁵⁸² Por. zwłaszcza M. Kaliński: op. cit., s. 120 i n. oraz M. Gutowski: op. cit., s. 58–60 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

⁵⁸³ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 25 lutego 1986 r. (III CZP 2/86) OSNC 1987, Nr 1, poz. 10, a także J. Dąbrowa: op. cit., s. 774, T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika... op. cit., s. 231–232 oraz A. Smieja: op. cit., s. 117.

⁵⁸⁴ Por. wyroki Sądu Najwyższego z 10 sierpnia 1979 r. (III CRN 125/79), OSNC 1980, Nr 2, poz. 32 oraz z 27 listopada 1985 r. (III CRN 387/85), OSNC 1986, Nr 10, poz. 164, a także T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika .. op. cit., s. 223 i n, K. Zagrobelny: op. cit., s. 950–951 oraz M. Gutowski: op. cit., s. 71.

⁵⁸⁵ Tak Sąd Najwyższy w powołanej wyżej uchwale z 25 lutego 1986 r.

poza zakresem porozumienia z wykonawcą, a nawet wbrew wyraźnym obowiązkom z niego wynikającym uzasadnia odpowiedzialność z art. 474 kc. Wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy następuje dopiero wtedy, gdy zdoła udowodnić, że osoba trzecia zaangażowana w realizację zobowiązania dołożyła należytej staranności (nie ponosi winy) takiej, jaka byłaby wymagana, gdyby dłużnik wykonywał zobowiązanie osobiście⁵⁸⁶. Tak samo będzie, gdy udowodni, że rzeczywista przyczyna niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w ogóle nie pozostaje w związku przyczynowym z jego zachowaniem ani postępowaniem osoby trzeciej zaangażowanej do spełnienia świadczenia.

Naprawienie szkody kontraktowej następuje zazwyczaj w pieniądzu, ponieważ odmiennie niż przy odpowiedzialności deliktowej odszkodowanie *in natura* na ogół nie jest możliwe albo bywa nadmiernie utrudnione lub kosztowne (art. 363 kc). Wysokość odszkodowania pieniężnego powinna być obliczona według cen z daty ustalenia odszkodowania. Roszczenie o zapłatę odszkodowania jako bezterminowe jest wymagalne po wezwaniu do zapłaty. Przedawnia się na zasadach ogólnych.

3. Roszczenie z tytułu kary umownej

Jako szczególny rodzaj odpowiedzialności kontraktowej kara umowna podlega takim samym przesłankom jak odpowiedzialność na zasadach ogólnych, z wyjątkiem przesłanki szkody, którą się pomija, na margines schodzi też związek przyczynowy. Zasadniczo liczy się tylko zawinione niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, objęte konkretnym tytułem kary. Powinien on być na tyle z góry zindywidualizowany, aby od razu można było wymierzyć stosowną karę, bez dodatkowych uzgodnień. W przypadku kary za zwłokę stawka na ogół jest zróżnicowana, w zależności od tego, czy dojdzie do spełnienia świadczenia, czy też zamawiający zmuszony zostanie do odstąpienia od umowy⁵⁸⁷. To samo dotyczy częściowego wykonania zobowiązania, a jej zróżnicowanie może być uzależnione od tego, czy zamawiający przyjmie, czy też nie przyjmie świadczenie częściowe. Dopiero, gdy kara stanie się wymagalna, wtórnie aktualizuje się ewentualny problem odszkodowania na zasadach ogólnych, najczęściej uzupełniającego, należnego zamawiającemu w związku z tzw. karą zaliczalną. Wprawdzie w granicach swobody kontraktowej mieści się zastrzeżenie tzw. kary alternatywnej, dopuszczającej wybór pomiędzy żądaniem zapłaty kary umownej a roszczeniem odszkodowawczym, lecz w zamówieniach publicznych ten rodzaj kary praktycznie nie występuje. Jak już wspomniano kara umowna jest całkowicie niezależna od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, a także od roszczeń z tytułu gwarancji dodatkowej. Do naliczenia kary może dojść w związku z samym dopuszczeniem do wadliwości przedmiotu, zwłaszcza ujawnionej przy jego odbiorze, niezależnie od powinności usunięcia wady. W ramach dyspozytywnego charakteru regulacji kary umownej można oczywiście zaostriżyć jej podstawy, zwłaszcza oderwać ją od przesłanki winy domniemanej, poddając rygorom odpowiedzialności na zasadzie ryzyka (np. zamiast kary za zwłokę przewidzieć karę za samo opóźnienie), lecz w zamówieniach publicznych

⁵⁸⁶ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 28 października 2003 r. (I C 222/02), Legalis.

⁵⁸⁷ Więcej J. Jastrzębski, K. Pasko: Odstąpienie od umowy a dochodzenie kar umownych, PPH 2015, Nr 1, s. 4 i n.

zdarza się to sporadycznie. Częściej natomiast w praktyce dochodzi do nieporozumień terminologicznych, a mianowicie, gdy karę zastrzeżono wprawdzie werbalnie „za spóźnienie”, a z intencji stron lub z okoliczności wynika, że chodziło o karę „za zwłokę”, pojmowaną w kategoriach opóźnienia zawinionego. Dlatego przy naliczaniu kary trzeba w razie wątpliwości rzetelnie ustalić okoliczności obciążające dłużnika, za które ponosi odpowiedzialność (zależne bądź niezależne od winy), na podstawie prawidłowej wykładni postanowień umowy, z uwzględnieniem art. 65 kc. W konsekwencji jeśli opóźnienie wykonawcy w realizacji świadczenia nie było zawinione, przy typowym zastrzeżeniu kary umownej – odpada żądanie jej zapłaty. Wykonawca powinien zawczasu sygnalizować zamawiającemu rozmiar przewidywanego opóźnienia oraz jego przyczyny, tak aby strony mogły w zwykłym toku czynności kwestię kary ocenić i rozważyć, a nie działać w warunkach przynaglenia i braku dostatecznej orientacji. Rozliczenie kary umownej następuje poprzez zwyczajną jej zapłatę albo w drodze potrącenia z wzajemnej wierzytelności pieniężnej przysługującej wykonawcy z tytułu wykonania zamówienia publicznego. W razie potrzeby kara może być zaspokojona z przedmiotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeśli zostało ustanowione.

Podstawa miarkowania kary umownej wynika z art. 484 § 2 kc, według którego jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik – wykonawca może żądać zmniejszenia zastrzeżonej kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (miarkowanie kary). Miarkowanie może dotyczyć kar wszystkich rodzajów, także obligatoryjnych⁵⁸⁸. Podobne rozwiązania występują w przepisach § 343 ust. 1 niemieckiego kodeksu cywilnego, a także art. 1152 oraz w art. 1231 francuskiego kodeksu cywilnego. Przepis art. 484 § 2 kc ma charakter bezwzględnie obowiązujący⁵⁸⁹. Stronom nie wolno zatem wykluczyć z góry w umowie ewentualnej obniżki kary. Poza tym miarkowanie kary mieści się w kompetencji właściwego sądu, w ramach tzw. prawa sędziowskiego⁵⁹⁰. Wykonawca – dłużnik nie wykonuje tu więc żadnego uprawnienia prawokształtującego, lecz może jedynie żądać stosownej obniżki kary⁵⁹¹. Na nim spoczywa ciężar dowodu zaistnienia przesłanki miarkowania⁵⁹². Wprawdzie sąd nie jest związany granicami wniosku, lecz nie wolno mu orzekać w tym zakresie z urzędu. Wyrok sądu miarkujący karę ma charakter konstytutywny, jednak wywiera skutki *ex tunc*, ustalając wysokość kary umownej od chwili jej wymagalności⁵⁹³. Strony nie mogą więc wyłączyć udziału sądu i samodzielnie zastosować art. 484 § 2 kc, zwłaszcza w drodze ugody, także po zaistnieniu przesłanek miarkowania. Zamiast zaś takiego „samomiarkowania” stronom wolno obniżyć stawkę kary umownej poprzez zmianę umowy albo na podstawie porozumienia zwalniającego dłużnika z długu.

⁵⁸⁸ Tak zwłaszcza R. Longchamps de Berier: op. cit., s. 191, J. Szwaja: Kara umowna... op. cit., s. 137, P. Drapała: System... op. cit., s. 973, T. Wiśniewski: op. cit., s. 927 oraz R. Adamus: op. cit., s. 9.

⁵⁸⁹ Więcej J. Szwaja: Kara umowna... op. cit., s. 142, B. Książkowski: Uwagi o miarkowaniu kar umownych, PiP 1978, Nr 5, s. 518 i n., P. Drapała: System... op. cit., s. 972, R. Adamus: op. cit., s. 10 oraz M. Lemkowski: Kodeks... op. cit., op. cit., s. 107.

⁵⁹⁰ Jest to pogląd dominujący. Por. zwłaszcza P. Drapała: System... op. cit., s. 971, R. Adamus: op. cit., s. 9 oraz Lemkowski: op. cit., s. 107 oraz powołane tam piśmiennictwo i orzecznictwo.

⁵⁹¹ Więcej o nim P. Drapała: System... op. cit., s. 972 oraz R. Adamus: op. cit., s. 10.

⁵⁹² Por. zwłaszcza J. Szwaja: Kara umowna... op. cit., s. 137, P. Drapała: op. cit., s. 972 oraz J. Jastrzębski: op. cit., s. 89.

⁵⁹³ Por. zwłaszcza wyroki SN z 1975 r. (III CRN 406/74), niepubl. oraz z 11 października 2007 r. (IV CSK 481/07 OSNC-ZD 2008, Nr 8, poz. 48).

W zamówieniach publicznych z zasady obie te czynności są jednak limitowane ustawowo, z uwagi na obowiązek dochodzenia roszczeń.

Mechanizm miarkowania kary polegający na bezpośredniej ingerencji sądu w treść stosunku zobowiązaniowego stanowi poważny wyłom od zasady swobody kontraktowej. Jest uzasadniony względami słuszności i sprawiedliwości, odnoszonymi do indywidualnych okoliczności, ponieważ zastrzegana z góry w umowie kara, jak każdy ryczałt, łączy się z ryzykiem kalkulacyjnym, wynikającym z ograniczonych możliwości przewidywania. Do sądu należy zatem bezstronna ocena tego, czy doszło do zachwiania równowagi interesów stron, w postaci dysproporcji pomiędzy wysokością kary a wagą naruszenia zobowiązania. Miarkowanie kary ma bowiem na celu wyłącznie przywrócenie tej równowagi, a nie zastosowanie ulgi wobec pozostającego w trudnej sytuacji dłużnika. Uznaniowość sądu jest więc ograniczona, powinien kierować się wyłącznie rzeczywistymi okolicznościami sprawy. Przede wszystkim stopień obniżenia kary powinien być dostosowany do tych okoliczności, choć nie można jej zredukować poniżej wysokości poniesionej szkody⁵⁹⁴, ani tym bardziej w ogóle odstąpić od jej naliczenia, redukując do zera. Sądowi nie wolno też orzekać w inny sposób, zwłaszcza poprzez zamianę kary na inne świadczenie, odroczenie terminu zapłaty należności lub rozłożenie jej na raty.

Obie wskazane w art. 484 § 2 kc przesłanki miarkowania kary umownej mają charakter samodzielny, a jeśli wystąpią kumulatywnie, powinny być rozważone łącznie w tym sensie, że każda może uzasadniać określony stopień redukcji kary⁵⁹⁵. W zamówieniach publicznych najczęściej okazuje się, że kara jest nadmiernie wygórowana od początku, od momentu udzielenia zamówienia albo staje się taka dopiero w związku z jej wymagalnością, wskutek dysproporcji pomiędzy przewidzianą stawką a skutkami zaniedbania wykonawcy⁵⁹⁶. Rzadziej zaś dochodzi do naliczenia kary w warunkach „znacznego wykonania zamówienia”, co łączy się zazwyczaj ze zwłoką w ukończeniu zamówienia. Nadmierna wysokość kary określona mianem „rażąco wygórowanej” zachodzi wtedy, gdy jednoznacznie ujawnia ewidentną dysproporcję w stosunku do skutków naruszenia zobowiązania i funkcji kary (przede wszystkim stymulacyjno-prewencyjnej) oraz jest wyraźnie niesprawiedliwa pod względem wysokości⁵⁹⁷.

W piśmiennictwie i orzecznictwie ukształtowały się co najmniej cztery kryteria pomocnicze, ułatwiające miarkowanie kary i ograniczające uznaniowość sądu⁵⁹⁸. Pierwsze łączy się z relacją wysokości kary do wartości świadczenia głównego (zamówienia)⁵⁹⁹. Drugie, bardziej zobiektywizowane, dotyczy wartości świadczenia częściowego⁶⁰⁰, zwłaszcza spełnionego z opóźnieniem lub z wadami jawnymi usuwalnymi. Dopuszczalne jest także odniesienie wysokości zastrzeżonej kary do wartości szkody wyrządzonej zamawiającemu, choć – jak pod-

⁵⁹⁴ Por. J. Szwaia: Kara umowna...op. cit., s. 147 i n., T. Wiśniewski: op. cit., s. 546, P. Drapała: System... op. cit., s. 977 oraz R. Adamus: op. cit., s. 9.

⁵⁹⁵ Tak słusznie P. Drapała: System... op. cit., s. 974–975 oraz R. Adamus: op. cit., s. 10.

⁵⁹⁶ Por. R. Longchamps de Berier: op. cit., s. 191, J. Dąbrowa: op. cit., s. 833 oraz P. Drapała: System... op. cit., s. 976.

⁵⁹⁷ Por. zwłaszcza M. Lemkowski: Kodeks... op. cit., s. 109–110 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

⁵⁹⁸ Por. w tym zakresie zwłaszcza P. Drapała: System... op. cit., s. 974–975, R. Adamus: op. cit., s. 10 oraz Lemkowski: Kodeks...op. cit., s. 109–110.

⁵⁹⁹ Por. wyrok SN z 6 października 1959 r. (ICR-147/58), OSN 1961, Nr 3, poz. 66.

⁶⁰⁰ Por. wyrok SN z 20 maja 1980 r. (ICR-229/80), OSN 1980, Nr 12, poz. 243.

kreślono – wymagalność kary nie zależy od rozmiarów szkody. Kryterium to ma jednak swoje uzasadnienie historyczne, ponieważ dawniej karę postrzegano wprost w kategoriach „odszkodowania umownego”, a przepis art. 85 § 1 kodeksu zobowiązań wyraźnie odwoływał się do rozmiaru szkody, jako kryterium redukcji wysokości kary umownej. Obecnie kryterium to należy stosować z dużą ostrożnością, aby nie wyeliminować w ogóle stymulacyjnej i ewentualnie represyjnej funkcji kary. Czwarte kryterium miarkowania kary może polegać na uwzględnieniu stopnia winy wykonawcy, chyba że odpowiada on wyjątkowo na zasadzie ryzyka⁶⁰¹. W piśmiennictwie wskazuje się jeszcze na parę kryteriów okolicznościowych, a mianowicie na: wagę naruszonych powinności obligacyjnych (główne, czy uboczne), zakres i czas trwania naruszenia, zagrożenie dalszymi uchybieniami, powtarzalność uchybień, zgodny zamiar stron w nadaniu karze funkcji represyjnej itd.⁶⁰². Nie ma natomiast zgodności poglądów co do możliwości odpowiedniego zastosowania art. 362 kc co do miarkowania kary, gdy zamawiający sam w jakimś stopniu przyczynił się do powstania szkody⁶⁰³. Za słuszne trzeba uznać jednak stanowisko konsekwentne wobec niezależności konstrukcyjnej kary i odszkodowania, o braku możliwości posłużenia się analogią z art. 362 kc⁶⁰⁴. Kara może być miarkowana jedynie na podstawie art. 484 § 2 kc, co bynajmniej nie wyklucza zupełnie uwzględnienia ewentualnego przyczynienia się zamawiającego do zdarzenia uzasadniającego zapłatę kary umownej.

W zakresie przesłanki „wykonania zobowiązania w znacznej części” należy badać to, w jakim stopniu częściowe wykonanie doprowadziło do zaspokojenia godnego ochrony interesu zamawiającego⁶⁰⁵. Zdarza się bowiem, że mimo spełnienia zamówienia w istotnej części, a nawet niemal w całości, interes wierzyciela nie zostaje zaspokojony. W rezultacie przesłanka powyższa odpada w odniesieniu do zobowiązań niepodzielnych. Poza tym nie ma zastosowania także do zastrzeżenia kary na wypadek zwłoki w spełnieniu całego świadczenia, a ponadto z tytułu uchybień upoważniających do odstąpienia od umowy w całości ze skutkami *ex tunc*. Pomimo zastrzeżenia kary umownej zamawiający jest zobowiązany do przyjęcia od wykonawcy świadczenia częściowego, o ile nie dojdzie do naruszenia jego uzasadnionego interesu (art. 450 kc.). Późniejsze przyjęcie pozostałej części świadczenia (spełnionego po terminie) nie pozbawia możliwości żądania stosownej kary.

Ustawowe podstawy miarkowania kary umownej są niezależne od przesłanek z art. 58 kc, dotyczących możliwości zweryfikowania przez sąd orzekający skuteczności za kwestionowanej klauzuli. Do sensownego miarkowania może dojść tylko względem kary wynikającej z w pełni skutecznego zastrzeżenia umownego. Wyjątkowo jednak zdarza się, że nadmiernie wygórowana kara umowna stanowi wynik niemoralnego zachowania drugiej strony, stąd jej zastrzeżenie może zostać uznane za nieważne z uwagi na sprzeczność z zasa-

⁶⁰¹ Por. zwłaszcza wyroki SN z 9 listopada 1965 r. (I CR 156/65), OSPiKA 1967, poz. 97; 27 stycznia 1972 r. (I CR 458/71), OSN 1972, Nr 9, poz. 160 oraz z 13 czerwca 2003 r. (III KKN 473/01), podają za R. Adamus: op. cit., s. 10.

⁶⁰² Por. P. Drapała: System... op. cit., s. 975.

⁶⁰³ Za taką możliwością opowiada się zwłaszcza Lemkowski: op. cit., s. 109 oraz W. Borysiak: Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a kara umowna, PPH 2008, Nr 8, s. 31 i n. oraz Sąd Apelacyjny w Szczecinie z wyroku z 5 maja 2013r. (IACa 72/13), podają za R. Adamski: op. cit., s. 10.

⁶⁰⁴ Tak zwłaszcza M. Bączyk: Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody, a wysokość kary umownej (w:) Ars et usus, Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego, Warszawa, s. 41 i n. oraz P. Drapała: System... op. cit., s. 976 i R. Adamus: op. cit., s. 8 a także wyroki SN z 16 kwietnia 2010r. (IV CSK-494/09), OSNC-2D2010, Nr 4, poz. 115.

⁶⁰⁵ Tak J. Szwejca: Kara umowna... op. cit., s. 146, J. Dąbrowa: op. cit., s. 833 oraz Pr. Drapała: System... op. cit., s. 976.

dami współzycia społecznego (art. 58 § 2 kc)⁶⁰⁶. W doktrynie panuje zgodność odnośnie do wykluczenia powołania się na art. 5 kc o nadużyciu prawa, do miarkowania kary umownej, ponieważ przepis ten nie może stanowić podstawy do wydania przez sąd orzeczenia zmieniającego treść stosunku prawnego⁶⁰⁷.

Żądanie przez wykonawcę obniżenia kary umownej może być zrealizowane na dwa sposoby. Pierwszy polega na podniesieniu zarzutu w procesie o zapłatę kary, tytułem środka obronnego, a pozwany nie musi wskazywać konkretnej przesłanki miarkowania ani kwoty do jakiej kara powinna być obniżona. Domniemuje się nawet, że wnosząc o oddalenie powództwa o zapłatę kary, pozwany wykonawca żąda ewentualnego obniżenia jej wysokości⁶⁰⁸. Musi on jednak udowodnić (art. 6 kc) zaistnienie wskazanych w art. 484 § 2 kc przesłanek miarkowania. Wyrok uwzględniający taki zarzut ma charakter konstytutywny. Drugi sposób realizacji żądania obniżenia kary przez sąd sprowadza się do wytoczenia przeciwko zamawiającemu wierzytelności powództwa prewencyjnego o zredukowanie kary, zanim jeszcze wystąpi on z powództwem o zapłatę kary. Chodzi o powództwo o ukształtowanie stosunku prawnego. Według niektórych staje się możliwe dopiero po zapadnięciu kary⁶⁰⁹, czyli po powstaniu obowiązku jej zapłaty. Jak się zdaje dominuje zapatrywanie dalej idące, że art. 484 § 2 kc nie uzasadnia takiego ograniczenia, a prewencyjne żądanie obniżenia kary jest dopuszczalne już w okresie zanim stanie się ona wymagalna⁶¹⁰. Uwzględnienie żądania dłużnika następuje w wyroku konstytutywnym, lecz w formie ustalającej⁶¹¹. Jednak z chwilą zapłaty kary w wysokości zastrzeżonej wygasa uprawnienie do żądania jej obniżenia. Uiszczając karę w pierwotnej wysokości dłużnik może zastrzec sobie prawo żądania zwrotu ewentualnej nadwyżki, w późniejszym czasie, po wyjaśnieniu wszystkich okoliczności (art. 411 pkt 1 kc). Przedawnienie roszczenia o zapłatę kary umownej nie pociąga wprowadzie jej wygaśnięcia, dezaktualizuje jednak jej miarkowanie, skoro dłużnik może w ogóle uchylić się od zapłaty całej kary. Termin i bieg przedawnienia są takie same, jak w przypadku roszczeń odszkodowawczych wynikających ze stosunku głównego, co uzasadnia się akcesoryjnym charakterem kary i funkcją kompensacyjną⁶¹². Konstytutywny charakter orzeczenia sądowego miarkującego karę wyklucza możliwość zawarcia w tej sprawie ugody sądowej między stronami (tzw. samo miarkowanie), która pod względem materialno-prawnym jest umową, a nie wyrokiem. Ewentualna ugoda funkcjonuje bowiem samodzielnie i niezależnie, w oparciu o odrębne przesłanki.

Kary umowne powinny być zatem zastrzegane racjonalnie, natomiast samo wykonanie zamówienia rzetelnie nadzorowane przez tzw. pracowników merytorycznych zamawiającego. Chodzi o sprawnie działającą kontrolę zarządczą, za której zorganizowanie odpowiada organ zarządzający (art. 61 ufp), w imię zasady szczególnej staranności w prowa-

⁶⁰⁶ Tak zwłaszcza W. Popiołek: Komentarz KC, t VI (art. 484), red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 96 oraz Z. Radwański: Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2003, s. 304.

⁶⁰⁷ Por. zwłaszcza T. Justyński: Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym, Kraków 2000, s. 138, P. Drapała: System... op. cit., s. 979, R. Adamus: op. cit., s. 11.

⁶⁰⁸ Tak P. Drapała: System... op. cit., s. 972.

⁶⁰⁹ Tak zwłaszcza K. Szwaja: Kara umowna... op. cit., s. 137.

⁶¹⁰ Por. zwłaszcza P. Drapała: System... op. cit., s. 972, R. Adamus: op. cit., s. 10.

⁶¹¹ Por. K. Karzan: Orzeczenia konstytutywne w postępowaniu cywilnym, Warszawa 1972, s. 195, P. Drapała: System... op. cit., s. 972.

⁶¹² P. Drapała: System... op. cit. s. 979, a także wyrok SN z 18 listopada 1997r. (IICKN-465/97), „Glosa” 1999, Nr 1, s. 28 i n.

dzeniu spraw majątkowych, a także zasady realnego wykonania zamówienia publicznego. Jeśli zatem kara umowna stanie się wymagalna należy ją prawidłowo naliczyć i wezwać wykonawcę do zapłaty albo potrącić kwotę kary z wierzytelności wzajemnej lub dochodzić z przedmiotu zabezpieczenia. W przypadku, gdy dojdzie do sporu, wprowadzie ugoda z wykonawcą nie jest *a limine* wykluczona, lecz skoro jej przedmiotem mogą być tylko „wzajemne ustępstwa” stron, a nie zwykle umorzenie należności pieniężnej w całości albo w części, trudno obejmować taką ugodą zapłatę kary umownej (o ugodzie zob. rozdz. VI pkt 9). To samo dotyczy zastosowania ulgi w zapłacie kary polegającej na jej umorzeniu, z uwagi na szczególne przesłanki ustawowe, choć w odniesieniu do należności samorządowych przesłanki i tryb stosowania ulg w zapłacie zaległości cywilnoprawnych ustala na stałe organ stanowiący właściwej jednostki samorządu terytorialnego. Na dodatek dalsze ograniczenia łączą się z wymogiem ustawowym, że stosowanie ulg wobec przedsiębiorców podlega przepisom o pomocy publicznej dla przedsiębiorców.

4. Rękojnia za wady przedmiotu zamówienia

Określenie „rękojnia” wywodzi się od staropolskiego zwrotu „zaręczyć”, ponieważ dawniej odpowiedzialność za wady fizyczne wynikała z zastrzeżenia umownego, natomiast zadośćuczynienie za wady prawne, zwane „ewikcją”, zakładano z mocy prawa już od czasów starożytnych. W niektórych krajach oba rodzaje odpowiedzialności nazywane są „gwarancją”, natomiast jej wzbogacenie o dodatkowe zapewnienie dobrej jakości określa się mianem „gwarancji dodatkowej” albo „gwarancji kontraktowej”, a w Polsce: „gwarancją”. Powyższe różnice terminologiczne, a zwłaszcza utożsamianie rękojmi z „gwarancją” na tle prawa polskiego stanowią w praktyce źródło dotkliwych niekiedy nieporozumień.

Odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady powstaje z mocy samego prawa. Strony nie muszą potwierdzać jej w umowie, choć w granicach art. 558 kc mogą jej reżim rozszerzyć, ograniczyć lub nawet wyłączyć. W zamówieniach publicznych zamawiający, z uwagi na konieczność przestrzegania zasad prawidłowej gospodarki oraz obowiązek dochodzenia roszczeń, nie może godzić się na wyłączenie lub ograniczenie rękojmi, także przy ewentualnym nabyciu rzeczy używanych. W ramach umownej modyfikacji reżimu rękojmi w praktyce spotyka się właściwie tylko przedłużenie okresu jej obowiązywania. Uprawnienia z rękojmi pomimo, że powstają *ex lege*, mają jednak charakter względny, są bowiem aktualne tylko wtedy, gdy strony zawrą uprzednio określoną umowę. Rękojnia występuje przy umowach wzajemnych przenoszących własność rzeczy na nabywcę, ponieważ jej podstawową rolą jest przywrócenie równowagi (ekwiwalentności) świadczeń, naruszonej wadliwością świadczenia niepieniężnego⁶¹³. Uzasadnia uprawnienie do obniżenia ceny, wymiany przedmiotu bądź usunięcia wady, a w sytuacji skrajnej do odstąpienia od umowy. Są one ustawowo uwarunkowane, tak że wybór pomiędzy nimi przysługujący uprawnionemu, nie bywa w pełni swobodny. W szczególności rękojnia towarzyszy umowie sprzedaży (art. 556 kc), zamiany (art. 604 kc), o produkcję na zamówienie (dostawy z art. 612 kc), kontraktacji (art. 621 kc), o dzieło (art. 638 kc) oraz o roboty budowlane (art. 656 kc). Rękojmię unormowano jednak

⁶¹³ Por. R. Longchamps de Berier: op. cit., s. 463–464, Cz. Żuławska: Zabezpieczenie jakości świadczenia, „Studia Cywilistyczne” 1978, t. XXIX, s. 74.

wyczerpująco jedynie przy sprzedaży (art. 556–576 kc), do innych umów przepisy te stosuje się w wyniku ustawowego odesłania. Została bowiem ukształtowana jako instytucja części szczegółowej zobowiązań. Poza tym przepisy o umowie sprzedaży stosuje się odpowiednio do sprzedaży energii, wody oraz praw (art. 555 kc). Wartość energii łączy się w obrocie ze zdolnością do wykonania określonej pracy. Specyfika sprzedaży wody wyraża się potrzebą jej uprzedniego wyodrębnienia. Prawa zaś występują w postaci niematerialnej. Szczególna regulacja odpowiedzialności za wady obowiązuje przy umowach o korzystanie z cudzych rzeczy: najmie, dzierżawie i leasingu (art. 664 i art. 709⁸ kc), odbiega jednak od charakterystycznego modelu rękojmi, choć w praktyce ta swoista odpowiedzialność także bywa nazywana – nieco na wyrost – „rękojmią”⁶¹⁴. Całkowicie w ramach tradycyjnej odpowiedzialności odszkodowawczej unormowano natomiast odpowiedzialność za wady rzeczy przy użyczeniu (art. 711 kc), pożyczce (art. 724 kc) oraz darowiźnie (art. 892 kc), skoro nie mają one charakteru umów wzajemnych.

Rękojmia uznawana jest za szczególny rodzaj odpowiedzialności kontraktowej. Jej względny charakter dodatkowo uzasadnia pogląd, że skutkuje tylko pomiędzy stronami oznaczonej umowy. Obligacyjna natura uprawnień z rękojmi sprawia, że nie przechodzą one automatycznie na kolejnych nabywców przedmiotu. W wieloogniowym obrocie towarowym (producent – hurtownik – sprzedawca – ostateczny nabywca) rękojmia jest aktualna odrębnie pomiędzy poszczególnymi parami kontrahentów, w ramach każdej z umów w łańcuchu transakcji. Do wykonywania uprawnień z rękojmi konieczne jest wszakże dysponowanie wadliwym przedmiotem, co ogranicza roszczenia regresowe sprzedawcy do poprzedniego zbywcy, które wywodzi się zazwyczaj nie z rękojmi, lecz z reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych. Wyjątkowo jednak niektóre z uprawnień wynikających z rękojmi, mające charakter roszczeń, mogą przejść na dalszego nabywcę przedmiotu w drodze sukcesji generalnej (spadkobranie, przekształcenie organizacyjne) albo w drodze indywidualnego przelewu (cesji z art. 509 kc)⁶¹⁵. Cesja wynika na ogół z dodatkowego zastrzeżenia przy zbyciu rzeczy używanej (samochodu, maszyny, urządzenia), któremu towarzyszy wyłączenie rękojmi odprzedawcy względem dalszego nabywcy przedmiotu. W każdym razie cesją nie da się objąć praw kształtujących, a więc uprawnienia do obniżenia ceny, a także do odstąpienia od umowy. W przypadku zbycia rzeczy używanej rękojmia bywa w pełni aktualna, o ile nie zostanie wyłączona lub ograniczona. Inaczej jednak pojmuje się samą wadliwość fizyczną świadczenia, niż w odniesieniu do rzeczy nowych, która polega zwłaszcza na nadmiernym zużyciu przedmiotu, odbiegającym od zużycia deklarowanego

⁶¹⁴ Jeżeli rzecz najęta (wyzdzielawiona) ma wady ograniczające jej przydatność do umówionego użytku, najemca może żądać odpowiedniego obniżenia czynszu, natomiast jeśli wady uniemożliwiają jej użycie lub są nieusuwalne – może wypowiedzieć najem (dzierżawę, leasing).

⁶¹⁵ W przeszłości próbowano przejście uprawnień z rękojmi łączyć z przejściem prawa własności. Por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 1974 r. (II CR 109/74), OSPiKA 1975, Nr 3, poz. 64. Pogląd ten, jako odosobniony nie wytrzymał próby czasu, został krytycznie oceniony w doktrynie, zwłaszcza przez J. Skąpskiego: Z problematyki prawnej ochrony konsumenta na gruncie kodeksu cywilnego, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Prawnicze” 1978, Nr 81, s. 101 i n oraz Cz. Żuławska: Zabezpieczenie... op. cit., s. 45. Zdecydowanie kierunkowe stanowisko o względnym charakterze rękojmi zapoczątkowano wyrokiem Sądu Najwyższego z 15 stycznia 1997 r. (III CKN 29/96), OSP 1997, Nr 7–8, poz. 144 z aprobowaną glosą W. Katnera. Ostatecznie sprawę załatwiono w uchwale składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 5 lutego 2004 r. (III CZP 96/03), OSNC 2004, Nr 6, poz. 88. Zob. też Cz. Żuławska: Komentarz... op. cit., s. 356 oraz Habryn-Chojnacka (w:) Kodeks cywilny, t. II, Komentarz, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 434–435.

w umowie⁶¹⁶. Do niedawna obowiązywała szczególna regulacja w zakresie rękojmi za wady zwierząt (art. 570–572 kc), która została uchylona w 2014 r., lecz specyfika tej odpowiedzialności nadal występuje, choćby tylko z tego powodu, że do obrotu zwierzętami stosuje się odpowiednio przepisy o sprzedaży.

Rękojmią są objęte zarówno wady fizyczne, jak i rzadziej występujące, wady prawne.

Ta druga kategoria wadliwości zachodzi wtedy, gdy rzecz zbyta stanowi własność osoby trzeciej albo co najmniej jest obciążona prawami osoby trzeciej. Okoliczność ta uzasadnia odpowiednie zróżnicowanie regulacji. Ustawowy reżim rękojmi jest w zasadzie jednakowy w odniesieniu do poszczególnych kategorii uczestników obrotu. Wyjątek dotyczy jednak stosunków pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami. W zamówieniach publicznych rękojmia, obok swojej zasadniczej funkcji wyrównawczej, pełni równie doniosłą funkcję prewencyjno – stygulacyjną, której znaczenie wzrasta w przypadku zabezpieczenia ściągłości roszczeń przysługujących zamawiającemu.

W stosunku do odpowiedzialności odszkodowawczej, a także względem kary umownej, rękojmia funkcjonuje w miarę niezależnie, choć samo usunięcie wady, wymiana przedmiotu na wolny od wad lub obniżenie ceny na tej podstawie wyklucza dochodzenie w tym samym zakresie odszkodowania. Jednakże doniosłą rolę praktyczną spełnia uzupełniające naprawienie szkód następnych, wyrządzonych w wyniku zaistnienia wady nabytego przedmiotu. Nie bez znaczenia bywa też specjalna kara umowna naliczana wykonawcy za sam fakt dopuszczenia do wadliwości przedmiotu zamówienia, zwłaszcza ujawnionego przy odbiorze. Pomimo podobieństwa funkcjonalnego, niezależna od rękojmi jest też gwarancja jakości. Według bowiem art. 579 § 2 kc wykonanie uprawnień gwarancyjnych nie wpływa na odpowiedzialność zbywcy przedmiotu z tytułu rękojmi. Uprawniony nie może oczywiście dwukrotnie zaspokajać swoich pretensji z powodu jednej i tej samej wady, lecz na wypadek trudności wolno mu zmienić podstawę swoich roszczeń.

Ustawowa odpowiedzialność z tytułu rękojmi ma charakter obiektywny (bezwzględny), jest oparta na zasadzie ryzyka, praktycznie bez egzoneracji⁶¹⁷. Nie zależy ani od winy, ani od szkody, ani też od tego, czy zbywca wiedział o wadzie i czy mógł się o niej dowiedzieć albo jej zapobiec. Wystarczy, że wada była w chwili wydania przedmiotu nabywcy albo powstała później z przyczyny tkwiącej uprzednio w przedmiocie świadczenia. Zazwyczaj wada fizyczna bywa wynikiem zastosowania niewłaściwych materiałów, narzędzi, technologii wykonania lub niezachowania należytej staranności w innym zakresie. W odniesieniu do obiektów budowlanych dochodzą jeszcze błędy w dokumentacji budowlanej. W szczególności, zgodnie z art. 634 kc, jeżeli dostarczony przez zamawiającego materiał nie nadaje się do prawidłowego wykonania dzieła (obiektu) albo zajądą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu, wykonawca powinien zawiadomić o tym zamawiającego. To samo wynika z art. 651 kc, według którego, jeżeli dostarczona przez zamawiającego dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo zajądą inne przeszkody, wykonawca powinien zawiadomić nie-

⁶¹⁶ Więcej o tym R. Szostak: Z problematyki odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy używanych, „Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie” 1987, Nr 242, s. 47 i n.

⁶¹⁷ Więcej o charakterze odpowiedzialności z rękojmi S. Buczkowski: Kodeks cywilny, Komentarz, t. 2, Warszawa 1972, s. 1299, Cz. Żuławska: Kodeks cywilny, Komentarz, Zobowiązania t. III/2, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 55 oraz A. Brzozowski: Komentarz... op. cit., s. 243.

zwłocznie o tym zamawiającego. Zaniechanie zawiadomienia naraża wykonawcę na odpowiedzialność z rękojmi za wady dzieła lub obiektu, pozostające w związku przyczynowym z niewłaściwymi materiałami, urządzeniami, wskazówkami itd.⁶¹⁸ Jeżeli natomiast ostrzeżony zamawiający zażądał zastosowania powierzonego materiału, wykonawca zwolniony będzie z odpowiedzialności z rękojmi za wady powstałe w wyniku dopuszczenia nieodpowiedniego materiału⁶¹⁹. W ramach jednak niedawnej nowelizacji kodeksu wprowadzono wyraźny przepis art. 638 § 2 kc, w świetle którego odpowiedzialność wykonawcy jest wyłączona, jeśli wada dzieła lub robót powstała z przyczyny tkwiącej w materiale dostarczonym przez zamawiającego⁶²⁰, nie dotyczy to jednak wadliwej dokumentacji projektowej. W praktyce braki i błędy w dokumentacji projektowej częściej stanowią przeszkodę w prawidłowym wykonaniu dzieła budowlanego, o których wykonawca powinien lojalnie uprzedzić zamawiającego, choć nie można mu stawiać zarzutu zaniedbania tej powinności, jeśli mimo dołożenia należytej staranności nie mógł stwierdzić usterek projektowych, zwłaszcza z powodu braku specjalistycznej wiedzy albo konieczności pogłębionej weryfikacji zasadności poszczególnych dyspozycji projektowej w zakresie tzw. wad ukrytych⁶²¹. Odpowiada jednak za wady obiektu spowodowane wadami projektu w imię odpowiedzialności absolutnej z tytułu rękojmi. Do złagodzenia odpowiedzialności może zaś dojść jedynie w zakresie zadośćuczynienia za szkodę wyrządzoną wadliwością obiektu. Tak samo trzeba rozpatrywać odpowiedzialność wykonawcy zwykłego dzieła, zrealizowanego według nieprawidłowych wskazówek zamawiającego⁶²². Wobec absolutnego charakteru odpowiedzialności z tytułu rękojmi, niezależnej od winy ani od wiedzy wykonawcy, ryzyko wady dzieła lub obiektu powstałej w wyniku niewykrytej usterki w dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego tradycyjnie musi obciążać wykonawcę (profesjonalistę), a nie zamawiającego. Przemawiają za tym nie tylko względy słuszności, lecz przede wszystkim uwarunkowania prewencyjne. Projektant jako sprawca usterki odpowiada oczywiście za usunięcie usterki w samym projekcie, ale już nie za wadę *corpus mechanicum*. Odpowiada jednak wyłącznie za przyczynienie się do szkody spowodowanej wadą obiektu, a nie za wszelkie następstwa swojego uchybienia⁶²³.

Według art. 556¹ kc wada fizyczna przedmiotu polega na jego niezgodności z umową.

W szczególności rzecz jest niezgodna z umową, jeżeli:

- nie ma właściwości, które rzecz tego rodzaju powinna mieć ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia (tzw. zwykłych właściwości),

⁶¹⁸ Por. P. Drapała: Kodeks cywilny..., op. cit., s. 696, powołujący się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 13 lutego 2015 r. I ACa 947/14, Lex nr 1659038.

⁶¹⁹ Tak. Sąd Najwyższy w wyroku z 20 października 2005 r., II CK 134/05, „Monitor Prawniczy” 2005, Nr 23, s. 1165.

⁶²⁰ Więcej I. Mycko-Katner: Okoliczności wyłączające odpowiedzialność przyjmującego zamówienie z tytułu rękojmi za wady fizyczne dzieła, PPH 2017, Nr 11, s. 34 i n.

⁶²¹ Por. zwłaszcza wyroki Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r., III KKN 629/98, OSNC 2000, Nr 9, poz. 173, z 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08, Lex 637702 oraz z 16 czerwca 2016 r., V CSK 535/15, Lex 2072197.

⁶²² Por. wyrok Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 1986 r., I CR 16/86, z glosą R. Szostaka, OSPiKA 1988, Nr 10, poz. 228, a także P. Drapała: Kodeks cywilny... op. cit., s. 717 i 732.

⁶²³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 lipca 2008 r. (III CSK 59/08), LEX 479330 oraz J. Strzępka: Rękojmia za wady prac projektowych, MP 2010, Nr 17, s. 934.

- nie ma właściwości, o których istnieniu zbywca zapewnił nabywcę, także okazując próbkę lub wzór,
- nie nadaje się do celu, o którym nabywca poinformował przy zawarciu umowy, a zbywca nie zgłosił zastrzeżeń co do takiego jej przeznaczenia,
- została wydana w stanie niezupełnym.

Ponadto, rzecz jest wadliwa także w razie nieprawidłowego jej zamontowania lub uruchomienia, jeśli czynności te zostały wykonane przez zbywcę lub osobę третią, za którą ponosi odpowiedzialność albo nawet przez samego nabywcę, który postąpił według instrukcji otrzymanej w ramach transakcji. Powyższe wyliczenie rodzajów wad nie jest zupełne. W praktyce bywają jeszcze inne niezgodności przedmiotu zamówienia z umową. W wyliczeniu pominięto wymagania jakościowe wynikające z przepisów lub norm technicznych, które wchodzi jednak do umowy, wprowadzając nie *vi contractus*, lecz *vi legis*, w myśl art. 56 kc uzupełniającą jej treść.

Brak zwykłych właściwości charakterystycznych dla rzeczy danego rodzaju to najczęściej występująca wada. Wynikają one z celu (zastosowania) ujawnionego w umowie lub podyktowanego okolicznościami albo typowym przeznaczeniem przedmiotu, a w braku podstaw rozstrzyga ostatecznie kryterium średniej jakości przedmiotu zamówienia⁶²⁴. Zapewnienie o właściwościach przedmiotu może odnosić się nie tylko do cech ogólnych, lecz także do jego estetyki lub innych walorów specjalnych. Może wynikać wprost z umowy, z dodatkowych informacji i oznaczeń, nawet z materiałów reklamowych⁶²⁵. W ostatnim przypadku liczą się jednak tylko informacje (ulotki) indywidualnie adresowane, natomiast wszelkie publiczne zapewnienia reklamowe mogą być miarodajne przy ocenie wadliwości rzeczy wyłącznie w stosunkach konsumenckich. Szczególną formą zapewnienia są próbki indywidualizujące właściwości przedmiotu albo wzory. Z przedstawieniem próbki łączy się zobowiązanie dostawcy do dostarczenia przedmiotu o takich samych właściwościach, natomiast okazanie wzoru oznacza zapewnienie o właściwościach przedmiotu przewidzianego do wykonania w przyszłości⁶²⁶. W praktyce zdarzają się też przypadki okazania dostawcy przez zamawiającego nabywcę próbki lub modelu (załącznik do opisu przedmiotu zamówienia), wskazującego na pożądane właściwości. W razie aprobaty dochodzi do złożenia zapewnienia, o którym mowa w art. 556¹ § 1 pkt 1 kc. Ponadto, wskazanie przez producenta tzw. terminu trwałości lub przydatności do użytku (spożycia) przedmiotu albo daty produkcji samochodu (urządzenia) może wskazywać pośrednio na niektóre jego właściwości⁶²⁷. Z kolei cel transakcji podany przez zamawiającego wyraźnie przy zawarciu umowy (nie później), zwłaszcza w opisie przedmiotu zamówienia, wpłynie na kwalifikację wadliwości, jeśli okaże się, że przedmiot nie nadaje się do tego celu. Warunkiem jest jednak aprobata ze strony dostawcy dla deklarowanego przeznaczenia, wyrażona w ofercie lub w toku negocjacji albo nawet w sposób dorozumiany, poprzez brak zastrzeżeń, które wyjątkowo w tym zakresie oznaczają zgodę na zapewnienie właściwości odpowiadającej ujawnionemu celo-

⁶²⁴ Por. E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 398–400.

⁶²⁵ Por. E. Łętowska: Prawo umów konsumenckich, Warszawa 2002, s. 309.

⁶²⁶ M. Jagielska: op. cit., s. 394 oraz E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 401.

⁶²⁷ Tak E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 402, powołując się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 8 grudnia 1998 r. (I ACa 473/98), „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 1999, Nr 5 poz. 20 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 20 lipca 1990 r. (I CR 528/90), Legalis.

wi przeznaczenia. Liczy się tu zarówno cel związany z normalnym, jak i specjalnym przeznaczeniem nabywanego przedmiotu. Jeśli wykonawca wniesie zastrzeżenia w ofercie lub przy jej złożeniu, naraża się na odrzucenie oferty w procedurze ofertowej. Jeśli jednak dojdzie do zawarcia skutecznej umowy, wykonawca nie poniesie odpowiedzialności na brak właściwości przedmiotu, jeśli w porę zgłosił zastrzeżenia do ujawnionego przez zamawiającego przeznaczenia (drobne zamówienia udzielane *ad hoc*). Wydanie zamawiającemu przedmiotu w stanie niepełnym polega na jego niekompletności, do której dochodzi w szczególności, gdy przedmiot dotknięty jest brakiem części składowych, przynależności niezbędnych do korzystania z rzeczy głównej (art. 52 kc), części zapasowych, instrukcji obsługi, karty gwarancyjnej lub innych dokumentów legitymacyjnych, koniecznych oznaczeń i ostrzeżeń o niebezpieczeństwach⁶²⁸. Nieprawidłowy montaż nabytego przedmiotu może być także uznany za źródło wadliwości. Na ogół dzieje się tak w ramach usług dodatkowych, towarzyszących dostawom. Pewne wątpliwości co do pojęcia wady fizycznej nasuwa art. 568 § 1 kc, który regulując termin rękojmi operuje ogólnym zwrotem „wada nieruchomości”, także w odniesieniu do rezultatów objętych umową o dzieło lub roboty budowlane. Skoro jednak przedmiotem zamówienia przy pracach budowlanych są nie tyle same prace, ile ich rezultaty materialne, a te stają się częściami składowymi obiektu i nieruchomości, jeśli zostały trwale z nią związane (art. 47 § 2 w zw. z art. 46 § 1 kc), zasadne jest szersze odniesienie wady, właśnie do nieruchomości, a nie tylko do samego obiektu budowlanego. W rezultacie wady budynków i innych obiektów stanowiące wynik wadliwych prac, zostały zrównane z innymi wadami fizycznymi nieruchomości gruntowej, budynkowej bądź lokalowej (powierzchnia, jakość gruntu, stan budynku itd.).

Wada prawna przedmiotu zamówienia zachodzi wtedy, gdy stanowi on własność osoby trzeciej albo jest obciążony prawem osoby trzeciej, a ponadto wtedy, gdy dotknięty jest ograniczeniem w prawie swobodnego korzystania lub rozporządzania wynikającym z decyzji lub orzeczenia właściwego organu. W razie przenoszenia (sprzedaży) praw korporacyjnych, autorskich, lub patentowych sprzedawca jest odpowiedzialny także za istnienie zbywanego prawa⁶²⁹. Jak wiadomo, gdy sprzedawca nie jest właścicielem rzeczy, nie może przenieść jego własności na kupującego, nawet gdy nie jest tego świadomy. Transakcja staje się nieprawidłowa, towarzyszy jej zazwyczaj pozorne przeniesienie prawa własności, choć przy najmie wystarczy jeśli wynajmujący zapewni najemcy niezakłócone korzystanie z przedmiotu. Obciążenie prawem osoby trzeciej zachodzi w przypadku istnienia ograniczonego prawa rzeczowego (zastawu, użytkowania, służebności), jak i takiego prawa obligacyjnego, z powodu którego zamawiający nie jest w stanie swobodnie korzystać z nabytego przedmiotu (prawo zatrzymania, najem)⁶³⁰. Istotne ograniczenia wynikają ponadto ze współwłasności: małżeńskiej, spółki cywilnej lub innej, jeśli zbywca zataił brak uprawnień albo przekroczył ich granicę w ramach transakcji. Przy kwalifikacji wady prawnej rzeczy może zachodzić potrzeba uwzględnienia art. 192 kc, w świetle którego ten, kto wytworzył

⁶²⁸ Por. zwłaszcza A. Brzozowski: Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie... op. cit., s. 85, E. Łętowska: Prawo umów... op. cit., s. 309 oraz E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 405, a także wyrok Sądu Najwyższego z 28 czerwca 1972 r. (II CR 218/72), OSNC 1972, Nr 12, poz. 228.

⁶²⁹ Więcej o tym E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 413–414, wraz z powołanym tam orzecnictwem.

⁶³⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 25 maja 1980 r. (I CR 107/80), OSPiKA 1981, Nr 11, poz. 94, a także Cz. Żuławska: Kodeks cywilny... op. cit., s. 62.

nową rzecz ruchomą z cudzych materiałów (np. wykonawca dzieła z powierzonych materiałów), staje się jej właścicielem tylko wtedy, gdy wartość nakładu pracy jest większa od wartości materiałów. Jeśli jednak wykonawca działał w złej wierze albo wartość materiałów była większa od wartości nakładu pracy, wytworzony przedmiot staje się własnością właściciela materiałów. Poza tym jeśli doszło do połączenia lub pomieszczenia rzeczy objętych odrębną własnością w taki sposób, że przywrócenie stanu poprzedniego byłoby związane z nadmiernymi trudnościami lub kosztami, dotychczasowi właściciele stają się współwłaścicielami całości, lecz gdy jedna z rzeczy miała wartość znacznie większą niż pozostałe – stają się jej częściami składowymi (art. 193 kc). W przypadku budowy (remontu) obiektu na cudzym gruncie z własnych materiałów, zamontowane elementy przechodzą na własność właściciela nieruchomości, w myśl zasady *superficies solo cedit* (art. 46 kc), lecz dopiero po wydaniu i odbiorze robót, ponieważ niezbędna jest wola przysporzenia, w przeciwnym wypadku może wystąpić obowiązek zwrotu (rozliczenia) nakładów z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Nie ma natomiast znaczenia to, w jakich okolicznościach właściwy organ nałożył na sprzedawcę ograniczenie w korzystaniu lub rozporządzaniu określonym przedmiotem z tytułu czynności zabezpieczającej lub z innego tytułu szczególnego.

Wykonawca jest zwolniony od odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady, jeżeli zamawiający wiedział o wadzie w chwili zawarcia umowy, a w przypadku rzeczy oznaczonej tylko co do gatunku albo mającej powstać w przyszłości – w chwili jej wydania (art. 557 kc). Panuje pogląd, że liczy się wyłącznie rzeczywista świadomość (wiedza) wady, a nie to, że „nabywca powinien był wiedzieć”, czy też „z łatwością mógł wadę zauważyć”. Wykonawca ponosi bowiem odpowiedzialność zarówno za tzw. wady jawne, jak i ukryte. Niekiedy w przeszłości dopuszczono wnioskowanie, że nabywca przedmiotu wie o wadzie, jeśli mógł ją z łatwością zauważyć przy odbiorze⁶³¹. Obecne brzmienie przepisów z art. 557 kc nie może już budzić żadnych wątpliwości, że tylko efektywna wiedza o wadzie po stronie nabywcy wyłącza rękojmię⁶³². Na ogół towarzyszy temu choćby dorozumiana zgoda na przyjęcie przedmiotu wadliwego, jednak nie ma to znaczenia z punktu widzenia przesłanki z art. 557 kc. W celu przeciwdziałania nieporozumieniom dostawca informuje często o istniejących wadach lub usterkach albo wręcz wyodrębnia przedmiot jako niepełnowartościowy (np. na specjalnym stoisku w miejscu sprzedaży) po obniżonej cenie. Nie ma jednak takiego obowiązku. Zwyczajowo o wadach, czy też o stanie przedmiotu umowy informuje się przy sprzedaży rzeczy używanych, ponieważ zbywca ma bezpośredni interes w stabilizacji zbyt wygórowanych oczekiwań ze strony nabywcy. W zamówieniach publicznych praktyczne zastosowanie art. 557 kc jest jednak znikome, skoro zamawiającemu nie wolno godzić się na zakup przedmiotu niepełnowartościowego, tym bardziej z przeznaczeniem na zaspokojenie potrzeb publicznych. Nie można jednak całkowicie wykluczyć zakupu przedmiotu niepełnowartościowego po obniżonej cenie dla jakiegoś dozwolonego zastosowania nietypowego albo w stanie wyższej konieczności. Ciężar dowodu, że nabywca rzeczywiście wiedział o wadzie przedmiotu umowy, w chwili jej zawarcia albo w chwili wydania mu zamawianego przedmiotu obciąża dostawcę (wykonawcę). Pomocne może okazać się specjalne oznaczenie przedmiotu albo inna miarodajna informacja o wadzie. Z powodu świadomości wady rękojnia zostaje wyłączona tylko względem tej wady,

⁶³¹ Por. np. uchwałę Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1988 r. (III CZP 48/88), OSN 1989, Nr 3, poz. 36.

⁶³² Por. wyrok Sądu Najwyższego z 16 lutego 2005 r. (IV CK 546/04), Legalis, a także Cz. Żuławska: Kodeks cywilny... op. cit., s. 77 i n. oraz E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 416.

o której nabywca rzeczywiście nie wiedział, względem ewentualnie dalszych wad zachowuje w pełni swoją aktualność.

Na tle powyższego odnotować trzeba zniesienie tzw. aktów staranności po stronie zamawiającego, polegających na zbadaniu przedmiotu reklamacji i ewentualnie dostrzeżonych wad. Obecnie rzetelne zbadanie przedmiotu w ramach jego odbioru od dostawcy (wykonawcy) stanowi jednak publicznoprawny obowiązek zamawiającego (wewnętrzny) we wszystkich zamówieniach publicznych, doniosły z punktu widzenia przyjęcia świadczenia przez zamawiającego, podstaw zapłaty należności pieniężnej, roszczeń wobec kontrahenta itd. Tylko w ramach transakcji między przedsiębiorcami nabywca traci uprawnienia z rękojmi, jeżeli nie zbadał przedmiotu umowy w czasie i w sposób przyjęty dla rzeczy tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie dostawcy (wykonawcy) o wadzie, a w przypadku, gdy wada wyszła na jaw dopiero później – jeżeli nie zawiadomił o niej niezwłocznie po jej stwierdzeniu (art. 563 kc). W zamówieniach publicznych zastosowanie tego przepisu jest ograniczone, właściwie jedynie w odniesieniu do tzw. zamawiających sektorowych. Jednakże utrata uprawnień z rękojmi za wady fizyczne nie nastąpi, jeżeli dostawca (wykonawca) wiedział o wadzie albo zapewnił nabywcę przedmiotu, że wady nie istnieją. Celem zawiadomienia dostawcy jest umożliwienie mu oceny sytuacji i upewnienia się czy wada rzeczywiście istnieje oraz czy objęta jest odpowiedzialnością z rękojmi. Zawiadomienie nie wymaga szczególnej formy, choć ma duże znaczenie dowodowe. Zawiadomienia nie można utożsamiać z wymaganą dawniej reklamacją, ponieważ nie musi ono zawierać żadnych żądań. Doniosły jest termin na doręczenie zgłoszenia, określony ustawowo jako „niezwłoczny”, który ma jednak charakter terminu zawitego⁶³³, co oznacza, że w razie jego bezskutecznego upływu nabywca traci uprawnienia z rękojmi, lecz tylko w odniesieniu do tej wady, która nie została w porę zgłoszona.

Wykonawca jest odpowiedzialny za wady fizyczne, które istniały w chwili przejścia niebezpieczeństwa na nabywcę lub wynikły z przyczyny tkwiącej w przedmiocie w tej samej chwili (art. 559 kc). Niebezpieczeństwo przypadkowej utraty lub uszkodzenia przedmiotu przechodzi na nabywcę z chwilą jego wydania, o ile strony nie zastrzegły inaczej. Jeżeli jednak przedmiot zamówienia ma być przesłany do miejsca, które nie jest miejscem spełnienia świadczenia według umowy (np. magazyn nabywcy), poczytuje się w razie wątpliwości, że wydanie zostało dokonane z chwilą, gdy w celu dostarczenia przedmiotu na miejsce przeznaczenia zbywca powierzył ją zawodowemu przewoźnikowi (art. 544 § 1 kc). Wynika z tego, że w typowych okolicznościach wszelkie wady, produkcyjne i inne, zaistniałe przed wydaniem przedmiotu nabywcy są objęte rękojmią bez względu na przyczynę powstania. Natomiast wady powstałe później są objęte rękojmią tylko o tyle, o ile wynikły z przyczyn tkwiących uprzednio w przedmiocie zamówienia (np. wadliwa technologia produkcji, nieprawidłowo zamontowana część składowa, nietrwały materiał, niekorzystne procesy chemiczne, korozja). Liczy się jednak tylko tzw. przyczyna konieczna, bez której nie doszłoby do wady. Zarysowana dawniej rozbieżność w poglądach co do tego na kim: zbywcy, czy nabywcy, spoczywa ciężar dowodu w zakresie ustalenia chwili zaistnienia wady i ewentualnej przyczyny jej wystąpienia⁶³⁴ traci na znaczeniu wobec zniesienia – co do zasady – obowiązku zbadania przedmiotu przy

⁶³³ Tak słusznie E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 457.

⁶³⁴ Por. E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 423–424 oraz R. Trzaskowski [w:] Kodeks cywilny: Komentarz, t. IV, Zobowiązania – część szczegółowa, Warszawa 2017, s. 355 i n.

odbiorze, jako przesłanki rękojmi. Na gruncie znowelizowanych przepisów nabywca powinien wykazać zaistnienie wady przedmiotu nabytego w ramach konkretnej transakcji, powołując się na domniemanie faktyczne, natomiast dostawca (wykonawca) może zmierzać do obalenia tego domniemania dowodem przeciwnym, zwłaszcza powołując się na opinię biegłego w zakresie przyczyny zaistnienia wady. W przeciwnym wypadku w praktyce zbyt łatwo można blokować żądania nabywców, zmuszając ich do przedkładania opinii eksperckich odnośnie do przyczyn wad fizycznych. Konsumenta chroni zaś domniemanie prawne z art. 556² kc, a mianowicie domniemywa się, że wada lub choćby jej przyczyna istniała w chwili wydania mu przedmiotu.

Obecnie reklamacja wady jest fakultatywna. Jedynie w stosunkach między przedsiębiorcami wymaga się zawiadomienia. Z zasady zatem realizacja odpowiedzialności z tytułu rękojmi może nastąpić od razu, niezależnie od tego, czy wcześniej wada była sygnalizowana. Wykonanie prawa kształtującego (odstąpienie od umowy, obniżenia ceny) wymaga złożenia odpowiedniego oświadczenia, natomiast w razie żądania wymiany wadliwego przedmiotu na wolny od wad bądź usunięcia wady (są roszczeniami) niezbędne jest stosowne wezwanie, ponieważ wystąpienie z powodztwem przeciwko wykonawcy bez takiego wezwania mogłoby spotkać się z zarzutem braku powodów do jego wytoczenia.

Uprawnienia z rękojmi są uwarunkowane okolicznościami. Zgodnie z art. 560 § 1 kc w razie stwierdzenia wadliwości przedmiotu zamówienia, zamawiający może złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny albo odstąpieniu od umowy, chyba że wykonawca (dostawca) niezwłocznie i bez nadmiernych niedogodności dla zamawiającego wymieni przedmiot na wolny od wad albo wadę usunie. Ograniczenie to nie ma zastosowania, jeżeli przedmiot był już wymieniany lub naprawiany przez zobowiązanego lub nie zadośćuczynił on żądaniu wymiany lub naprawy. Rezygnując z surowszego odstąpienia od umowy albo obniżenia ceny zamawiający może poprzestać na żądaniu w pierwszej kolejności wymiany przedmiotu albo usunięcia wady na podstawie art. 562 kc. Przyczyny wyboru mniej dotkliwego w skutkach uprawnienia nie mają znaczenia. Najczęściej jest to obawa przed zastosowaniem kontruprawnienia ze strony dostawcy (wykonawcy) lub gdy wada kwalifikuje się jako istotna, choć nie można też wykluczyć jakiegoś szczególnego interesu zamawiającego w żądaniu naprawy wadliwego przedmiotu, zwłaszcza samochodu lub innego urządzenia.

Odstąpienie od umowy realizuje się przez złożenie wykonawcy jednostronnego oświadczenia woli o odstąpieniu ze skutkiem rozwiązującym. Nie wystarcza zatem samo żądanie od wykonawcy zwrotu uiszczonej mu ceny, która aktualizuje się dopiero w wyniku rozwiązania umowy, choć z naturalnych względów zazwyczaj towarzyszy oświadczeniu o odstąpieniu. Odstąpienie jako oświadczenie woli musi być na tyle zrozumiałe, aby wiadomo było o co chodzi składającemu, niewątpliwa powinna być wola rozwiązania umowy. Wymaga formy pisemnej, jeśli umowę zawarto w takiej formie, a ponadto musi pochodzić od osoby uprawnionej do składania tego rodzaju oświadczeń (reprezentacja). Z drugiej strony błędne wskazanie podstawy prawnej odstąpienia lub nieprawidłowa ocena wady nie wpływają na jego skuteczność, choć samo zaistnienie wady musi być wykazane⁶³⁵. Konsekwencją skutecznego odstąpienia jest rozwiązanie umowy z mocą wsteczną, powstaje taka sytuacja prawna, jakby umowy w ogóle nie zawarto. Aktualizuje się restytucyjny obowiązek zwrotu spełnionych

⁶³⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 28 listopada 2000 r. (I KKN 313/00) OSNC 2001, Nr 5, poz. 79.

świadczeń. Rygorystyczne skutki odstąpienia (unicestwienie umowy) sprawiają, że uznawana jest ona powszechnie za szczególny model ochrony interesów nabywcy, o funkcjach prewencyjnych. Na podstawie bowiem art. 491 kc strona odstępująca od umowy, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko co otrzymała od niej na mocy umowy; sama zaś może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również naprawienia ewentualnej szkody⁶³⁶. Na zasadzie wzajemności zwrot przedmiotu zamówienia powinien być połączony z „odzyskaniem” należnej sumy (równoczesność świadczeń zwrotnych). Ze względu na bezpieczeństwo rozliczeń zamawiający powinien więc najpierw zaoferować zwrot przedmiotu za zwrotem ceny. Może też zastosować prawo jego zatrzymania, dopóki druga strona nie zaoferuje zwrotu ceny. Wadliwy przedmiot zwraca się w takim stanie, w jakim znajdował się w chwili dokonania odstąpienia od umowy, w warunkach prawidłowej eksploatacji. Za nadmierne zużycie przedmiotu należy się drugiej stronie stosowne wynagrodzenie, podobnie jak i ewentualne zaskarżenie z przedmiotu po dokonaniu odstąpienia od umowy. Według dominującego poglądu skutki prawno – rzeczowe odstąpienia od umowy realizują się automatycznie, a zatem od razu własność wadliwego przedmiotu powraca do dostawcy (wykonawcy) bez potrzeby dodatkowego porozumiewania się stron w celu jego zwrotnego przewłaszczenia⁶³⁷. Roszczenie w zakresie zwrotu ceny obejmuje natomiast żądanie zapłaty uiszczonej uprzednio sumy nominalnej, bez żadnych potrąceń lub odsetek ani waloryzacji. Wyjątkowo jednak potrącenie może dotyczyć wynagrodzenia za korzystanie ze zwracanego przedmiotu. Odstąpienie od umowy jest bezskuteczne w trzech przypadkach: a) utraty przedmiotu, b) wady nieistotnej, c) zastosowania wspomnianego kontruprawnienia przez dostawcę (wykonawcę). Panuje pogląd, że w razie utraty przedmiotu z przyczyn innych niż leżące po stronie dostawcy (wykonawcy) albo całkowitego jej zużycia, nabywca nie może dokonać odstąpienia od umowy, z uwagi na ciążące na nim, aż do momentu ewentualnego zwrotu przedmiotu, ryzyko jego przypadkowej utraty lub zniszczenia⁶³⁸.

Z kolei według wyraźnego brzmienia art. 560 § 4 kc nie można zastosować odstąpienia od umowy, jeżeli stwierdzona wada jest nieistotna. W takim przypadku wystarczające będzie zastosowanie obniżenia ceny. Za wady nieistotne uznaje się rozmaite drobne usterki, które nie ograniczają podstawowych funkcji (zwykłego przeznaczenia) przedmiotu⁶³⁹. Na nabywcy spoczywa zatem ryzyko, że wada okaże się nieistotna, a jego odstąpienie bezskuteczne, lecz nie przewiduje się żadnych uzgodnień między stronami w tej kwestii, choć nie ma przeszkód, aby na zasadzie dobrowolności doszło do uzgodnienia stanowisk. W praktyce zazwyczaj wykonawca nie uznaje odstąpienia od umowy za skuteczne i proponuje naprawę lub wymianę nieistotnie wadliwego przedmiotu, lecz niekoniecznie w ramach kontruprawnienia, dlatego też w tym zakresie, tak, że nie ma potrzeby wchodzenia na drogę sądową. Poza tym jeżeli spośród rzeczy wydanych nabywcy tylko niektóre są wadliwe i dają się odłączyć od rzeczy wolnych od wad bez szkody dla obu stron, uprawnienie do odstąpienia od umowy

⁶³⁶ Zastosowanie art. 494 kc nie budzi wątpliwości w orzecznictwie. Por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 7 października 1999 r. (I CKN 262/98), OSNC 2000, Nr 4, poz. 71 oraz z 29 czerwca 2004 r. (II CK 388/03), Legalis.

⁶³⁷ Więcej o tym Cz. Żuławska: Kodeks cywilny op. cit., s. 77 i n. E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 430–432 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 358–360 odwołującego się do bogatego w tej kwestii orzecznictwa.

⁶³⁸ Por. zwłaszcza Cz. Żuławska, W. Katner: System prawa prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2004, s. 132, E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 429 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 367.

⁶³⁹ Por. zwłaszcza E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 434 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 368–370 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

ogranicza się tylko do rzeczy wadliwych (art. 565 kc). Z drugiej strony zakres dopuszczalnego odstąpienia może ulec rozszerzeniu w przypadku, gdy w umowie z góry zastrzeżono, że dostawa rzeczy będzie następować częściami, a dostawca mimo żądania zamawiającego nie dostarczył zamiast rzeczy wadliwych takiej samej ilości rzeczy wolnych od wad – nabywca może od umowy odstąpić także co do części dostawy, która ma być później zrealizowana.

Uprawnienie do obniżenia ceny lub wynagrodzenia jest prawem kształtującym, przyśługującym nabywcy wadliwego przedmiotu. Narosłe dawniej wątpliwości co do jego charakteru (uprawnienie kształtujące, czy roszczenie)⁶⁴⁰, zostały ostatecznie usunięte w wyniku nowelizacji art. 560 kc w 2014 r. Jednostronne oświadczenie w sprawie obniżenia ceny powinno wyrażać wolę nabywcy wadliwego przedmiotu w sposób dostateczny. Nie wystarcza samo zgłoszenie żądania bliżej nieokreślonej obniżki ceny, lecz wyraźne wskazanie tego, o jaką kwotę cena ulega obniżeniu. W szczególności zgodnie z art. 560 § 3 kc obniżona cena powinna pozostawać w takiej proporcji do ceny wynikającej z umowy, w jakiej wartość rzeczy z wadą pozostaje do wartości rzeczy bez wady. W ten sposób nabywca jednostronnie kształtuje na nowo umowny stosunek zobowiązaniowy. Obniżenie ceny to najprostszy i najmniej uciążliwy sposób ochrony nabywcy wadliwego przedmiotu w ramach rękojmi, uzasadniający żądanie zwrotu odpowiedniej części uprzednio uiszczonej ceny. Z uwagi na konstytutywny skutek (zmiana zobowiązania) oświadczenie o obniżeniu ceny w zamówieniach publicznych wymaga formy pisemnej (art. 77 kc), choć w odniesieniu do zamówień niepodlegających reżimowi ustawowemu, wymóg formy pisemnej nie jest wiążący. W wyniku oświadczenia woli o obniżeniu ceny dochodzi do jej automatycznej redukcji (pomniejszenia nominalnego), co z kolei pociąga roszczenie następne o wyrównanie różnicy. Stąd nabywca może żądać od zbywcy wadliwego przedmiotu zapłaty kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy ceną pierwotnie uiszczoną a ceną obniżoną. Jeśli cena za przedmiot wadliwy nie została jeszcze uiszczonej może on wykonać potrącenia wierzytelności w oparciu o art. 498 kc. Aprobata ze strony dostawcy (wykonawcy) nie jest konieczna, w razie jednak zakwestionowania wysokości obniżki uprawniony musi udowodnić, w razie potrzeby, przed sądem jej zasadność. Istota obniżki ceny sprowadza się bowiem w myśl funkcji rękojmi do przywrócenia naruszonej równowagi świadczeń (ekwiwalentności) z umowy wzajemnej, a nie do rekompensaty ewentualnie poniesionego uszczerbku majątkowego⁶⁴¹. Nierzadko zatem korzysta się z pomocy ekspertów, ponieważ ustalenie, zwłaszcza stopnia obniżenia wartości przedmiotu dotkniętego wadą, nie jest kwestią łatwą.

Kontruprawnienia wykonawcy, z których może on skorzystać w odpowiedzi na złożone przez nabywcę wadliwego przedmiotu odstąpienie od umowy albo obniżenie ceny, powodują, że skutki jednostronnej czynności prawnej ulegają na krótki czas zawieszeniu *ex lege* (zablokowaniu)⁶⁴². Potem w zależności od okoliczności, stają się definitywne, pociągając zamierzone następstwa albo *ex lege* wygasają w wyniku doprowadzenia do ubezszkudnienia czynności prawnej przez drugą stronę korzystającą z kontruprawnienia. Warunki zawieszenia

⁶⁴⁰ Por. Cz. Żuławska: Kodeks cywilny... op. cit., s. 80–82, E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 426 i n. oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 366–367.

⁶⁴¹ Szczegółowo o realizacji prawa do obniżenia ceny po nowelizacji E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 436–437 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 464–465 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

⁶⁴² Por. zwłaszcza S. Buczkowski: op. cit., s. 1292, Cz. Żuławska: Kodeks... op. cit., s. 83, E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 437 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 359.

są dwa: a) niezwłoczne złożenie stosownego oświadczenia zwrotnego wobec nabywcy oraz b) niezwłoczne wykonanie wymiany albo naprawy wadliwego przedmiotu. Samo oświadczenie dostawcy (wykonawcy) gotowości zrealizowania nawet natychmiastowej wymiany bądź naprawy przedmiotu nie wystarcza, konieczna jest faktyczna realizacja wymiany (naprawy). Bezskuteczny upływ czasu właściwego, niezbędnego do zrealizowania zadeklarowanej wymiany albo naprawy wadliwego przedmiotu powoduje, że odstąpienie od umowy albo obniżka ceny stają się w pełni skuteczne⁶⁴³. Należy zgodzić się z poglądem, w świetle którego jeśli rzecz wadliwa nabyta została jako oznaczona co do tożsamości, zablokowanie uprawnień następuje poprzez usunięcie wady, chyba że nabywca przyjmie inny (podobny) przedmiot, natomiast przy rzeczach oznaczonych co do gatunku zamawiający musi liczyć się zarówno z wymianą, jak i naprawą, o ile usunięcie wady jest możliwe⁶⁴⁴. Jeżeli jednak proponowany sposób usunięcia wady nie jest właściwy, nabywca, nie wyrażając zgody, zachowuje prawo do odstąpienia od umowy bądź obniżenia ceny⁶⁴⁵. Poza tym nadmierna niedogodność wymiany, a częściej naprawy, wadliwego przedmiotu może spowodować, że zastosowane przez nabywcę odstąpienie od umowy albo obniżka ceny okaże się skuteczna. Przez „niedogodność” rozumie się nadmierne (niezwykłe) utrudnienia po stronie nabywcy⁶⁴⁶. W orzecznictwie od dawna za naprawę uznaje się tylko podjęcie takich czynności materialno-technicznych zmierzających do usunięcia wady przedmiotu, które prowadzą do pełnego przywrócenia utraconych właściwości, a zatem liczy się określony rezultat, stąd próba lub usiłowanie restytucji nie może być uważane za naprawę⁶⁴⁷. W razie wymiany elementu wchodzącego w skład przedmiotu należy zamontować element nowy, a nie regenerowany. Podobnie wymiana całego przedmiotu na wolny od wad powinna polegać na zaofiarowaniu uprawnionemu innego egzemplarza nowego, a nie używanego⁶⁴⁸, choć nie musi być taki sam jak utracony, jeśli uprawniony wyrazi na niego zgodę, a w razie zaprzestania wytwarzania określonego typu wyrobów, wydaniu podlega model najbardziej zbliżony⁶⁴⁹. Niemożliwość wymiany przedmiotu zachodzi bowiem dopiero wtedy, gdy wystąpił całkowity brak określonego rodzaju rzeczy⁶⁵⁰.

Nabywca wadliwego przedmiotu od razu, w pierwszej kolejności, może zażądać jego wymiany na wolny od wad albo usunięcia wady, a dostawca (wykonawca) powinien to żądanie spełnić, w rozsądnym czasie bez nadmiernych niedogodności dla nabywcy; wolno mu jednak odmówić zadośćuczynienia żądaniu, jeżeli doprowadzenie do zgodności z umową przedmiotu wadliwego w wybrany sposób jest niemożliwe albo w porównaniu z drugim możliwym sposobem wymagałoby nadmiernych kosztów (art. 561 kc). Odmienne niż według poprzedniego stanu prawnego, zamawiający może żądać usunięcia wady fizycznej dzieła albo obiektu budowlanego bez względu na jej zróżnicowanie na istotną albo nieistotną (art. 637 kc

⁶⁴³ Por. E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 437–438 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 359 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

⁶⁴⁴ Więcej o tym E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 439–440.

⁶⁴⁵ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 25 kwietnia 2014 r. (II CSK 415/13), OSNC 2015, Nr 9, poz. 37.

⁶⁴⁶ Więcej E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 438–439.

⁶⁴⁷ Por. wyroki Sądu Najwyższego z 6 grudnia 1988 r. (II CR 412/77), OSNC 1978, Nr 9, poz. 163 oraz z 14 sierpnia 1985 r. (II CR 232/85), z głosem M. Nesterowicza, „Nowe Prawo” 1987, Nr 1, s. 95 i n.

⁶⁴⁸ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 17 września 2003 r. (II CK 31/02), zbiór urzędowy.

⁶⁴⁹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 12 grudnia 1980 r. (II CR 275/80), OSNC 1981, Nr 9, poz. 172 oraz wyrok z 17 września 2003 r. powołany wyżej.

⁶⁵⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 7 października 1986 r. (III CRN 56/86), OSPiKA 1987, Nr 7–8, poz. 134.

został skreślony). Roszczenie może dotyczyć jednak tylko wad usuwalnych. Ustawowy katalog uprawnień z rękojmi wzbogaca się niekiedy w drodze dodatkowego zastrzeżenia umownego o tzw. refundację kosztów naprawy, rzadziej wymiany wadliwego przedmiotu dokonanej przez samego nabywcę za zgodą jego dostawcy (wykonawcy) albo nawet bez takiej zgody, zwłaszcza jeśli nie zadośćuczynił on w porę żądaniu wymiany albo naprawy. W zamówieniach publicznych sensowne wydaje się to drugie rozwiązanie. Jeśli bowiem wykonawca popadnie w zwłokę z usunięciem wady albo ze spowodowaniem wymiany wadliwego przedmiotu, zamawiający zachowując roszczenie o naprawę ewentualnej szkody, może być uprawniony z mocy dodatkowego zastrzeżenia umownego do powierzenia naprawy (wymiany) osobie trzeciej, na koszt i ryzyko wykonawcy.

Żądanie wymiany przedmiotu na wolny od wad z naturalnych względów może dotyczyć tylko rzeczy zamiennych. Uprawnienie to nie przysługuje zatem w odniesieniu do rzeczy używanych oraz nieruchomości, w tym do dzieła budowlanego. Żądanie wymiany jest roszczeniem o zwrotne przeniesienie własności rzeczy wadliwej na dostawcę (wykonawcę) w połączeniu z przeniesieniem własności takiej samej rzeczy wolnej od wad na nabywcę. W razie konieczności może być dochodzone na drodze sądowej. Zobowiązany może odmówić wymiany przedmiotu, jeśli jest niemożliwa albo pociągałaby nadmierne koszty w porównaniu z alternatywnym usunięciem wady. Przy ocenie tego, czy koszty są nadmierne uwzględnia się w szczególności proporcje między kosztami wymiany a kosztami naprawy, skalę wady (znaczna, czy drobna) oraz sposób ewentualnego jej usunięcia. Skoro realizacja wymiany powinna nastąpić w „rozsądnym czasie”, tym bardziej w takim samym czasie zobowiązany powinien zająć stanowisko w przedmiocie ewentualnej odmowy zadośćuczynienia żądaniu nabywcy. W razie zwłoki w wykonaniu obowiązku wymiany przedmiotu dopuszczalne jest zastosowanie tzw. wykonania zastępczego, przewidzianego w art. 479 kc⁶⁵¹. Nie można bowiem uznać za słuszny pogląd wykluczający to rozwiązanie jako wykraczające poza ustawowy katalog uprawnień objętych rękojmią, ponieważ wykonanie zastępcze z art. 479 kc stanowi instrument ogólnego zastosowania, a w przepisie tym brak jakiegokolwiek ograniczenia w odniesieniu do realizacji roszczenia z rękojmi. Zwłoka w realizacji wymiany uzasadnia także możliwość odstąpienia od umowy na podstawie art. 560 § 1 zd. 2 kc, którego druga strona nie może zablokować. Koszty wymiany obciążają z zasady dostawcę (wykonawcę). Obok kosztów nowego przedmiotu obejmują one także nakłady na ewentualny demontaż i transport rzeczy, choć nabywca jest obowiązany na koszt zbywcy dostarczyć przedmiot wadliwy do miejsca, w którym był uprzednio wydany (art. 561² kc). Z wymianą łączy się obowiązek dostawcy (wykonawcy) przyjęcia zwracanej rzeczy (art. 561⁴ kc). Jeżeli zbywca dopuszcza się zwłoki z odebraniem rzeczy, nabywca może ją odesłać na koszt i niebezpieczeństwo zbywcy (art. 567 kc). Okres rękojmi na nowy przedmiot, wydany w wyniku wymiany, biegnie na nowo od początku.

Usunięcie wady rzeczy polega na przywróceniu jej utraconych właściwości, przy zachowaniu pełnej sprawności, wartości użytkowej i walorów estetycznych⁶⁵². Może nastąpić poprzez naprawę lub wymianę wadliwych elementów rzeczy. Usunięciu podlega nie tylko sama wada, lecz także jej przyczyna. Usunięcie nie jest skuteczne jeśli dojdzie do powtórzenia

⁶⁵¹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 17 grudnia 2003 r. (IV CK 298/02), Biuletyn Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2004, Nr 10, s. 35. Por. też R. Trzaskowski: op. cit., s. 389.

⁶⁵² Por. wyrok Sądu Najwyższego z 7 stycznia 2009 r. (III CSK 399/08).

wady. Jeśli zobowiązany nie usunie wady w rozsądnym czasie (niezbędnym do wykonania potrzebnych czynności) albo próba usunięcia wady okaże się bezskuteczna, nabywca może odstąpić od umowy na podstawie art. 560 § 1 zd. 2 kc. W przypadku drobnych usterek nieograniczających korzystania z rzeczy może zastosować obniżenie ceny na tej samej podstawie prawnej. W razie zwłoki uprawniony może wystąpić na drogę sądową z żądaniem wykonania zobowiązania *in natura*⁶⁵³. Wykonanie zastępcze jest dopuszczalne na zasadach art. 480 kc. Zobowiązany może odmówić żądaniu usunięcia wady niemożliwej do usunięcia lub pociągającej nadmierne koszty, przez które rozumie się koszty dorównujące cenie nowego przedmiotu⁶⁵⁴. W takim razie powinien rzecz wadliwą wymienić na wolną od wad. Realizacja uprawnienia restytucyjnego powinna nastąpić bez nadmiernych niedogodności dla nabywcy, zwłaszcza w zakresie terminu i sposobu naprawy rzeczy wadliwej. Jeżeli rzecz została zamontowana, nabywca może żądać od zobowiązanego demontażu i ponownej jej instalacji, a w razie niewykonania tego obowiązku jest upoważniony do dokonania niezbędnych czynności na koszt i niebezpieczeństwo dostawcy (wykonawcy). Koszty usunięcia wady obciążają w całości zobowiązanego (art. 561³ kc). Może on jednak odmówić demontażu rzeczy. W takim razie naprawa powinna się odbyć, w miarę możliwości, w miejscu posadowienia rzeczy. Nabywca jest obowiązany dostarczyć rzecz ruchomą do naprawy na koszt zbywcy, o ile nie jest to nadmiernie utrudnione (art. 561² kc).

Refundacja kosztów usunięcia wady albo wymiany przedmiotu obciążająca dostawcę (wykonawcę) na wypadek zwłoki w zadośćuczynieniu żądaniu *in natura* w zamówieniach publicznych wzmacnia funkcję prewencyjną rękoi. Jeżeli bowiem wykonawca popadnie w zwłokę w usunięciu wady albo dokonaniu wymiany wadliwego przedmiotu, skorzystanie przez uprawnionego z odstąpienia od umowy nie zawsze jest sensowne, w obliczu potrzeby dysponowania świadczeniem *in natura*. Obniżka ceny zaś wchodzi w rachubę w zamówieniach publicznych stosunkowo rzadko, właściwie tylko w związku z drobnymi wadami nieograniczającymi korzystania z nabytego przedmiotu. Upoważnienie zamawiającego z góry w umowie do dokonania naprawy bądź wymiany wadliwego przedmiotu we własnym zakresie albo za pośrednictwem kwalifikowanego przedsiębiorcy serwisowego na koszt zobowiązanego usprawnienia i przyspiesza obsługę roszczeń, zapewniając zamawiającemu dostęp do świadczenia *in natura*. Rozwiązanie takie nie jest w niczym niezwykle. Już sama ustawa upoważnia nabywcę, na wypadek zwłoki zobowiązanego, do demontażu przedmiotu na koszt i ryzyko zobowiązanego (art. 561¹ § 1 kc), a także do odesłania rzeczy wadliwej na jego koszt i niebezpieczeństwo (art. 567 § 1 kc). Należy z góry określić w umowie przesłanki wyboru świadczenia: pomiędzy naprawą a wymianą przedmiotu w ramach wykonania zastępczego albo odesłać do art. 561 i art. 561³ kc, a także ustalić podstawy kalkulacji rozsądnych kosztów, aby nie doszło do narażenia zobowiązanego na zbyt wygórowany wydatek z tytułu zwrotu kosztów wykonania zastępczego.

Dodatkowe roszczenie odszkodowawcze na rzecz uprawnionego z rękoi przewiduje znówelizowany art. 566 kc. Warunkiem jego zastosowania jest skorzystanie przez nabywcę z rękoi. Inaczej niż na gruncie poprzedniego brzmienia tego przepisu, obecnie nie ma wątpliwości, że chodzi o roszczenie odszkodowawcze objęte jednak reżimem rękoi, a za-

⁶⁵³ Por. zwłaszcza W. Katner: op. cit., s. 140, E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 447 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 397.

⁶⁵⁴ Tak zwłaszcza S. Buczkowski: op. cit., s. 1294.

tem funkcjonujące niezależnie od winy, w ramach odpowiedzialności absolutnej⁶⁵⁵. W świetle bowiem art. 566 kc, jeżeli z powodu wady fizycznej nabywca złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy albo obniżeniu ceny, może on żądać naprawienia szkody, którą poniósł przez to, że zawarł umowę, nie wiedząc o istnieniu wady, choćby wada była następstwem okoliczności, za które zbywca nie ponosi odpowiedzialności, a w szczególności może żądać zwrotu kosztów zawarcia umowy, kosztów odebrania, przewozu, przechowywania i ubezpieczenia wadliwego przedmiotu oraz zwrotu dokonanych nakładów, w takim zakresie, w jakim nie odniósł korzyści z tych nakładów. Podstawy te stosuje się odpowiednio w razie wymiany rzeczy wadliwej albo jej naprawy. Nie uchybiają one przepisom o odszkodowaniu na zasadach ogólnych (art. 471 kc) z tytułu szkody wynikłej z wady nabytego przedmiotu. Odszkodowanie z art. 566 kc przysługuje jednak uprawnionemu tylko w granicach tzw. ujemnego interesu umownego⁶⁵⁶, czyli za szkodę jaką poniósł z tego, że wdał się w niefortunną transakcję, nie wiedząc o istnieniu lub prawdopodobieństwie wady. Odszkodowanie obejmuje w zasadzie jedynie straty (wydatki) rzeczywiste, a utracone korzyści wyjątkowo i to tylko o tyle, o ile mają związek bezpośredni z niefortunną umową. Mniejsze odszkodowanie wypadnie w przypadku obniżki ceny albo naprawy rzeczy wadliwej, skoro nabywca utrzymuje się nie tylko przy umowie, lecz także w posiadaniu jej przedmiotu.

Odszkodowanie na zasadach ogólnych przysługuje uprawnionemu za szkody nie znajdujące pokrycia w odszkodowaniu dochodzonym w granicach ujemnego interesu umownego na podstawie art. 561 kc, a także za szkody które w ogóle nie wystąpią w zbiegu z rękojmią, zwłaszcza z brakiem podstaw od jej uruchomienia. Jest uwarunkowane odrębnymi przesłankami odpowiedzialności (art. 471 i n. kc). Wyraźne osłabienie ochrony łączy się z przesłanką winy. Z drugiej strony odszkodowanie to obejmuje tzw. pozytywny interes umowny⁶⁵⁷, czyli wszystko co strona uzyskałaby, gdyby umowa była prawidłowo wykonana. Jeśli wada przedmiotu została powetowana w ramach rękojmi, uprawnionemu pozostaje jedynie dochodzenie odszkodowania za szkody następcze spowodowane wadą obejmujące straty wywołane wadą (np. pożar, zalanie lub usuwisko bądź poniesione w związku z usuwaniem wady, a także utracone korzyści (np. z powodu wyłączenia wadliwego taboru komunikacyjnego z ruchu), natomiast w przypadku, gdy uprawniony w ogóle nie zdołał skorzystać z rękojmi, może dochodzić także o odszkodowanie za nienależyte wykonanie zobowiązania przez dostawcę (wykonawcę) polegające na dopuszczeniu do wadliwości świadczenia niepieniężnego. Przedawnienie powyższych roszczeń odszkodowawczych biegnie na zasadach odrębnych.

Okres rękojmi za wady fizyczne wyznaczają w sposób zróżnicowany przepisy art. 568 kc. Dostawca (wykonawca) odpowiada z tytułu rękojmi, jeśli wada zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości, w tym dzieła budowlanego – przed upływem pięciu lat od dnia wydania przedmiotu umowy nabywcy. Roszczenie o usunięcie wady lub wymianę wadliwego przedmiotu przedawnia się z upływem roku, licząc od dnia

⁶⁵⁵ Tak zwłaszcza E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 462 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 443–444, powołujący literaturę i orzecznictwo sprzed nowelizacji kodeksu.

⁶⁵⁶ Por. Z. Radwański: Zobowiązania... op. cit., a także E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 462 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 444–445.

⁶⁵⁷ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 13 maja 1987 r. (III CZP 82/86), OSNC 1987, Nr 12, poz. 186. Więcej R. Trzaskowski: op. cit., s. 447–448 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

stwierdzenia wady. Wprawdzie prawo do odstąpienia od umowy albo do obniżenia ceny także może być wykonane tylko w ciągu roku od stwierdzenia wady, lecz jeśli nabywca zażądał wymiany przedmiotu lub usunięcia wady, bieg terminu do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy albo do obniżenia ceny rozpoczyna się dopiero z chwilą bezskutecznego upływu terminu do wymiany przedmiotu lub usunięcia wady. W razie dochodzenia przed sądem jednego z uprawnień termin do wykonania innych uprawnień ulega zawieszeniu do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Upływ dwu–bądź pięć-letniego terminu przewidzianego na stwierdzenie wady nie wyłącza późniejszego wykonania uprawnień z tytułu rękojmi, jeżeli zbywca przedmiotu podstępnie zataił jego wadę. Funkcją art. 568 kc jest ograniczenie czasowe surowej odpowiedzialności z rękojmi i uwolnienie dostawcy (wykonawcy) od ryzyka aktualizacji roszczeń. Termin rękojmi przewidziany na stwierdzenie wady został jednak w 2014 r. istotnie wydłużony, w celu dostosowania do standardów europejskich (przede wszystkim wynosił bowiem tylko jeden rok, a w odniesieniu do budynków trzy lata), a ponadto uporządkowano bieg tego terminu w zależności od realizacji poszczególnych uprawnień. Dłuższy termin rękojmi w odniesieniu do nieruchomości niezabudowanej usprawiedliwia się trudnościami w ich wykryciu (wadliwy przebieg granicy, mniejsza powierzchnia, okresowe zalewanie, pozostałości urządzeń lub odpadów ukrytych w gruncie, skażenia chemiczne itd.). W odniesieniu zaś do nieruchomości zabudowanych dochodzi jeszcze długoterminowe ryzyko występowania wad spowodowanych „ukrytymi” przyczynami nie dającymi się ustalić przy zawieraniu transakcji (niedostateczna trwałość elementów budynku, nieprawidłowe posadowienie obiektu, wady wychodzące na jaw pod wpływem trudnych warunków atmosferycznych itd.). Utrzymano prekluzyjny charakter terminów warunkujących odpowiedzialność z rękojmi – są terminami zawitymi, po upływie których wygasają uprawnienia nabywcy. Nie dotyczy to jednak roszczeń odszkodowawczych przysługujących na zasadach ogólnych, które obwarowane są tylko zwykłym terminem przedawnienia.

Zasadniczo okres odpowiedzialności z rękojmi rozpoczyna swój bieg z chwilą wydania przedmiotu umowy nabywcy, co prowadzi do przejścia faktycznego władztwa nad rzeczą oraz ryzyka jej przypadkowej utraty lub uszkodzenia, a zatem dopiero od tego momentu nabywca może realnie stwierdzić wadę. Jeżeli zamówione rzeczy są dostarczone częściami, termin do stwierdzenia wad biegnie osobno w stosunku do każdej części. W razie wyjątkowego wydania przedmiotu jeszcze przed zawarciem umowy, termin rękojmi biegnie od razu⁶⁵⁸. Ustawa nie precyzuje sposobu stwierdzenia wady. Powiązanie jednak stwierdzenia wady z początkiem biegu terminu przewidzianego w art. 568 kc dla dochodzenia uprawnień, wskazuje pośrednio, że chodzi tu o chwilę dowiedzenia się o wadzie przez uprawnionego⁶⁵⁹. Fakt ten podlega ogólnym regułom dowodowym. Termin rękojmi będzie zatem zachowany, jeśli przed jego upływem dojdzie do stwierdzenia wady, nawet w ostatnim dniu, a ponieważ samo stwierdzenie wady rozpoczyna dopiero bieg rocznego terminu do dochodzenia uprawnień, mogą one zachować swoją aktualność jeszcze nawet przez rok po upływie ustawowego terminu z art. 568 § 1 kc. Na tle na nowo ukształtowanego okresu rękojmi i terminów do dochodzenia uprawnień doniosła praktycznie jest podstawowa zasada nowelizacji z 2014 r., zgodnie z którą do umów zawartych przed dniem wejścia w życie nowych przepisów stosuje się przepisy dotychczasowe. W zamów-

⁶⁵⁸ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 22 kwietnia 2014 r. (II CSK 415/13), OSNC-ZD 2015, Nr C, poz. 37.

⁶⁵⁹ Tak słusznie E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 469 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 463 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

wieniach publicznych okres rękojmi bywa przedłużany z góry w umowie, a zatem powyższa rozpiętość czasowa jest wtedy większa.

Występujące na gruncie poprzednio obowiązującego art. 568 kc wątpliwości co do charakteru terminu rękojmi ustąpiły. Nigdy nie było podstaw do uznawania go za termin przedawnienia, którego nie wolno skracać ani przedłużać, lecz utrzymujące się niepewności musiały spotkać się z ripostą w orzecnictwie⁶⁶⁰. Jeśli zamawiający nie nosi się z zamiarem rychłej realizacji uprawnienia lub wykrył wadę w ostatniej chwili, powinien zadbać o zabezpieczenie (utrwalenie) dowodu okoliczności wykrycia wady, w celu uniknięcia późniejszych trudności dowodowych. Jeśli wada nie została w porę wykryta odpowiedzialność z rękojmi wygasa. Prekluzyjny termin rękojmi upływa bowiem bez względu na przyczynę niestwierdzenia wady, z braku staranności po stronie zamawiającego, czy też z tego powodu, że jej wykrycie nie było praktycznie możliwe. Brak tu jakichkolwiek podstaw, tak jak przy przedawnieniu, do zawieszenia biegu terminu, nawet z powodu siły wyższej. Jest jednak jeden wyjątek, przewidziany w art. 568 § 1 kc, a mianowicie podstępne zatajenie wady przez zbywcę przedmiotu. Oznacza to, że podstępne zatajenie wyłącza w ogóle ograniczenie rękojmi w czasie (terminem), trwa praktycznie aż do całkowitego zużycia przedmiotu, a w przypadku wady nieruchomości aż do naturalnego wyczerpania się zainteresowania dochodzeniem odpowiedzialności. Jedyne ograniczenia w tym zakresie mają charakter dowodowy. Termin rękojmi jest jednak wyłączony tylko względem pojedynczej wady (ewentualnie kilku) zatajonej na dodatek podstępnie. Działanie podstępne polega na celowym wprowadzeniu nabywcy w błąd (np. przy zbyciu używanego samochodu rzekomo wolnego od następstw powypadkowych, dzieła sztuki będącego falsyfikatem, gruntu dotkniętego tzw. wadą ukrytą itd.). Według rygorystycznego kierunku orzecnictwa przez „zatajenie podstępne” rozumie się każde celowe ukrycie lub „zamaskowanie” wady przed kontrahentem, a nie tylko udzieleniu mu oszukańczego zapewnienia o braku wady lub ogólnie o dobrym stanie (jakości) zbywanego przedmiotu⁶⁶¹. Roczny termin na dokonanie odstąpienia od umowy albo obniżenia ceny, liczony od stwierdzenia wady jest terminem zawitym, po upływie którego prawo kształtujące wygasa, natomiast roczny termin do wystąpienia z roszczeniem o usunięcie wady, wymianę wadliwego przedmiotu, a także z roszczeniem uzupełniającym o naprawienie szkody w granicach ujemnego interesu umownego jest terminem zwykłego przedawnienia.

Rola tzw. terminu przydatności rzeczy ruchomej do użycia, zadeklarowanego przez jej zbywcę, polega na modyfikacji okresu rękojmi. Stosownie do art. 568¹ kc, gdy określony przez zbywcę lub producenta termin przydatności rzeczy do użycia kończy się po upływie dwóch lat od jej wydania, zbywca odpowiada z tytułu rękojmi za wady fizyczne stwierdzone przed upływem tego terminu. Jeżeli natomiast termin przydatności rzeczy do użytku został ustalony jako krótszy względem ustawowego terminu rękojmi, okoliczność ta może być podstawą do skrócenia okresu rękojmi⁶⁶², jeśli spełnione są przesłanki umownej modyfikacji reżimu odpowiedzialności z art. 558 kc. Pogląd o całkowitej bezskuteczności zastrzeżenia krótszego terminu nie ma dostatecznego oparcia w realiach praktycznych⁶⁶³, podobnie jak i zapatrywanie

⁶⁶⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 sierpnia 2005 r. (II CK 28/05), OSNC 2006, Nr 6, poz. 107 z glosą R. Szostaka, PiP 2006, Nr 6, s. 115 i n.

⁶⁶¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2002 r. (V CKN 1070/00), OSNC 2003, Nr 6, poz. 68, z 5 stycznia 2005 r. (II CSK 370/04), OSNC 2005, Nr 12, poz. 215.

⁶⁶² Podobnie R. Trzaskowski: op. cit., s. 473–474.

⁶⁶³ Odmienne jednak E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 473.

o dopuszczalności jednostronnej modyfikacji okresu rękojmi albo o stworzenie odrębnego reżimu odpowiedzialności⁶⁶⁴. W odniesieniu bowiem do produktów konsumpcyjnych termin przydatności do spożycia ma już swoje ugruntowane znaczenie w zakresie ograniczenia rękojmi, natomiast okres tzw. trwałości wyrobów przemysłowych (mierzony np. przebiegiem samochodu, okresem eksploatacji czy nawet liczbą godzin pracy żarówki) od dawna postrzegany jest w kategoriach alternatywnego sposobu ustalenia okresu rękojmi.

Uwarunkowanie odpowiedzialności z rękojmi za wady prawne przedstawia się analogicznie jak przy rękojmi za wady fizyczne. W szczególności dopuszcza się modyfikację reżimu rękojmi, a odpowiedzialność zbywcy zostaje wyłączona względem wad, o których nabywca wiedział w chwili zawarcia umowy. Podobnie są ujęte uprawnienia przysługujące nabywcy z mocy art. 560–561 kc. Jeżeli jednak osoba trzecia dochodzi roszczeń prawno-rzeczowych przeciwko nabywcy, obowiązany jest on niezwłocznie zawiadomić o tym zbywcę i wezwać go do wzięcia udziału w sprawie, w przeciwnym wypadku, gdy osoba trzecia uzyskała orzeczenie dla siebie korzystne, zbywca zostaje zwolniony od odpowiedzialności za wadę prawną o tyle, o ile jego udział w postępowaniu był potrzebny do wykazania bezzasadności roszczeń osoby trzeciej (art. 573 kc). Prostym odpowiednikiem art. 566 kc o uzupełniającej odpowiedzialności odszkodowawczej w granicach ujemnego interesu umownego jest art. 574 kc. Jeżeli z powodu wady prawnej nabywca został zmuszony do wydania rzeczy osobie trzeciej, ewentualne umowne wyłączenie odpowiedzialności nie zwalnia nabywcy od zwrotu ceny (art. 575 kc). Zasadnicza różnica sprowadza się jednak do tego, że okres rękojmi nie został w żaden sposób ograniczony w czasie, co wynika pośrednio z art. 576 kc, a to oznacza, że wady prawne mogą być stwierdzone praktycznie bez ograniczeń czasowych, a jedynym czynnikiem stabilizującym sytuację będzie wygaśnięcie uprawnień osób trzecich. Roszczenia o wymianę rzeczy lub usunięcie wadliwości (np. przez zaspokojenie pretensji osoby trzeciej) przedawniają się po roku od stwierdzenia wady, po upływie takiego samego terminu wygasa uprawnienie do odstąpienia od umowy albo do obniżenia ceny, ponieważ aktualne są przepisy art. 568 § 2 kc. Jednak bieg rocznego terminu rozpoczyna się od dnia, w którym nabywca dowiedział się o wadzie (nie od jej „stwierdzenia”), a gdy dowiedział się o niej dopiero wskutek wytoczenia powództwa przez osobę trzecią – od dnia uprawomocnienia się orzeczenia sądowego.

5. Gwarancja dodatkowa

Charakter odpowiedzialności z tytułu gwarancji wynikającej z akcesoryjnego zobowiązania, zaciąganego dobrowolnie, różni się względem ustawowej rękojmi. Gwarancja, znana od dawna, trafiła do kodeksu polskiego w 1964 r., pod nazwą „gwarancji jakości”, którą ostatnio zamieniono niezbyt fortunnie na „gwarancję przy sprzedaży” (art. 577–581 kc), choć przepisy gwarancji przy sprzedaży stosuje się w wyniku wyraźnego odesłania także do umów: zamiany, dostawy i kontraktacji, a ponadto odpowiednio przy umowie o dzieło i o roboty budowlane. Gwarancja w ujęciu art. 577 kc pojawiła się w XIX wieku jako uzupełnienie rękojmi, stanowiąc podstawę do samodzielnej formy odpowiedzialności za wady albo jedy-

⁶⁶⁴ Więcej o tych koncepcjach R. Trzaskowski: op. cit., s. 473–474.

nie jako swoisty sposób modyfikacji reżimu odpowiedzialności z rękojmi⁶⁶⁵. Wprawdzie w kodeksie unormowana została jako gwarancja samodzielna, lecz nie ma przeszkód, aby pod nazwą gwarancji strony umowy w obrocie powszechnym zmierzały jedynie do swoistego ukształtowania rękojmi. Konstrukcja samodzielnego przyrzeczenia gwarancyjnego umożliwia nawiązanie stosunku gwarancyjnego pomiędzy odległymi ogniwami obrotu: producentem (importerem) a ostatecznym nabywcą przedmiotu do użytku, ponieważ inaczej niż przy rękojmi zapewnienie gwarancyjne nie musi być adresowane wyłącznie do bezpośredniego nabywcy przedmiotu. Stąd funkcjonuje gwarancja handlowa, udzielana przez bezpośredniego dostawcę (wykonawcę) oraz gwarancja producenta (importera)⁶⁶⁶. Na ogół gwarancji udziela się na cały przedmiot, lecz nie wyklucza się możliwości jej udzielenia wyłącznie na określony element (podzespół) przedmiotu, zwłaszcza na wybrane urządzenia montowane w budowanym (remontowanym) obiekcie. Tradycyjnie jednak gwarancji udziela się na rzeczy, które funkcjonują, o podwyższonym ryzyku tzw. wadliwości ukrytej, natomiast w pozostałym zakresie powinna wystarczyć w zasadzie standardowa rękojmia. Dlatego w odniesieniu do robót budowlanych udzielenie gwarancji ma jeszcze jakiś sens praktyczny co do okien, drzwi i innych podobnych elementów „funkcjonujących”, a także co do rozmaitych mechanizmów, a nie co do fundamentów, stropów, ścian i dachu⁶⁶⁷. W procesach dotyczących usuwania wad budowlanych ujawniają się – niestety – często nieporozumienia co do rzeczywistych intencji wykonawcy. W ramach szerszej formuły gwarancji z art. 577 kc nie można zupełnie wykluczyć takiej gwarancji handlowej, która dotyczyłaby drogi, ogrodzenia czy innej budowli. Akcesoryjność gwarancji handlowej towarzyszącej sprzedaży, dostawie, umowie o dzieło, czy innej transakcji z bezpośrednim udziałem ostatecznego nabywcy przedmiotu jest oczywista, natomiast w przypadku gwarancji producenta akcesoryjność wyraża się w tym, że w razie unieważnienia bądź rozwiązania umowy z nabywcą przedmiotu do użytku – upada także zobowiązanie gwarancyjne producenta⁶⁶⁸. Samodzielna gwarancja jakości jest postrzegana obecnie jako jeden z rodzajów „gwarancji przy sprzedaży”. Podstawowe znaczenie ma fakultatywny i akcesoryjny charakter zobowiązania gwarancyjnego dotyczącego w zasadzie tylko wad fizycznych, odrębność konstrukcyjna względem rękojmi (najczęściej pozostają w zbiegu, o wyborze podstawy odpowiedzialności decyduje nabywca) oraz możliwość wykorzystania gwarancji w promocji produktu przez producenta (importera choć udzielana jest ostatecznie nabywcy wyrobu do użytku. Jej atrakcyjność ciągle rośnie mimo sukcesywnego usprawniania tradycyjnej rękojmi. Mając jednak na względzie stosunek odpowiedzialności z gwarancji względem odpowiedzialności z rękojmi nazwa przyjęta w większości państw zachodnioeuropejskich jako „gwarancja dodatkowa” albo „gwarancja kontraktowa” nieco lepiej odzwierciedla – jak się zdaje – istotę tej formy odpowiedzialności.

Kluczowe znaczenie dla bytu gwarancji ma unormowanie z art. 577 kc, według którego udzielenie gwarancji następuje przez złożenie oświadczenia gwarancyjnego, które określa obowiązki gwaranta i uprawnienia nabywcy, na wypadek gdy przedmiot transakcji nie będzie

⁶⁶⁵ Więcej o tym Cz. Żuławska „Gwarancja przy sprzedaży”, Warszawa 1975, s. 214 i n.

⁶⁶⁶ Por. szczegółowo W. Katner: System... op. cit., s. 141 i n.

⁶⁶⁷ Por. Cz. Żuławska: Gwarancja... op. cit., s. 23 oraz J. Kufel: Zakres gwarancji obowiązkowej przy sprzedaży, „Nowe Prawo” 1985, Nr 11–12, s. 75 i n.

⁶⁶⁸ Por. zwłaszcza S. Buczkowski: op. cit., s. .. oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 516 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

miął właściwości określonych w tym oświadczeniu. Oświadczenie gwarancyjne może być złożone w jakikolwiek sposób, także w reklamie⁶⁶⁹. W tym ostatnim przypadku nabywca może domagać się potwierdzenia przyrzeczenia na piśmie. Obowiązki gwaranta polegają w szczególności na zwrocie zapłaconej ceny, wymianie rzeczy bądź jej naprawie oraz zapewnieniu innych usług (okresowych przeglądów lub dalszych usług serwisowych). W ramach gwarancji producenta przyrzeczenie zwrotu ceny na wypadek wady przedmiotu z naturalnych względów odpada, skoro może być sensownie wykonane jedynie wobec bezpośredniego kontrahenta⁶⁷⁰. Jeśli jednak doszło do takiego zapewnienia o charakterze rekompensacyjnym należy je rozpatrywać w kategoriach odszkodowania lub sumy gwarancyjnej. Podobnie udzielenie odpłatnej gwarancji jakości także traktować trzeba w kategoriach swoistej czynności prawnej, spoza konstrukcji unormowanej w art. 577 kc⁶⁷¹. Jeżeli została udzielona gwarancja co do jakości rzeczy, według kodeksu poczytuje się w razie wątpliwości, że gwarant jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej lub dostarczenia rzeczy wolnej od wad, gdy wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w oświadczeniu gwarancyjnym. O ile nie zastrzeżono innego terminu gwarancji – wynosi on dwa lata, licząc od dnia, kiedy rzecz została nabywcy wydana.

Konstrukcja prawna źródła zobowiązania gwarancyjnego jest sporna. Według jednego poglądu wynika ono z jednostronnej czynności prawnej gwaranta (wyrażonej w karcie gwarancyjnej lub w inny sposób)⁶⁷², natomiast w świetle drugiego – złożenie przyrzeczenia gwarancyjnego stanowi jedynie ofertę gwaranta w zakresie udzielenia gwarancji, przyjmowaną następnie w trybie adhezyjnym przez ostatecznego nabywcę przedmiotu, do którego jest adresowana, a w rezultacie tego dochodzi do zawarcia umowy gwarancyjnej⁶⁷³. Druga z tych koncepcji wydaje się bliższa idei, że zobowiązania powstają z umów, a z jednostronnych czynności jedynie wyjątkowo i tylko wtedy, gdy wynika to wprost z ustawy, a poza tym obdarzenie drugiego świadczeniem, bez jakiegokolwiek uwzględnienia jego woli (oświadczenia woli) też odbiega od tradycyjnych zasad prawa cywilnego. Nie bez znaczenia jest ponadto pewność co do chwili zaistnienia samej gwarancji, akceptowanej choćby w sposób dorozumiany przez jej adresata, w zgodzie z założeniem, że zobowiązanie gwarancyjne aktualizuje się dopiero w chwili skierowania przedmiotu do użytku. Tak pojęte źródło zobowiązania

⁶⁶⁹ Określone w sposób instrukcyjny wymogi względem oświadczenia gwarancyjnego wynikają z art. 577¹ kc, zgodnie z którym gwarant formułuje oświadczenie gwarancyjne w sposób jasny i zrozumiały, a gdy rodzaj informacji na to pozwala – w powszechnie zrozumiałej formie graficznej. Jeżeli rzecz jest wprowadzana do obrotu w Rzeczypospolitej Polskiej, oświadczenie gwarancyjne sporządza się z języku polskim. Wymagania używania języka polskiego nie stosuje się do nazw własnych, znaków towarowych, nazw handlowych, oznaczeń pochodzenia towarów oraz zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej. Oświadczenie gwarancyjne zawiera podstawowe informacje potrzebne do wykonywania uprawnień z gwarancji, w szczególności nazwę i adres gwaranta lub jego przedstawiciela, czas trwania i terytorialny zasięg ochrony gwarancyjnej, uprawnienia przysługujące w razie stwierdzenia wady, a także stwierdzenie, że gwarancja nie wyłącza, nie ogranicza, ani nie zawiesza uprawnień kupującego wynikających z przepisów o rękojmi za wady rzeczy sprzedanej. Uchybienie powyższym wymaganiom nie wpływa na ważność oświadczenia gwarancyjnego i nie pozbawia wynikających z niego uprawnień.

⁶⁷⁰ Podobnie R. Trzaskowski: op. cit., s....

⁶⁷¹ Tak słusznie R. Trzaskowski: op. cit., s. 515.

⁶⁷² Por. zwłaszcza J. Pisuliński [w:] System prawa prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, red. J. Rajski, Warszawa 2011, s. 239–240; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska: Zobowiązania – część szczegółowa, Warszawa 2013, s. 79, E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 485 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 512–513.

⁶⁷³ Por. S. Buczkowski: op. cit., s. 1310, Cz. Żuławska: op. cit., s. 40 i n., J. Skąpski: op. cit., s. 154, A. Brzozowski: Kodeks... op. cit., s. 311 oraz J. Jezioro [w:] Kodeks cywilny, Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 1177.

wiązania umożliwia czytelne nawiązanie stosunku gwarancyjnego w różnych sytuacjach, przede wszystkim w wieloogniskowym obrocie towarowym, gdzie kolejni odsprzedawcy mogą jedynie przenosić oświadczenie gwarancyjne producenta (importera), nie korzystając z niego, choć wystawienie dokumentu gwarancyjnego nie jest obecnie konieczne⁶⁷⁴. Ostateczny sprzedawca wręczający ewentualnie kartę gwarancyjną lub inny znak legitymacyjny nabywcy przedmiotu działa w charakterze pełnomocnika zapewniającego identyfikację osoby nabywcy i daty wydania przedmiotu albo pełni tylko funkcję pośłańca⁶⁷⁵. Udzielenie gwarancji można udowodnić w jakikolwiek inny sposób. Działający na zasadzie dobrowolności nabywca przedmiotu do użytku może zapewnienie gwarancyjne przyjąć, zbyć milczeniem albo odrzucić. Zaniechanie przez dostawcę przekazania dokumentu gwarancyjnego nabywcy (pomimo, że dokument taki nie przesądza już obecnie o istnieniu gwarancji) nadal w praktyce poczytuje się za wydanie przedmiotu w stanie niezupełnym, objęte odpowiedzialnością z rękojmi. Uprawnienia gwarancyjne mogą zostać przeniesione na drodze cesji na dalszego nabywcę rzeczy (używanej) w wyniku jej odprzedaży, nawet w sposób dorozumiany, poprzez samo wręczenie dokumentu gwarancyjnego, oczywiście w takim zakresie i stanie, w jakim przysługiwały odprzedawcy.

Brak więzi gwarancyjnej pomiędzy sprzedawcą a ostatecznym nabywcą przedmiotu wyklucza żądanie zabezpieczenia ściągłości roszczeń gwarancyjnych w zamówieniach publicznych (art. 147 Pzp) w przypadku dominującej w obrocie gwarancji producenta. Dlatego w 2010 r. w ogóle wykreślono z ustawy taką możliwość. To samo dotyczy dopuszczalności objęcia deklarowanego okresu gwarancyjnego lub innych warunków gwarancji pozacenowym kryteriom oceny ofert przetargowych (por. zmieniony art. 91 ust. 1 Pzp). Kryterium takie może odnosić się co najwyżej do okresu rękojmi lub wynikającego z niej serwisu naprawczego. Nie ma jednak przeszkód do wprowadzenia do umowy o zamówienie publiczne dodatkowego zastrzeżenia o przeniesieniu przez wykonawcę na zamawiającego uprawnień z gwarancji producenta albo nawet zobowiązania do udzielenia przez niego gwarancji dodatkowej (handlowej). Ta ostatnia może być bowiem sensownie udzielona dopiero w związku z wydaniem przedmiotu zamówienia nabywcy. Dla zwiększenia bezpieczeństwa transakcji wzbogaconej o klauzulę właściwą dla umowy przedwstępnej (art. 389 kc) do umowy podstawowej dołącza się projektowaną kartę gwarancyjną, której wystawienie egzekwuje się potem w związku z wydaniem przedmiotu po zrealizowaniu zamówienia. Także bieg terminu gwarancji rozpoczyna się z chwilą wydania przedmiotu nabywcy, a nie zawarcia umowy. Jak łatwo zauważyć w odniesieniu do większości zamówień publicznych okres gwarancyjny oraz okres rękojmi rozpoczynają się jednakowo, dochodzi zazwyczaj do zbiegu obu rodzajów odpowiedzialności, a wybór podstawy odpowiedzialności przysługuje zamawiającemu.

⁶⁷⁴ Zgodnie z art. 5772 kc uprawniony w każdym czasie może żądać od gwaranta wydania oświadczenia gwarancyjnego w formie dokumentu gwarancyjnego utrwalonego na papierze lub innym nośniku.

⁶⁷⁵ Por. S. Herman: Odpowiedzialność producenta, „Palestra” 1971, Nr 3, s. 32, Cz. Żuławska: Gwarancja .. op. cit., s. 40 i n oraz J. Skąpski: op. cit., s. 154.

Według art. 5773 kc sprzedawca wydaje kupującemu wraz z Reczą sprzedaną dokument gwarancyjny, a także sprawdza zgodność znajdujących się na przedmiocie oznaczeń z danymi zawartymi w dokumencie gwarancyjnym oraz stan plomb i innych umieszczonych na przedmiocie zabezpieczeń. Są to ustawowo wymagane akty staranności sprzedawcy.

W praktyce, z powodu rozmaitych ograniczeń faktycznych gwarant rzadko zapewnia osobiste wykonanie serwisu gwarancyjnego. Zazwyczaj na mocy odrębnej umowy powierza pełnienie serwisu na obszarze kraju (Europy) wyspecjalizowanym przedsiębiorstwom serwisowym w jego zastępstwie, zwłaszcza przeglądy i naprawy gwarancyjne, a niekiedy i nawet wymiany wadliwych przedmiotów na wolne od wad⁶⁷⁶. Jeżeli powierzony osobie trzeciej serwis gwarancyjny nie funkcjonuje prawidłowo, uprawniony może dochodzić roszczeń gwarancyjnych bezpośrednio względem gwaranta albo zmienić podstawę ochrony, wykonując uprawnienia z rękojmi wobec swojego kontrahenta z umowy podstawowej.

Funkcje gwarancji są co najmniej trojakie: obok tradycyjnych dla odpowiedzialności majątkowej (podobnie jak przy rękojmi) funkcji ochronnej (rekompensacyjnej) oraz prewencyjno-stymulacyjnej pełni także doniosłą funkcję promocyjną, zwłaszcza gwarancja jakości udzielona przez producenta, która łączy się z zapewnieniem dobrej jakości produktu połączonym z gotowością usunięcia wad lub wymianą produktu w ramach szybkiego i profesjonalnego serwisu. Wpływająca na wzrost zainteresowania produktem funkcja promocyjna gwarancji oddziałuje nie tylko na potencjalnych użytkowników produktu, lecz także na hurtowników i innych handlowców, którzy zaopatrują się u producentów (importerów) oferujących atrakcyjne produkty i lepsze warunki transakcji, wzbogacone o zapewnienie gwarancyjne, z nadzieją na szybszy i większy obrót. Nie bez znaczenia jest także i to, że ewentualne żądania związane z wadliwością wyrobów załatwione są w ramach sprawnego serwisu gwarancyjnego, tak, że tracą na aktualności uprawnienia z rękojmi skierowane przeciwko pośrednikom przez ostatecznych nabywców towarów. Ponadto wykonawcy usług materialnych albo robót budowlanych również liczą na to samo, że przekazując zamawiającym dokumenty gwarancyjne dotyczące rzeczy (elementów) montowanych w przedmiocie zamówienia, zainteresują ich dostatecznie gwarancją skierowaną przeciwko producentowi, a nie rękojmią zorientowaną na wykonawcę całego przedmiotu. W rezultacie, w przypadku robót budowlanych uprawniony dysponuje zazwyczaj dwuletnią gwarancją na wybrane elementy (urządzenia) oraz pięcioletnią rękojmią na całość robót (obiekt). Oceniając ogólnie, według uprawnień wchodzące w grę formy odpowiedzialności: rękojmia niewątpliwie jest surowsza, przede wszystkim z uwagi na uprawnienie do odstąpienia od umowy oraz brak limitu napraw wadliwego przedmiotu, co jest jednak nadal charakterystyczne dla gwarancji jakości. Z drugiej strony szybki i profesjonalny serwis naprawczy może mieć przewagę nad wymianą przedmiotu, czy nawet rozwiązaniem umowy w oparciu o rękojmię (zwrot ceny), zwłaszcza w razie nieistotnej, czy też szybko usuwalnej wady dotyczącej samochodu, urządzenia budowlanego, aparatury komputerowej, czy trwałego wyposażenia obiektów budowlanych w pierwszym okresie eksploatacji. W praktyce doniosłe są ponadto nieodpłatne przeglądy gwarancyjne, zorientowane przede wszystkim na rzetelne ujawnienie wad oraz ochronę konserwacyjną przed uszkodzeniami. Standardowy dwuletni termin gwarancji może być *in casu* wydłużony, co podnosi nieco rangę gwarancji względem rękojmi. Celem gwarancji jest zapewnienie niezakłóconego korzystania z przedmiotu, z zachowaniem właściwości deklarowanych w gwarancji. W razie utraty tych właściwości lub innych zakłóceń gwarant obowiązany jest do naprawy lub do dokonania innych usług przywracających utracone właściwości. Nie

⁶⁷⁶ Więcej o tej umowie R. Szostak: Umowy o przejęcie obowiązku wykonywania świadczeń gwarancyjnych na tle konsumenckiego prawa europejskiego, Warszawa 1994, s. 577¹ i n.

muszą być związane z wadą przedmiotu w ujęciu obiektywnym, choć najczęściej interwencja gwaranta staje się wymagalna właśnie z powodu wadliwości. Jedynie w odniesieniu do gwarancji jakości można wskazywać na wadę fizyczną jako przesłankę odpowiedzialności gwaranta.

Przesłanką odpowiedzialności gwaranta jest brak właściwości, zwłaszcza jakościowych (wada) ujawniony w okresie gwarancyjnym⁶⁷⁷. Podobnie jak przy rękojmi, wina i wiedza o wadzie po stronie gwaranta nie mają znaczenia. Liczy się każda wada powstała z przyczyny tkwiącej w wydanym nabywcy przedmiocie (odpowiedzialność absolutna). Nawet zbędna jest jakakolwiek reklamacja czy choćby samo stwierdzenie wady przez nabywcę, ponieważ gwarant musi spełnić przyręczone świadczenie gwarancyjne bez powiadamiania, gdy skądkolwiek dowie się o wadliwości przedmiotu objętego gwarancją. Często wady ujawniają się w trakcie przeglądów gwarancyjnych, powinny być więc usuwane na bieżąco, nawet bez powiadamiania nabywcy przedmiotu. To samo dotyczy tzw. wad seryjnych, o istnieniu których gwarant może mieć świadomość bez oględzin przedmiotu wprowadzonych do obrotu. Powinien wezwać uprawnionego z gwarancji do współdziałania w kierunku ich usunięcia. Dopiero przy realizacji wymiany gwarancyjnej przedmiotu konieczne jest większe zaangażowanie uprawnionego, choćby ze względu na potrzebę zwrotnego przeniesienia własności przedmiotu. Z drugiej strony bez zawiadomienia o wadzie, gwarant lub działający w jego zastępstwie przedsiębiorca serwisowy w ogóle może się o niej nie dowiedzieć. Dlatego fakultatywne zawiadomienia praktykuje się ze względów faktycznych, a nie prawnych. Tak czy owak, samo ujawnienie wady fizycznej w okresie gwarancji stanowi warunek realizacji uprawnień gwarancyjnych. Dlatego fakultatywne zawiadomienie nie musi mieć szczególnej formy, wystarczy poinformowanie o niewłaściwym funkcjonowaniu przedmiotu, nawet bez bliższego wskazania wady oraz konkretyzacji żądania. Nie stanowi bowiem czynności zmierzającej do wywołania jakichkolwiek skutków prawnych. Trzeba zgodzić się z utrzymującym się od dawna poglądem, że zawiadomienie o wadzie można złożyć gwarantowi (serwisantowi) nawet już po upływie okresu gwarancyjnego, jeśli żądanie spełnienia świadczenia gwarancyjnego poprze się dowodem jej wcześniejszego ujawnienia⁶⁷⁸. Dopuszcza się jednak możliwość zastrzeżenia w treści gwarancji wymogu reklamacyjnego, poprzedzającego wytoczenie powództwa sądowego. Wprawdzie wady fizyczne objęte odpowiedzialnością z tytułu gwarancji jakości (por art. 577 § 3 kc) wykraczają nieco poza pojęcie wad jakościowych, lecz nie ma podstaw do ograniczenia odpowiedzialności, a zatem jeśli bezpośrednio w treści gwarancji inaczej nie postanowiono, gwarant odpowiada za wszelkie wady fizyczne. Wobec braku odrębnej definicji wady fizycznej na potrzeby gwarancji, korzysta się bowiem w tym zakresie z art. 556¹ kc, dotyczącego rękojmi, z tym że „niezgodność z umową” odnosić trzeba do umowy zawierającej oświadczenie gwaranta, a nie do umowy zbycia przedmiotu. W razie ubogiej treści zapewnienia gwarancyjnego niezbędna będzie obiektywi-

⁶⁷⁷ Więcej o tym Cz. Żuławska: Gwarancja... op., cit., s. 53 i n., E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s... oraz R. Trzaskowski: op. cit., s... wraz z powołanym tam orzecznictwem.

⁶⁷⁸ Por. zwłaszcza Cz. Żuławska „Gwarancja”... op. cit., s. 54, J. Skąpski: op. cit., s. 155, E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 502 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 530 oraz wyroki Sądu Najwyższego z 23 listopada 1970 r. (I CR 65/70), OSNC 1971, Nr 6, poz. 113.

zacja pojęcia wady fizycznej. Zgodnie z art. 578 kc, w braku odmiennego zastrzeżenia, gwarancją objęte są tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w zbytych przedmiocie⁶⁷⁹.

Uprawnienia gwarancyjne, zgodnie z powszechnym zapatrywaniem, przybierają formę roszczeń, a odpowiadające im obowiązki gwaranta (przeglądy, naprawy lub inne usługi, a także wymiana przedmiotu) są świadczeniem dłużnym⁶⁸⁰. O ich zakresie przesądza treść oświadczenia gwarancyjnego. Dopiero w razie wątpliwości poczytuje się, że gwarant zobowiązany jest do usunięcia wady lub dostarczenia rzeczy wolnej od wad (art. 577 § 3 kc). Jest to rozwiązanie bardzo doniosłe praktycznie, ponieważ wątpliwości zdarzają się zbyt często, niekiedy w ogóle brak jakiegokolwiek wskazania na zakres odpowiedzialności gwaranta. Jeśli gwarant zobowiązał się wyłącznie do świadczenia napraw gwarancyjnych, żądanie wymiany gwarancyjnej może być zasadne właściwie tylko w przypadku wad nieusuwalnych⁶⁸¹. Wobec braku odmiennego unormowania znaczenie prawne podstawowych uprawnień w postaci usunięcia wady lub wymiany przedmiotu jest analogiczne, jak w ramach rękojmi. Ujawniona w okresie gwarancyjnym wada fizyczna przesądza w zasadzie o wymagalności roszczenia. Wyjątek dotyczy przeglądów gwarancyjnych lub innych usług konserwacyjnych (instalacyjnych). Niektóre z nich od razu są zindywidualizowane, nasuwają się automatycznie, inne mogą wystąpić alternatywnie. Zdarzają się też obowiązki dodatkowe, kumulujące się z innymi, jak np. dostarczenie uprawnionemu przedmiotu zastępczego na okres realizacji naprawy gwarancyjnej albo występujące fakultatywnie, jak np. zainstalowanie (uruchomienie) nabytego urządzenia. W przypadku koniecznego uprzedniego wyboru pomiędzy świadczeniami (naprawą a wymianą przedmiotu), w zależności od warunków gwarancji zachodzi: zobowiązanie przemienne (art. 356 kc), którego wykonanie następuje przez spełnienie jednego ze świadczeń, swobodnie wybranego przez dłużnika albo tzw. upoważnienie alternatywne, zgodnie z którym gwarant (serwisant) powinien ujawnioną wadę usunąć, a w razie niemożliwości lub innej przyczyny może uwolnić się od tego obowiązku przez zapewnienie uprawnionemu przedmiotu wolnego od wad⁶⁸². Wybór raz dokonany nie może być zmieniony bez zgody drugiej strony. Z mocy przyrzeczenia gwarancyjnego prawo wyboru świadczenia może jednak przypadać uprawnionemu, w oparciu o swoistą konstrukcję prawną, zwłaszcza po wyczerpaniu ustalonego z góry limitu napraw. Dopuszczenie do wykonania zastępczego świadczenia gwarancyjnego może wynikać z upoważnienia sądowego (art. 479–480 kc) albo z upoważnienia zawartego wprost w przyrzeczeniu gwarancyjnym, w szczególności jeśli przewiduje się refundację uprawnionemu (kosztów naprawy gwarancyjnej). Nie ma też przeszkód, aby zamiast tradycyjnego świadczenia w postaci naprawy gwarancyjnej dopuścić w treści

⁶⁷⁹ Pojęcie „wady z przyczyny tkwiącej w przedmiocie” przedstawia się analogicznie jak przy uwarunkowaniu rękojmi. Por. wyrok Sądu Najwyższego z 25 maja 1999 r. (III CKN 253/98), Legalis. Por. też Cz. Żuławska: Gwarancja... op. cit., s. 106, E. Łętowska: Prawo umów... op. cit., s. 428 oraz E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 512.

⁶⁸⁰ Por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 8 lutego 2002 r. (II CKN 125/00), Biuletyn Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2002, Nr 11, s. 40 oraz z 16 kwietnia 2004 r. (I CK 599/03), OSNC 2005, Nr 5, poz. 77.

⁶⁸¹ Por. zwłaszcza E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 494 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 534 i n wraz z powołanym tam orzecnictwem.

⁶⁸² Więcej Cz. Żuławska: Gwarancja... op. cit., s. 532–533. R. Trzaskowski: op. cit., s. 532–533. Por. też uchwałę Sądu Najwyższego z 3 grudnia 1988 r. (III CZP 48/88), powołaną w przypisie... oraz wyrok Sądu Najwyższego z 12 stycznia 1989 r. (IV CR 379/88), „Informacja Prawnicza”: 1989, Nr 7–9, poz. 53.

gwarancji zwrot kosztów takiej naprawy uprawnionemu⁶⁸³. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków gwarancyjnych uzasadnia odszkodowawczą odpowiedzialność gwaranta na zasadach ogólnych (art. 471 kc). Za uchybienia przedsiębiorcy serwisowego gwarant odpowiada z uwzględnieniem art. 474 kc. Wymagalne roszczenia gwarancyjne podlegają ogólnym regułom przedawnienia (art. 117 i n. kc), ponieważ nie przewidziano specjalnego rozwiązania normatywnego.

Zbieg odpowiedzialności z rękojmi oraz z gwarancji pozwala rozwiązać norma z art. 579 kc. W świetle tego unormowania nabywca przedmiotu może wykonywać uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji. Wykonanie uprawnień z gwarancji nie wpływa na odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi. Jednakże w razie wykonywania uprawnień z gwarancji bieg terminu do wykonania uprawnienia z tytułu rękojmi ulega zawieszeniu z dniem zawiadomienia sprzedawcy o wadzie. Termin ten biegnie dalej od dnia odmowy przez gwaranta wykonania obowiązków wynikających z gwarancji albo bezskutecznego upływu czasu na ich wykonanie. W wyniku nowelizacji powyższego rozwiązania usprawniono nie tylko wybór podstaw odpowiedzialności, lecz wzmocniono także ochronę nabywcy wadliwego przedmiotu. Po pierwsze, ma on prawo wyboru reżimu odpowiedzialności odrębnie w odniesieniu do każdej kolejnej wady, a nie jednorazowo ze skutkami na przyszłość. Dokonany przez niego wybór jest wiążący tylko względem pojedynczej wady. Jeżeli jednak uprawniony nie zostanie efektywnie zaspokojony w ramach wybranego reżimu odpowiedzialności za wady, może sięgnąć do drugiego reżimu⁶⁸⁴. Nie może oczywiście dochodzić zaspokojenia swoich pretensji w ramach obu reżimów równocześnie ani po zaspokojeniu jeszcze raz żądać zadośćuczynienia, skoro ekwiwalentność transakcji została już przywrócona. W razie skutecznego odstąpienia od umowy – gwarancja wygasa, a zatem w wypadku trudności z wyegzekwowaniem zwrotu ceny, nabywca nie może już skorzystać z żądanych roszczeń gwarancyjnych, pozostaje mu droga sądowa. Po drugie, wybór podstawy gwarancyjnej roszczeń pociąga zawieszenie uprawnień z rękojmi, aby nie można było z nich bezpodstawnie korzystać, chyba że dojdzie do niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia gwarancyjnego. Pośrednio przepis art. 579 § 3 kc wskazuje na prymat roszczeń gwarancyjnych.

Techniczno-prawne warunki dochodzenia świadczeń gwarancyjnych określa art. 580 kc, zgodnie z którym ten, kto wykonuje uprawnienia wynikające z gwarancji, powinien dostarczyć wadliwy przedmiot na koszt gwaranta do miejsca wskazanego w gwarancji lub do miejsca, w którym był on wydany przy udzieleniu gwarancji, chyba że z okoliczności wynika, że wada powinna być usunięta w miejscu, w którym przedmiot znajdował się w chwili ujawnienia wady. Gwarant jest obowiązany wykonać swoje obowiązki w terminie określonym w treści oświadczenia gwarancyjnego, a gdy go nie określono – niezwłocznie, ale nie później niż w terminie czternastu dni, licząc od dnia dostarczenia rzeczy przez uprawnionego z gwarancji, a ponadto dostarczyć rzecz na swój koszt do miejsca właściwego. Niebezpieczeństwo przypadkowej utraty lub uszkodzenia przedmiotu w czasie od wydania gwarantowi do jego odebrania przez uprawnionego ponosi gwarant. Ter-

⁶⁸³ Por. E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 500 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 516.

⁶⁸⁴ Por. zwłaszcza Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska: Zobowiązania... op. cit., s. 51, Cz. Żuławska: Kodeks... (2013) op. cit., s. 138, E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 515–516 oraz R. Trzaskowski: op. cit., s. 563.

min „niezwłocznie” to nie termin „natychmiast”, lecz nazywany dawniej terminem „właściwym” albo „odpowiednim”, rozumiany jako okres niezbędny do dokonania naprawy lub wymiany przedmiotu w pierwszej kolejności w normalnym toku czynności⁶⁸⁵. Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia nowej rzeczy albo zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli zaś gwarant wymienił jedynie część rzeczy, termin gwarancji biegnie na nowo tylko w odniesieniu do części wymienionej. W innych wypadkach termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego uprawniony nie mógł korzystać z rzeczy dotkniętej wadą. Przez wadę istotną rozumie się defekt uniemożliwiający korzystanie z rzeczy albo dotkliwie ograniczający jej użyteczność⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Por. wyroki Sądu Najwyższego z 14 maja 1979 r. (II CR 131/79), OSNC 1980, Nr 1–2, poz. 23 oraz z 20 maja 2003 r. (III CKN 1200/00), Lex nr 78806.

⁶⁸⁶ Por. zwłaszcza E. Habryn-Chojnacka: op. cit., s. 521 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

IX. KONCESJA NA ROBOTY BUDOWLANE LUB USŁUGI⁶⁸⁷

1. Uwagi historyczne

Początków koncesji umownej (łac. *concessio* – przyzwolenie, nadanie)⁶⁸⁸ poszukuje się już w starożytnych sposobach zamawiania niektórych świadczeń na rzecz państwa, zwłaszcza na potrzeby związane z obsługą poczty publicznej, transportu wodnego, utrzymania akweduktów, term itd.⁶⁸⁹. Same umowy kwalifikowano zasadniczo w ramach zwykłego najmu usług za wynagrodzeniem (*locatio conductio operarum*)⁶⁹⁰, choć ewentualny obowiązek uprzedniego wzniesienia obiektu na gruncie publicznym lub poniesienia innych nakładów w zamian za późniejsze wynagrodzenie, zwłaszcza potrącane z opłat pobieranych za świadczone usługi, można by uznać za element właściwy dla koncesji. Brakuje natomiast dostatecznych danych na to, aby wykonawca przejmował ryzyko przedsięwzięcia i zawsze mógł zaspokajać się bezpośrednio z korzyści eksploatacyjnych lub z opłat pobieranych od klientów, co potem wyróżniało koncesje udzielane w sferze publicznej⁶⁹¹. Podobnie odpowiedzialnym za wykonanie budżetu cenzorom rzymskim wolno było oddawać niektóre nieruchomości skarbowe w dzierżawę z obciążeniem dzierżawcy pewnymi świadczeniami na rzecz ludności, lecz podstawowy cel takiej umowy sprowadzał się do zapewnienia dochodów skarbowych⁶⁹². W żadnym zakresie z koncesją nie można zaś utożsamiać praktykowanego szeroko w średniowieczu aktu przekazania urzędnikowi gruntu, na ogół z prawem zabudowy, tytułem zapewnienia materialnej bazy urzędu i odpowiedniego uposażenia (kasztelaństwo, wójtostwo, starostwo), ponieważ dominował tu element zwyczajnego uposażenia i zwrotu kosztów na rzecz urzędnika, w zasadzie niewynagradzanego w pieniądzu.

Zaczątków koncesji nowożytnych próbuje się natomiast upatrywać w wydzierżawianiu, na podstawie indywidualnych przywilejów, tzw. regale ziemskiego, funkcjonującego w postaci przysługującego panującemu prawa własności połączonego z władztwem administracyjnym oraz jego pochodnych: łowieckiego, bartnego, górniczego (solnego), rzeczno – młyn-

⁶⁸⁷ Rozdział ten stanowi zmodyfikowana wersję artykułu pn. Charakter umów koncesyjnych, „Samorząd Terytorialny” 2017, Nr 1–2, s. 53 i n.

⁶⁸⁸ Zob. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 188.

⁶⁸⁹ Zorganizowanie sławnej poczty rzymskiej (*curcuspublici*) przypisuje się Octawianowi, na wzór funkcjonującej już wcześniej perskiej poczty konnej o charakterze sztafetowym, z siecią przydrożnych stacji albo postów, zapewniających wymianę przesylek, koni, sprzętu i ludzi, w których mogli się zatrzymywać także podróżujący po imperium heroldowie, posłańcy, urzędnicy i sędziowie. Za zarządzanie stacjami odpowiadały jednak lokalne władze municypalne, które mogły powierzać ich budowę oraz utrzymanie osobom prywatnym. Zob. w tym zakresie także ustalenia powołane w opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z 27.04.2004 r. o roli EBI w partnerstwie publiczno-prywatnym (pkt 2 historia europejska), Dz.Urz. UE C 234/12 z 2005 r., s. 52. Zob. też F. Terlikowski, *Życie publiczne, prywatne i umysłowe starożytnych Greków i Rzymian*, Lwów 1905, s. 280 i n.

⁶⁹⁰ Por. zwłaszcza: W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1981, s. 356 i n.; W. Litewski, *Rzymskie*

⁶⁹⁰ Por. zwłaszcza: W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1981, s. 356 i n.; W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, t. 1, *Prawo materialne*, Kraków 1988, s. 61 i n.

⁶⁹¹ Elementu tego nie uważa się jednak za istotny w zakresie oceny początków koncesji w starożytności i epoce wczesno feudalnej, por. X. Bezancon, *2000 ans d'histoire du partenariat public – privé. Pour la réalisation des équipements et services collectifs*, Paris 2011, s. 12 i n.

⁶⁹² Por. N. Gajl, *Budżet a skarb państwa*, Warszawa 1974, s. 19 i n.

nego, menniczego, targowego itd.⁶⁹³. Monarcha zezwalał w trybie administracyjnym osobie prywatnej albo komunalnej (miastu) na wykonywanie publicznego transportu rzeczowego, zbudowanie mostu lub promu i pobieranie myta, urządzenie młyna na potrzeby publiczne, założenie akweduktu, a nawet na bicie monety lub eksploatację kopalni srebra, żup solnych czy – w późniejszych czasach – zorganizowanie poczty publicznej. Bezpośrednim celem tych przywilejów było jednak nie tyle zorganizowanie prywatnej obsługi zadania publicznego, w trosce o efektywne zaspokojenie potrzeb zbiorowych, ile zapewnienie określonych korzyści beneficjentowi, a także czynszu (intryty) panującemu lub skarbowi państwa. Niektóre z nich wkraczały jednak *de facto* w funkcjonowanie życia zbiorowego, jak np. przywileje na prowadzenie wodociągu, targowiska, młyna, browaru lub karczmy, choć tradycyjnie rozpoznaje się je tylko w kategoriach form dopuszczenia do sprawowania monopolu państwowego. U schyłku średniowiecza rozwinęły się równolegle także koncesjonowane (w innym znaczeniu) manufaktury królewskie, zwłaszcza do produkcji oręża oraz przedmiotów niezbędnych do funkcjonowania dworu i administracji – stocznie, tkalnie, wytwórnie cegieł i dachówek, kamieniołomy, które z czasem wyeliminowały potrzebę danin naturalnych (z osad służebnych), dając początek przedsiębiorstwom publicznym, konkurującym do dziś z koncesyjno – umownymi formami zaspokajania potrzeb zbiorowych.

Koncesje typu umownego rozwinęły się w pełni dopiero w związku z wdrażaniem idei państwa prawnego. W szczególności we Francji od dawna stosowano rozmaite koncesje przyznawane w formie przywilejów królewskich, umożliwiające nadawanie praw prywatnych do nieruchomości publicznych, uprawniające do budowy wodociągów i innych urządzeń komunalnych, mostów, portów, a także do eksploatacji bogactw naturalnych lub innych dóbr, a potem nawet do zagospodarowania większych przestrzeni (obszarów) publicznych, zwłaszcza w koloniach zamorskich. Równolegle, w razie potrzeby, wyposażano koncesjonariusza w prawo do sprawowania ograniczonego władztwa publicznego, głównie w wymiarze porządkowym, przekazywanego przez władzę publiczną w ramach tzw. zadań zleconych z zakresu administracji publicznej⁶⁹⁴. Z kolei procesy urbanizacyjne, rozwój miast i przyspieszony postęp techniczny w zakresie infrastruktury publicznej na początku XIX w. wymusiły gwałtowny wzrost zainteresowania koncesjami budowlanymi (*concession de travaux publics*, koncesje robót publicznych)⁶⁹⁵, polegającymi na udzieleniu przez państwo albo samorząd terytorialny prawa do wznoszenia na gruntach publicznych budynków, budowli lub innego rodzaju urządzeń, a następnie do ich eksploatacji na cele publiczne w określonym horyzoncie czasowym (wodociągu, kanalizacji, drogi, mostu, kolei, linii elektrycznych itd.), pod rygorem utraty koncesji⁶⁹⁶. Koncesjonariusz mógł zaspokajać się bezpośrednio z korzyści eksploatacyjnych (opłat) tytułem rekompensaty za poniesione nakłady. Po zakończeniu koncesji wzniesiony obiekt przechodził w zarząd publiczny jako element wolnej od obciążeń własności publicznej. Uzu-

⁶⁹³ Więcej o tym: K. Koranyi, *Powszechna historia państwa i prawa*, cz. 2, Średniowiecze, Warszawa 1951, s. 151; J. Bardach, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 1999, s. 71–74.

⁶⁹⁴ Por. zwłaszcza: X. Bezancon, *2000 ans...*, s. 24 i n.; C. Kosikowski, *Koncesje w prawie polskim*, Kraków 1996, s. 18 i n.; D. Kijowski, *Pozwolenia w administracji publicznej*, Białystok 2000, s. 105 i n.; M. Szydło, *Koncepcja koncesji w ujęciu klasycznym i jej recepcja w prawie polskim*, PIP 2009/1, s. 46 i n.; M. Kania, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjno-prawne*, Katowice 2013, rozdz. VI.

⁶⁹⁵ Według nauki francuskiej początki nowożytnych koncesji budowlanych we Francji sięgają aż XII w. Por. zwłaszcza X. Bezancon, *Histoire du droit concessionnaire en France*, „Entreprises et Histoire” 2005/1 (38), s. 25.

⁶⁹⁶ Więcej o tym D. Kijowski, *Pozwolenia...*, s. 106–107.

pełniającym skutkiem koncesji budowlanej było zazwyczaj przejęcie przez osobę prywatną części zadania publicznego związanego z eksploatacją wzniesionego obiektu. W razie potrzeby koncesję można było wykupić, zwracając koncesjonariuszowi równowartość poniesionych nakładów. Taka forma partnerstwa publiczno – prywatnego przyczyniała się do przyspieszenia rozwoju, zwłaszcza funkcjonującej w ramach ograniczonych zasobów finansowych i organizacyjnych gospodarki komunalnej. Z czasem upowszechniła się także tzw. koncesja służby publicznej (*service public*), której podstawowym celem było zastępcze wykonywanie przez osobę prywatną „administracji świadczącej” w zakresie usług publicznych, np. w sferze serwisu naprawczego dróg, obsługi linii kolejowej lub autobusowej bądź poczty rządowej, odławiania wałęsających się psów, wywozu śmieci, świadczenia usług medycznych itd.⁶⁹⁷ i z wykorzystaniem urządzeń infrastruktury publicznej. Różne pierwiastki publicznoprawne zawarte w obu rodzajach koncesji i towarzyszące im (ewentualnie) elementy władztwa publicznego przesądziły, zwłaszcza we Francji, że do dziś podstawę ich udzielania łączy się z umową administracyjną. Konstrukcja umowy administracyjnej ma tam pewne umocowanie ustawowe, jako jedna z podstawowych form działania administracji publicznej⁶⁹⁸. Zbliżony do francuskiego wielorodzajowy model koncesji funkcjonuje w państwach anglosaskich o tradycji *common law*, w ramach szeroko pojętego zastępstwa, określanego mianem *concession public utilities*, z tym że podstawą obu rodzajów koncesji jest umowa majątkowa, zawarta z zastosowaniem *standard terms and conditions* (standardowych warunków), wzbogacona o elementy nadzoru publicznoprawnego⁶⁹⁹.

Na ziemiach niemieckich przez dłuższy czas koncesje rozwijały się na wzór francuski, podobnie zresztą jak wszystkie inne rodzaje zamówień publicznych⁷⁰⁰. Dopiero w końcu XVIII w. zaznaczyły się odrębności, zwłaszcza pod wpływem pruskich i austriackich koncepcji ingerencji władzy publicznej w sferę gospodarki. Ostatecznie doszło tam do wdrożenia swoistej konstrukcji koncesji – o dostępie osób prywatnych do korzystania z bogactw naturalnych i eksploatacji innych dóbr publicznych przesądzano w drodze decyzji administracyjnej, natomiast koncesję budowlaną rozpatrywano w kategoriach dwóch aktów ze sobą sprzężonych, a mianowicie w zakresie praw do gruntu oraz wznoszenia obiektów i ich eksploatacji była umową cywilnoprawną, natomiast w zakresie wykonywania władztwa administracyjnego (dokonywania wywłaszczeń na cele wodociągowe, drogowe, kolejowe itd., a także zapewnienia porządku publicznego) wynikała wprost z ustaleń aktu administracyjnego. Z kolei zamiast koncesji na świadczenie usług publicznych uzupełniającą praktykowano tzw. koncesję przedsiębiorstwa publicznego, przez którą rozumiano celowo zorganizowaną działalność osoby prawa publicznego (przedsiębiorcy), prowadzoną jednak według reguł prawa prywatnego, w celu zaspokajania potrzeb zbiorowych (dostarczania wody pitnej, elektryczności, transportu publicznego, usług pocztowych, telekomunikacyjnych itd.)⁷⁰¹. Z uwagi na to, że sferę gospodarki publicznej uważano za objętą monopolem państwa lub samorządu, podstawą dla tego drugiego rodzaju koncesji był akt administracyjny, bez względu na to, czy

⁶⁹⁷ Więcej o niej M. Szydło, *Koncepcja...*, s. 48–49; D. Kijowski, *Pozwolenia...*, s. 107–108.

⁶⁹⁸ Por. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 391 i n.

⁶⁹⁹ Por. D. Kijowski, *Pozwolenia...*, s. 132–135.

⁷⁰⁰ Por. R. Szostak, *Zarys rozwoju...* op. cit., s. 69 i n.

⁷⁰¹ Por. M. Szydło, *Koncepcja...*, s. 48–49; D. Kijowski, *Pozwolenia...*, s. 114–131, odwołujący się do bogatej literatury niemieckiej, zwłaszcza do O. Mayera, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. 2, München–Leipzig 1924, s. 239 i n.

koncesjonariusz dysponował jakimkolwiek władztwem administracyjnym (na dodatkowe wyłączenia, utrzymanie porządku lub egzekucję opłat i kar), czy też był tego władztwa pozbawiony. Dopiero później wyodrębniono tzw. koncesje przemysłowe i inne typowo administracyjne, różniące się od koncesji o statusie umownym, ze względu na wyłączenie ich spod domeny władzy publicznej. Na gruncie zbliżonego prawa szwajcarskiego dodatkowo liczyła się jeszcze szczególna odpowiedzialność za należyłą realizację zadania publicznego, powierzonego osobie prywatnej w trybie koncesyjnym, która bynajmniej nie stanowiła drugorzędного elementu umowy. Stąd rozbudowany nadzór zamawiającego nad realizacją koncesji, gwarancje należytego wykonania zobowiązań obciążających koncesjonariusza oraz szczególne sankcje majątkowe.

Na ziemiach polskich początki koncesji także sięgają schyłku średniowiecza. W szczególności zbliżonym do koncesyjnego sposobem prowadzano pierwsze wodociągi, zwłaszcza w miastach królewskich. Najpierw na mocy indywidualnego przywileju panujący zezwalał mieszczanom (radzie) na zbudowanie ujęcia wody z rzeki, jeziora lub z innego źródła i doprowadzenie jej kanałem do miasta oraz na pobieranie opłat od mieszkańców, a następnie już sama władza miejska mogła powierzyć wykwalifikowanemu przedsiębiorcy (rurmajster, *aquaeductus*), w drodze kontraktu cywilnoprawnego, rozprowadzenie wody na rzecz mieszkańców i innych odbiorców, zazwyczaj za pomocą drewnianej sieci wodociągowej. Towarzyszyło temu zobowiązanie do konserwacji i ewentualnej rozbudowy urządzeń. W zamian przedsiębiorca pobierał od mieszkańców z góry ustalone opłaty (tzw. rurne), które z czasem, po wygaśnięciu umowy (ok. 5–10 lat), trafiały już do kasy miejskiej. Za pierwsze tego rodzaju wodociągi uważa się poznański (1283 r.), krakowski (1339 r.) i gdański (ok. 1350 r.). Potem było ich kilkadziesiąt, a niektórzy przedsiębiorcy obsługiwali nawet po kilka miast. Po wygaśnięciu kontraktu z budowniczym za utrzymanie wodociągu odpowiadało samo miasto, angażując odpowiedniego „rurmajstra” komunalnego⁷⁰². Najczęściej jednak finansowanie budowy urządzeń zaopatrujących mieszkańców w wodę odbywało się na koszt miasta. Liczne wojny toczone przez Rzeczypospolitą w XVII w. przyczyniły się jednak do upadku większości z tych pionierskich wodociągów (oblężeniu miasta towarzyszyła często celowa rozbórka lub dewastacja wodociągu), które długo potem nie były reaktywowane. Także w zakresie koncesji udzielanych w innych sferach dominowały wzory niemieckie.

W okresie rozbiorów stosowano ustawodawstwo państw zaborczych. Jedyne na ziemiach Królestwa Polskiego do 1864 r. obowiązywały przepisy polskie, na podstawie których już w 1838 r. Rząd Królestwa udzielił zgody Towarzystwu Akcyjnemu na budowę pierwszego odcinka, słynnej potem, kolei warszawsko-wiedeńskiej (do Oświęcimia), nieco wcześniej bowiem (1835 r.) cesarz austriacki udzielił koncesji na budowę odcinka Wiedeń–Bochnia⁷⁰³. Znaczną część linii kolejowych na ziemiach polskich zaboru rosyjskiego zbudowano sposobem koncesyjnym, choć procedur przetargowych na ogół nie stosowano, wiele zale-

⁷⁰² Przykładowo Wacław z Morów (spod Warszawy), zwany potem Morawą, dotarł z czasem ze swoim rzemiosłem aż do ziemi sandomierskiej, gdzie w 1518 r. zaprowadził wodociąg w Opatowie i wkrótce potem (1528 r.) w Wiślicy. Zob. B. Chlebowski, *Wiślica*, w: *Słownik geograficzny Królestwa Polskiego i innych krajów słowiańskich*, t. XIII, Warszawa 1893, s. 574. Z kolei w 1577 r. mistrzowi Lorensoni udało się doprowadzić bieżącą wodę nawet na wzgórze wawelskie. O finansowaniu wodociągów krakowskich zob.: F. Piekosiński, J. Szujski, *Najstarsze księgi i rachunki Miasta Krakowa (1300–1400)*, Kraków 1878, s. 288 i n.; F. Piekosiński, *Prawa, przywileje i statuta Miasta Krakowa (1507–1795)*, t. I, cz. 4, *Księgi rachunkowe z lat 1507–1586*.

⁷⁰³ Por. W. Kolberg, *Drogi żelazne w Europie*, t. IV, Warszawa 1844, s. 73 i n.

żało wprost od uznania cara lub jego urzędników⁷⁰⁴. Według prawa austriackiego początkowo udzieleniu koncesji towarzyszył każdorazowo indywidualny przywilej cesarski (upoważniający), następnie zaś podpisywano stosowny „układ”, precyzujący zobowiązania koncesjonariusza⁷⁰⁵. Dopiero w 1855 r. wydano rozporządzenie określające ogólne warunki udzielania koncesji rządowych na budowę i eksploatację kolei w całym cesarstwie⁷⁰⁶. Do udzielenia koncesji umownej dochodziło w trybie konkursowym lub – wyjątkowo – z wolnej ręki. W ramach odstępstw dopuszczano jednak w przypadkach szczególnych, na podstawie odrębnego rozporządzenia cesarskiego, odmienne rozwiązania koncesyjne. Jednocześnie możliwe było oddanie (tzw. wydzierżawienie) kolei skarbowych w zarząd prywatny. W Reczypospolitej Krakowskiej pierwszej koncesji na budowę kolei z Krakowa do Mysłowic (do granicy pruskiej, z odnogą do granicy rosyjskiej) udzielił w 1844 r. Senat Rządzący w drodze „układu” z Towarzystwem Kolei Krakowsko-Górnośląskiej. Samorządy miejskie udzielały koncesji zazwyczaj na oświetlenie gazowe miasta, potem na „zaprowadzenie elektryczności”, a także na budowę i eksploatację linii tramwajowych⁷⁰⁷. Schemat był taki sam: akt administracyjny upoważniający (uchwała rady), określający podstawowe warunki koncesji, a następnie – w trybie tzw. konkursu ofert – udzielenie koncesji umownej⁷⁰⁸.

2. Rozwój regulacji polskiej

Po odzyskaniu niepodległości w 1918 r., w sferze prawa odradzającego się państwa polskiego długo brakowało ujednoliconych przepisów dotyczących zamówień publicznych. Przyzwolenia na samo zajęcie mienia publicznego przez osobę prywatną nie rozpatrywano w kategoriach koncesji, lecz zwykłej umowy. Co innego, gdy chodziło o eksploatację bogactw naturalnych, podlegającą reglamentacji administracyjnej. W zakresie zaś koncesji budowlanej, a także na pełnienie służby publicznej, wzorowano się na rozwiązaniach niemiecko – austriackich⁷⁰⁹. Regulacje prawne funkcjonowały – niestety – w rozproszeniu. W szczególności koncesji nie obejmowała ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na

⁷⁰⁴ W zdobywaniu carskich koncesji, niestety nie zawsze uczciwie, rekordzistą był najbogatszy Polak XIX w., przedsiębiorca i bankier J. Bloch. Więcej o nim zob. R. Kołodziejczyk, *Jan Bloch (1832–1902). Szkice do portretu „króla polskich kolei”*, Warszawa 1983.

⁷⁰⁵ Por. przywilej z 15.04.1835 r. na rzecz domu bankowego S.M. Rotschilda, uprawniający do budowy linii kolejowej Wiedeń–Bochnia, w oprac. L. Wierzbickiego, *Rozwój sieci kolei żelaznych w Galicji*, Lwów 1907, s. 2–4.

⁷⁰⁶ Nieco wcześniej funkcjonowały w rozproszeniu rozporządzenia resortowe określające warunki udzielania niektórych koncesji, np. w rozporządzeniu ministra handlu z 20.12.1850 r. ustalono warunki ubiegania się o koncesje na prowadzenie stacji pocztowych. Zob. Kasperek, *Zbiór politycznych ustaw i rozporządzeń administracyjnych Królestwa Galicji i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim*, Lwów 1884, t. 6, s. 99 i n.

⁷⁰⁷ Przykładowo władze M. Krakowa już w 1856 r. udzieliły koncesji na urządzenie i utrzymanie oświetlenia gazowego niemieckiemu Towarzystwu Kontynentalnemu z Dessau, natomiast w 1882 r. na tramwaj miejski belgijskiemu Towarzystwu Kolei Lokalnych, a w 1901 r. na zaprowadzenie (znanej już wcześniej) elektryczności dla celów komunalnych.

⁷⁰⁸ Por. E. Adamczyk, *Współpraca publiczno-prywatna w rozwoju usług komunalnych, Motywy i ograniczenia – perspektywa historyczna*, w: A. Czech (red.), *Nauki o zarządzaniu – u początków i współcześnie*, Katowice 2012, s. 36 i n.

⁷⁰⁹ Por.: J. Langrod, *Służba publiczna jako funkcja administracyjna. Wprowadzenie w naukę o pojęciu służby publicznej*, Kraków 1932, s. 69 i n.; G. Skalla, *Rola koncesjonariusza w administracji w świetle kolizji prawa publicznego z prawem prywatnym*, Katowice 1938, s. 8 i n.; S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne. Zasadnicze pojęcia i instytucje*, Poznań 1948, s. 140 i n. We wcześniejszym piśmiennictwie, z okresu rozbiorowego, rozważano także wzorce francuskie. Zob. zwłaszcza T. Bresiewicz, *O kontraktach administracyjnych*, Kraków 1901.

rzecz Skarbu Państwa, samorządu i instytucji prawa publicznego⁷¹⁰. Według czołowego przedstawiciela przedwojennej doktryny J. Longroda, koncesja taka polegała na okresowym przejęciu przez osobę prywatną powinności pełnienia określonej służby publicznej, na własny koszt i ryzyko, przy wykorzystaniu własnego personelu, w zamian za prawo pobierania opłat od osób korzystających z usług tak zorganizowanej służby⁷¹¹. Jego zdaniem koncesjonariusz nie nabywał statusu organu administracyjnego ani nawet podmiotu administrującego, lecz pozostawał wyłącznie w roli kontrahenta, jednak w celu ewentualnego sprawowania władztwa administracyjnego (porządek, ustalanie taryf, dochodzenie należności, nakładanie i egzekwowanie kar pieniężnych itd.) niezbędne było administracyjne powierzenie funkcji z zakresu administracji publicznej na podstawie wyraźnego umocowania ustawowego (prywatno– i publicznoprawne akty sprzężone). Sposób zorganizowania służby przez koncesjonariusza wynikał z ustawy lub rozporządzenia, natomiast kontrola należytego jej wykonywania przysługiwała zamawiającemu już z samej natury powierzenia „zadania”, a niekoniecznie z ustawy. W ramach tzw. koncesji przedsiębiorstwa publicznego J. Longrod objaśniał tworzenie przez władzę publiczną komercyjnego przedsiębiorstwa usług publicznych świadczonych za wynagrodzeniem, jak np. Polskie Koleje Państwowe, czy Poczta Polska Telegraf i Telefon. Podobnie koncesję opisywali i pojmowali inni autorzy, z akcentem na „przejęcie zadania publicznego”⁷¹². Z czasem jednak wykonywanie zadań zbiorowych przez podporządkowane bezpośrednio władzy przedsiębiorstwo publiczne wypadło z pojęcia koncesji. Obecnie jest już traktowane jako forma wykonywania zadania publicznego przez państwowy albo samorządowy organ założycielski. Po wojnie, w okresie socjalizmu, koncesje w Polsce zostały całkowicie wyeliminowane z życia publicznego. Nie było dla nich miejsca z uwagi na scentralizowany układ przedsiębiorstw państwowych. Jej reaktywowanie w warunkach rynkowych nastąpiło stosunkowo późno, właściwie dopiero po 2004 r., pod wpływem rozwiązań europejskich.

W prawie oraz orzecznictwie europejskim koncesję łączono początkowo z zasadami prawa traktatowego, właściwymi dla zamówień publicznych. Jako szczególny rodzaj zamówienia publicznego koncesję budowlaną unormowano dopiero w dyrektywie Rady 93/37/EWG z 14.06.1993 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane⁷¹³. Dlatego, w wyniku implementacji rozwiązań, koncesja budowlana trafiła do polskiej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁷¹⁴, która w art. 2 pkt 4 zrównała ją wprost z budowlanym zamówieniem publicznym. Dostrzegano jednak podstawową różnicę, że wynagrodzeniem za wykonane roboty budowlane jest prawo do eksploatacji wzniesionego lub wyremontowanego obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z dopłatą w pieniądzu. Udzielenie koncesji następowało w trybie przetargowym (ewentualnie poprzedzonym negocjacjami) w oparciu o wybór oferty najkorzystniejszej. Kwalifikację prawną samej umowy koncesyjnej wraz z ustaleniem jej *essentialia negotii* pozostawiono

⁷¹⁰ Ustawa z 15.02.1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu i instytucji prawa publicznego (Dz. U. Nr 19, poz. 127).

⁷¹¹ J. Langrod, *Służba publiczna...* s. 78–80.

⁷¹² Por. zwłaszcza G. Skalla, *Rola koncesjonariusza...*, s. 37.

⁷¹³ Dyrektywa Rady 93/37/EWG z 14.06.1993 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 199 z 1993 r., s. 1).

⁷¹⁴ Ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.).

natomiast doktrynie i orzecznictwu. Nieznaczące uzupełnienie regulacji zawarto w ustawie z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁷¹⁵. Ta zbyt lakoniczna regulacja koncesji nie pozwalała na usunięcie licznych wątpliwości konstrukcyjnych, a także na sensowne objaśnienie jej roli w zakresie obsługi zadania publicznego i sposobu kontroli powinności obciążających koncesjonariusza. Sytuację pogarszał brak dostatecznej promocji urzędowej koncesji, reaktywowanej po kilkudziesięciu latach zastoju. W praktyce nie spotkała się więc z większym zainteresowaniem. W celu poprawy sytuacji wydano nową ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁷¹⁶, zdecydowano się też na wyłączenie problematyki koncesyjnej z prawa zamówień publicznych i kompleksową jej regulację w odrębnej ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁷¹⁷. Przy okazji dokonano implementacji nowych dyrektyw z 2004 r., zwłaszcza ogólnej dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi⁷¹⁸. W jednym akcie unormowano oba rodzaje koncesji: budowlaną oraz na świadczenie usług. Wdrażaniu tej regulacji towarzyszyła już ożywiona promocja urzędowa nowych rozwiązań. Przełomowego zainteresowania w praktyce nie udało się jednak osiągnąć. W ciągu siedmiu lat obowiązywania ustawy z 2009 r. koncesji udzielono zaledwie w ok. 50 przypadkach, w skali całego kraju. Dominowały koncesje budowlane na budowę i utrzymanie parkingów, stadionów, obiektów rekreacyjnych itd., natomiast w sporadycznych wypadkach udzielano koncesji usługowej, zwłaszcza na utrzymanie stref płatnego parkowania, nierentownych linii autobusowych, wypożyczalni rowerów oraz na konserwację oświetlenia ulicznego. W odniesieniu do tej drugiej utrwalił się pogląd, że ewentualne nakłady eksploatacyjne, nawet dokonywane na obiekt budowlany przekazany koncesjonariuszowi na potrzeby koncesji, nie wpływają na jej konstrukcję prawną, skoro główny przedmiot kontraktu pozostaje usługowy. W 2014 r. dyrektywy „scaleniuowe” zastąpiono aktami kolejnej generacji, z wyodrębnieniem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji⁷¹⁹. Polska ustawa o koncesjach z 2009 r. nie wytrzymała próby czasu. Celem implementacji ostatniej z dyrektyw została zastąpiona nową ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁷²⁰.

3. Cywilnoprawna natura koncesji

Według art. 5 pkt 1 dyrektywy 2014/23 koncesja to umowa cywilnoprawna odpłatna, zawierana na piśmie, na podstawie której zamawiający publiczny powierza wykonanie robót budowlanych przedsiębiorcy w zamian za wynagrodzenie stanowiące: albo wyłączne

⁷¹⁵ Ustawa z 28.07.2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. Nr 169, poz. 1420 ze zm.).

⁷¹⁶ Ustawa z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 696 ze zm.).

⁷¹⁷ Ustawa z 9.01.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.).

⁷¹⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z 31.03.2004 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 2004 r., s. 1).

⁷¹⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 2014 r., s. 1).

⁷²⁰ Ustawa z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1920), dalej: u.u.k.

prawo do eksploatacji obiektu będącego przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z dopłatą. Przez koncesję na usługi zaś rozumie się pisemną umowę odpłatną, na podstawie której zamawiający powierza wykonawcy świadczenie określonych usług i zarządzanie nimi w zamian za wynagrodzenie w postaci samego prawa wykonywania tych usług albo w postaci takiego prawa z dopłatą w pieniądzu. Dyrektywa powyższa nadal ujmuje koncesje budowlane i usługowe w kategoriach zamówień publicznych, jednak wyodrębnienie regulacji usprawiedliwia się daleko idącą specyfiką koncesji, uzasadniającą potrzebę złagodzenia wymagań proceduralnych przy udzielaniu koncesji w porównaniu z typowymi zamówieniami publicznymi. Jednocześnie eksponuje się majątkowy, umowny i cywilnoprawny charakter obu rodzajów koncesji. Po pierwsze, odgranicza się je od rozmaitych koncesji, zezwoleń i licencji administracyjnych na prowadzenie zawodowej działalności gospodarczej (por. ustawę z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁷²¹) albo przyznających prawo do eksploatacji złóż lub innych domen publicznych (por. pkt 14–16 preambuły). Po drugie, akcentuje się autonomiczny charakter umów koncesyjnych, nawiązywanych z udziałem równorzędnych stron, z wyraźnym zastrzeżeniem, że porozumienia lub inne czynności administracyjne, zwłaszcza podejmowane w związku z przekazywaniem zadań pomiędzy organami publicznymi, nie mogą być postrzegane w kategoriach koncesji (art. 1 ust. 4 dyrektywy)⁷²². Zasadę równorzędności stron umacniają ponadto różne wymogi i gwarancje proceduralne, obowiązujące w postępowaniu poprzedzającym udzielenie koncesji, wynikające z dyspozycji art. 26–41 dyrektywy.

Analizowane koncesje to z założenia umowy wzajemne. Wprawdzie zamawiający może, lecz nie musi nabywać własności lub innego prawa do przedmiotu koncesji, ale zawsze osiąga z koncesji jakieś korzyści majątkowe (pkt 11 preambuły). Podstawowa cecha koncesji, w postaci prawa do eksploatacji obiektu budowlanego lub do wykonywania określonych usług, zawsze pociąga za sobą przejęcie przez koncesjonariusza ryzyka operacyjnego o charakterze ekonomicznym, łączącego się z niebezpieczeństwem nieodzyskania nakładów inwestycyjnych lub kosztów eksploatacyjnych poniesionych na obiekt budowlany bądź na zorganizowanie procesu świadczenia usług, choć część ryzyka strat może obciążać zamawiającego, zwłaszcza celem zagwarantowania wykonawcy minimalnego przychodu, co najmniej równego nakładom i kosztom eksploatacyjnym (pkt 18 preambuły). Dlatego w art. 5 pkt 1 dyrektywy wprowadza się dodatkowy element definicyjny (przedmiotowo istotny), którego poprzednio aż tak nie eksponowano, że „udzielenie koncesji (...) łączy się z przeniesieniem na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją obiektu lub wykonywaniem powierzonych usług, obejmującego ryzyko popytu lub podaży albo dla rodzaju tego ryzyka; koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektu bądź wykonywaniem usług objętych przedmiotem umowy; część ryzyka obciążającego koncesjonariusza obejmuje rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalnie szacowane straty nie były jedynie nominalne lub nieistotne”.

⁷²¹ Ustawa z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 584 ze zm.).

⁷²² Dyrektywa 2014/23 nie ogranicza jednak swobody państw członkowskich do ustalania tego, w zgodzie z wymaganiami prawa europejskiego, które usługi mają być świadczone w interesie publicznym oraz w jaki sposób mogą być one organizowane i finansowane (art. 4 dyrektywy 2014/23). O zakresie pojęciowym usług użyteczności publicznej na tle zasady pomocniczości zob. komunikat Komisji Europejskiej z 20.09.2000 r. pn. Usługi użyteczności publicznej w Europie (Dz. Urz. UE C 17/4 z 2001 r.).

Przejęcie przez koncesjonariusza obsługi zadania publicznego nie stanowi już obecnie elementu przedmiotowo istotnego koncesji, związanego bezpośrednio z eksploatacją określonego obiektu (mostu, parkingu, hali widowiskowej) bądź ze świadczeniem usług (przewozowych, konserwacyjnych, profilaktyczno-zdrowotnych). Tak jak w większości umów cywilnoprawnych cel transakcji, zarówno typowy, jak i tym bardziej indywidualny, nie rzuca – co do zasady – na jej charakter prawny. Na ogół liczy się tylko treść (przedmiot) świadczenia niepieniężnego, ewentualnie jeszcze konfiguracja świadczeń, a nie ich finalne przeznaczenie, choćby ujawnione w umowie⁷²³. Element ten wpływa natomiast na wykładnię postanowień umownych (art. 65 kc cywilnego⁷²⁴), rozmiar ewentualnego odszkodowania (art. 361 kc), treść wymogu realnego wykonania zobowiązania (art. 354 kc), granice odpowiedzialności za wady przedmiotu umowy (art. 556 kc) itd. Jeśli koncesja, będąca – skądinąd – nadal doniosłym instrumentem zastępczej realizacji zadań publicznych, nie jest już obciążona powyższym elementem publicznoprawnym, ułatwiona staje się jej kwalifikacja jako umowy cywilnoprawnej. Jedynie ze względu na rolę koncesji w zaspokajaniu potrzeb zbiorowych powinna być nadal postrzegana funkcjonalnie w kategoriach zamówienia publicznego. Cywilnoprawnego charakteru umowy koncesyjnej nie wyłącza, ani bynajmniej nie ogranicza, wzbogacenie jej o takie sposoby wykonywania zobowiązania, które orientują powinności wykonawcy bezpośrednio na ciągłe zaspokajanie potrzeb zbiorowych. To samo dotyczy dodatkowego zastrzeżenia o specjalnym trybie kontroli efektywnego zaspokajania potrzeb zbiorowych. Zawarcie umowy koncesji nie zwalnia też organu bądź innego podmiotu administrującego od troski o należytą obsługę zadania publicznego, wprowadzie przejętą przez osobę prywatną, lecz przecież nie wyłączoną z jego właściwości. Jeśli zatem kontrola wykonywania koncesji ujawni zakłócenia w realizacji potrzeb publicznych – należy zastosować karę umowną lub inną sankcję majątkową albo w ogóle wypowiedzieć umowę, np. gdy zbyt wysokie opłaty pobierane przez koncesjonariusza zniechęcają mieszkańców do korzystania z parkingu publicznego, który w znacznej części pozostaje niewykorzystany. W wyniku udzielenia koncesji także prywatnoprawny status koncesjonariusza nie ulega zmianie, w szczególności nie nabywa on żadnych atrybutów władztwa administracyjnego. Wyjątkowo jednak, jeśli dla prawidłowego wykonania koncesji władztwo takie byłoby niezbędne, ustawa (*lex specialis*) może dopuścić możliwość przekazania określonych uprawnień władczych osobie prywatnej, w ramach zadań zleconych z zakresu administracji publicznej⁷²⁵. Akt administracyjny zamawiającego wzbogacałby wtedy koncesję umowną, nie naruszając jednak jej integralności konstrukcyjnej.

Na gruncie prawa polskiego brakuje zatem obecnie podstaw do konstruowania umowy administracyjnej⁷²⁶, publicznoprawnej czy też jakiejś umowy o charakterze

⁷²³ Por. zwłaszcza: Z. Żabiński, *Systematyka...* op. cit., s. 77 i n.; B. Gawlik, *Pojęcie...* op. cit., s. 25 i n.; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 209 i n.; M. Sośniak, *Zagadnienia...* op. cit., s. 73 i n.; R. Szostak, *Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2012/1, s. 62–66.

⁷²⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.), dalej: k.c.

⁷²⁵ Por. J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 163 i n.

⁷²⁶ Na przeszkodzie stoi nie tylko brak ogólnej regulacji umów administracyjnych w prawie polskim i zasada *numerus clausus* czynności administracyjnych, lecz także wyraźne stanowisko ustawodawcy europejskiego (*vide* dyrektywa 2014/23) w zakresie konstrukcji koncesji, jako umowy nawiązywanej pomiędzy równorzędnymi i swobodnie działającymi partnerami.

mieszanym (publiczno-prywatnym)⁷²⁷. Autonomiczna umowa koncesyjna i odrębny akt administracyjny mogą jednak z mocy ustawy pozostawać ze sobą w określonym związku prawnym, zwłaszcza w takim, że zaniedbanie właściwego aktu administracyjnego może rzucać na skuteczność koncesji⁷²⁸. W razie zaś braku stosownej podstawy ustawowej do „przekazania władztwa” na rzecz koncesjonariusza, władcze elementy zadania muszą pozostać przy zamawiającym (organie), np. powierzenie świadczenia obsługi cmentarza grzebalnego prywatnemu przedsiębiorcy nie może obejmować – jak na razie – prawa do rozstrzygania o czynnościach ekshumacyjnych. W rezultacie stwierdzić trzeba, że koncesje budowlane lub na wykonywanie usług, także publicznych, stanowią prywatnoprawne formy działania administracji zawiadowczej⁷²⁹.

Procedura udzielenia koncesji powinna być otwarta i toczyć się według z góry ogłoszonych warunków, w trybie przetargowym albo negocjacji z zachowaniem konkurencji (art. 28–41 u.u.k.)⁷³⁰. Do czynności proceduralnych zapadających w postępowaniu stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, zgodnie z wyraźnym odesłaniem z art. 16 u.u.k. Przepisy ustawy koncesyjnej stanowią zatem w tym zakresie *lex specialis*. Postępowanie odbywa się z poszanowaniem zasady równorzędności i autonomii woli stron. Pierwsza doniosła faza to kwalifikacja wykonawców (według zdolności do należytego wykonania koncesji i braku podstaw do wykluczenia) o charakterze eliminacyjnym lub selekcyjnym. Dopuszczone do przetargu oferty (wnioski) podlegają następnie weryfikacji albo przeprowadza się negocjacje rozpoznawcze w zakresie warunków koncesji, zakończone zaproszeniem do składania ofert ostatecznych. Kolejna faza wartościującej oceny ofert zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej, według z góry założonych kryteriów, chyba że postępowanie jako bezprzedmiotowe podlega wyjątkowo unieważnieniu. Wybór oferty najkorzystniejszej nie prowadzi jednak od razu do zawarcia umowy finalnej, ponieważ trzeba upewnić się o bezpieczeństwie transakcji, zwłaszcza umożliwić niezadowolonym konkurentom zaskarżenie wyniku postępowania w trybie odwoławczym (art. 41 u.u.k.)⁷³¹. Właściwą do rozpatrywania odwołań jest Krajowa Izba Odwoławcza⁷³², a ewentualne skargi na jej orzeczenia wnosi się do sądu powszechnego. Wniesienie

⁷²⁷ Odmienne jednak: A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 28 i n. J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 393–394 uważa zaś umowę koncesyjną za zbliżoną do administracyjnej.

⁷²⁸ Jedynie w tych państwach, w których dodatkowe elementy władztwa administracyjnego włącza się bezpośrednio do struktury koncesji, operuje się koncepcją umowy administracyjnej lub publicznoprawnej, oczywiście przy aprobacie ustawodawcy (prawo francuskie i belgijskie).

⁷²⁹ Więcej o niewładczych formach jej działania: W. Chróścielewski, *Imperium a gestia w działaniach administracji publicznej*, „Państwo i Prawo” 1995, Nr 6, s. 49 i n.; J. Starościk, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957, s. 14 i n.; E. Ochendowski, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2004, s. 201 i n.; J. Boć, w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 5, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 2013, s. 264 i n.; J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 322 i n.

⁷³⁰ Tylko wyjątkowo w kilku przypadkach można zastosować negocjacje z jednym wykonawcą, zwłaszcza gdy zachodzi sytuacja monopolistyczna albo zorganizowane uprzednio postępowanie otwarte nie dało rezultatu z braku zainteresowania lub wykluczenia wszystkich wykonawców (art. 29 ust. 1 u.u.k.).

⁷³¹ Obowiązuje tu dyrektywa Rady z 21.12.1989 r. nr 665/89/EWG w sprawie procedur odwoławczych dotyczących udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 395 z 1989 r., s. 33).

⁷³² Dotychczasowe rozwiązanie przewidujące właściwość wojewódzkich sądów administracyjnych spotkało się z krytyką (sąd administracyjny właściwy w sprawie cywilnej) na tle licznych trudności praktycznych, przede wszystkim raził brak możliwości orzekania reformatoryjnego przez sąd administracyjny, co uchybiało dyrektywie 89/665. W państwach, w których sądy administracyjne mają szersze kompetencje i działają sprawnie, jest możliwe przekazanie im spraw odwoławczych z zakresu udzielania zamówień publicznych lub koncesji.

odwołania wstrzymuje możliwość zawarcia umowy koncesyjnej. Izba unieważnia wadliwe czynności proceduralne zamawiającego lub nakazuje ich powtórzenie, wymuszając weryfikację wyboru oferty. Odnośnie do kwalifikacji przejściowego stosunku obligacyjnego wykreowanego wyborem i przyjęciem oferty najkorzystniejszej nasuwa się konstrukcja umowy przedwstępnej (art. 389 kc). Jeśli zatem zawarcie umowy finalnej stanie się dopuszczalne, każda ze stron może żądać od drugiej wykonania tego obowiązku poprzez złożenie stosownego oświadczenia woli, niezbędnego do zawarcia umowy finalnej.

4. Istotne postanowienia umów koncesyjnych

Wykonawcę koncesji budowlanej obciążają dwa obowiązki podstawowe, a mianowicie:

- a) wykonanie przyrzeczonych robót budowlanych w postaci wzniesienia (przebudowy, remontu) obiektu budowlanego stanowiącego rezultat robót (dzieło budowlane) oraz
- b) zachowanie warunków prawidłowej eksploatacji tego obiektu, a także jego wydania w odpowiednim stanie po zakończeniu umówionego okresu eksploatacji (art. 3 u.u.k.).

Ten drugi obowiązek jest korelatem uprawnienia koncesjonariusza do eksploatacji obiektu. Do elementów przedmiotowo istotnych koncesji budowlanej nie zalicza się już obowiązku wykonywania przez koncesjonariusza określonych usług z wykorzystaniem eksploatowanego obiektu. Nie jest on konieczny, a jeśli występuje w umowie, nabiera charakteru powinności dodatkowej, podmiotowo istotnej. Przykładowo, zamówieniu na urządzenie parkingu podziemnego z prawem jego eksploatacji przez koncesjonariusza towarzyszyć może, a nawet powinno, zastrzeżenie, że udostępni on przestrzeń parkingowe w całości bądź w części do użytku publicznego.

W konsekwencji ustawowe pojęcie koncesji budowlanej odbiega obecnie od tradycyjnego jej ujęcia, jako umowy zawieranej zawsze w celu bezpośredniej realizacji usług publicznych. Wyjątkowo eksploatacja obiektu objętego koncesją wcale nie musi służyć jakimkolwiek celom zbiorowym, zwłaszcza gdy koncesjonariusz sam ma korzystać przejściowo z wzniesionego (odrestaurowanego) obiektu, celem zaspokojenia własnych potrzeb biurowych, magazynowych, parkingowych itd. Z drugiej strony podstawowym celem koncesji budowlanej jest zapewnienie publicznemu zamawiającemu określonych korzyści majątkowych, przede wszystkim w postaci nabycia praw do wzniesionego (odrestaurowanego) obiektu budowlanego. Z tego właśnie powodu koncesja budowlana nadal stanowi szczególny rodzaj zamówienia publicznego, zorientowanego na zaspokojenie potrzeb zbiorowych. W ramach stosunku koncesji budowlanej zamawiającego obciążają dwa zasadnicze obowiązki, a mianowicie powinien on dokonać odbioru akceptacyjno-walniającego prawidłowo wykonanego dzieła budowlanego, a następnie – tytułem należnego ekwiwalentu – przekazać mu ten obiekt do długoterminowej eksploatacji, z prawem pobierania pożytków cywilnych w granicach prawidłowej gospodarki bądź zezwolić na jego używanie bez prawa do pożytków, a także dokonać ewentualnej dopłaty wyrównawczej w pieniądzu. Ponadto, z długiem zamawiającego są związane rozmaite powinności towarzyszące, np. dostarczenia wykonawcy niezbędnej dokumentacji lub podjęcia innego współdziałania.

Z kolei w ramach koncesji na usługi wykonawca zobowiązuje się zorganizować (przygotować) proces świadczenia określonych usług, zwłaszcza publicznych, wykonywać te usługi i zarządzać nimi, np. zapewnić obsługę publicznej strefy parkowania, przejętych linii autobusowych, wypożyczalni rowerów, kąpieliska lub innych urządzeń rekreacyjnych albo spełniać jakieś świadczenia zdrowotne, natomiast zamawiający tytułem należnego wykonawcy ekwiwalentu zobowiązuje się zezwolić mu, w ramach posiadanej wyłączności publicznoprawnej, na wykonywanie przedmiotowych usług na ustalonych warunkach z ewentualną dopłatą w pieniądzu. W szczególności zamawiający zobowiązuje się oddać wykonawcy na cele koncesji określone nieruchomości publiczne (hale, place, pobocza ulic, zatoki przystankowe, części pasa drogowego itd.) oraz związane z nimi urządzenia infrastruktury technicznej, udostępnić określoną przestrzeń publiczną, a ponadto zezwolić na używanie znaków firmowych (logo) z powoływaniem się na renomę zamawiającego, celem zwiększenia zaufania klientów do świadczonych usług. Przygotowanie i zorganizowanie procesu świadczenia zamówionych usług łączy się zazwyczaj z koniecznością ponoszenia przez wykonawcę określonych nakładów rzeczowo – finansowych, a także zapewnienia odpowiedniego (kwalifikowanego) personelu wyposażonego w stosowny sprzęt, zwłaszcza informatyczny i środki łączności. W umowie koncesyjnej należy zatem ustalić nie tylko odpowiedni schemat całego procesu usługowego, wraz z wymaganiami dotyczącymi personelu angażowanego do jego realizacji, lecz także konkretne powinności z zakresu ponoszenia nakładów koniecznych do uruchomienia działalności operacyjnej przez koncesjonariusza. Doniosłe mogą być też zasady rozliczeń końcowych między stronami, a także sam sposób i częstotliwość świadczenia zamówionych usług, korelowane wprost z określonymi potrzebami zbiorowymi. Niezbędny jest zatem wyczerpujący opis standardowych czynności usługowych wraz z miernikami stopnia efektywnego zaspokajania potrzeb zbiorowych lub samej instytucji zamawiającej. Szczególny obowiązek koncesjonariusza łączy się ze sprawowaniem należytego zarządzania procesem świadczenia zamówionych usług. Liczą się tu głównie powinności dotyczące utrzymania urządzeń i innych środków w należytych stanie, zachowania ciągłości i powszechnej dostępności świadczonych usług (choć mogą być jakieś ograniczenia), zapewnienia bezpieczeństwa i pełnego monitoringu co do ilości i jakości świadczonych usług, dbałości o kwalifikacje personelu i ochronę interesu publicznego, lojalności wobec zamawiającego połączonej z troską o zachowanie dobrego wizerunku, zapewnienia rzetelnej obsługi finansowej itd.

Powierzone usługi wykonawca zobowiązuje się świadczyć wobec zamawiającego, a nie wobec osób trzecich, nawet jeśli mają być ich odbiorcami, na dodatek we własnym imieniu i na własny rachunek. W stosunku zatem do klientów wykonawca nie występuje ani jako zastępca czy powiernik zamawiającego, ani tym bardziej jako zobowiązany koncesyjnie. Wykonawca pozostaje bowiem zobowiązany wyłącznie wobec zamawiającego. Osoby trzecie nie nabywają żadnych roszczeń wobec niego z tytułu udzielonej koncesji. Szczególnymi uprawnieniami publicznoprawnymi mogą one dysponować wyjątkowo z innego tytułu, niezależnego od koncesji, np. z tytułu publicznoprawnego obowiązku przewozu obciążającego przewoźnika przy przewozach otwartych. Jedynie w ujęciu funkcjonalnym świadczenie usług objętych koncesją może być uznawane za przejaw realizacji zadania publicznego na rzecz mieszkańców. Niezależna pozycja koncesjonariusza wobec osób trzecich sprawia, że wykonywanie poszczególnych usług wymaga dodatkowych umów realizacyjnych z udziałem

osób trzecich, odpłatnych lub nieodpłatnych. Taka sytuacja prawna nie pozwala jednak rozpatrywać koncesji wprost w kategoriach umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej (art. 393 § 1 kc), lecz co najwyżej w charakterze ogólnej formuły umowy na rzecz osoby trzeciej (tzw. niewłaściwej), do której odpowiednie zastosowanie mogą znaleźć co najwyżej niektóre normy z art. 393 kc.

Wyłączność zamawiającego w zakresie organizacji określonych usług, do której – zgodnie z ustawą – dopuszcza koncesjonariusza w zakresie „prawa do zorganizowania i świadczenia tych usług”, nie musi wynikać z tradycyjnego monopolu w zaspokajaniu wybranych potrzeb publicznych (np. przesyłowych lub transmisyjnych), lecz wprost z cywilnego prawa własności obiektów lub innych urządzeń infrastruktury publicznej (hali widowiskowo – sportowej, urządzeń rekreacyjnych, placu, drogi publicznej, portu itd.) albo innych praw majątkowych do takich urządzeń (np. linii autobusowej lub tramwajowej wraz z przystankami). Jeśli świadczenie usług ma być odpłatne, na dodatek otwarte na rzecz ludności, korzyści koncesjonariusza są oczywiste. W przeciwnym razie, zwłaszcza w przypadku świadczenia usług nie w pełni rentownych, koncesjonariusz powinien być uprawniony do stosownego wyrównania nakładów w pieniądzu. Powierzenie mu świadczenia usług nie musi bynajmniej dotyczyć usług publicznych, może obejmować także czynności o innym charakterze (np. związane z administrowaniem gminną substancją mieszkaniową czy wykonywaniem jakichś usług na rzecz pracowników zamawiającego), byleby ryzyko operacyjne zostało przejęte sensownie przez koncesjonariusza.

Ustawowe podniesienie ryzyka koncesyjnego do rangi istotnego elementu zobowiązania, zwłaszcza związanego z popytem lub podażą (por. art. 3 ust. 4 u.u.k.), rzutuującego na koszty realizacji obiektu i późniejszej jego eksploatacji albo na koszty realizacji powierzonych usług, zmusza do rozważenia jego znaczenia prawnego. Po pierwsze, skoro stanowi samoistny element umowy, jego doniosłość należy łączyć bezpośrednio ze stymulacyjną rolą w zakresie wykonywania zamówienia, choć z drugiej strony ryzyko zazwyczaj dzieli, a nie integruje kontrahentów. Stąd z założenia ryzyko strat lub nieosiągnięcia spodziewanych korzyści (zysków) powinno stymulować wykonawcę nie tylko do dobrej organizacji działalności z zachowaniem zasad prawidłowej gospodarki, lecz także w kierunku utrzymania dostatecznych zdolności operacyjnych do ciągłej realizacji świadczeń na rzecz klientów wraz z kreatywną promocją popytu. Ryzyko operacyjne powinno być zatem każdorazowo w umowie należycie zidentyfikowane i wyraźnie przypisane wykonawcy. Tylko wyjątkowo może być ono stosownie podzielone pomiędzy obie strony, lecz większa jego część zawsze powinna obciążać wykonawcę (por. art. 5 dyrektywy). Po drugie, unikać trzeba wszelkiej pozoracji przejęcia ryzyka przez wykonawcę lub obejścia konsekwencji z niego wynikających, ze szkodą dla interesu publicznego. Zgodnie z dyrektywą koncesjonariusz przejmuje realne ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych bądź kosztów poniesionych na eksploatację obiektu lub świadczenie powierzonych usług. Oznacza to, że ryzyko nieosiągnięcia zysku transakcyjnego nie wyczerpuje całości tego ryzyka. Dlatego liczą się rozmaite klauzule stabilizujące zobowiązanie, które w swojej strukturze muszą uwzględniać tak znaczne ryzyko po stronie wykonawcy, zwłaszcza na wypadek nieopłacalności transakcji lub niebezpieczeństwa szkód. Po trzecie, skoro nieopłacalność transakcji może być wynikiem zaniedbań samego koncesjonariusza bądź wzrostu kosztów po jego stronie, pociągających spadek zainteresowania oferowa-

nymi przez niego świadczeniami, okoliczności tych nie powinno się w ogóle łączyć z podstawami uprawniającymi do rozwiązywania umowy, nawet w ramach klauzuli *rebus sic stantibus* (art. 357¹ kc). Nie ma jednak przeszkód, aby ją zastosować z uwagi na inne okoliczności niemożliwe do przewidzenia, zwłaszcza zaistniałe po stronie zamawiającego. W konsekwencji w ramach postanowień umów koncesyjnych niezbędne jest ustalenie warunków realizacji zobowiązań koncesjonariusza w zakresie rzutującym bezpośrednio na jego uprzednio zindywidualizowane ryzyko operacyjne. Przede wszystkim trzeba dokładnie określić warunki eksploatacyjne obiektu budowlanego, a przy koncesji na usługi także warunki świadczenia usług nią objętych. Ujemne skutki ryzyka operacyjnego mogą bowiem skłaniać koncesjonariusza do poszukiwania różnych niedozwolonych oszczędności eksploatacyjno – realizacyjnych, a w przypadku usług – także ograniczenia ilości lub jakości samych świadczeń na rzecz ludności.

Umowy koncesyjne cechują się oryginalnym powiązaniem elementów obligacyjnych, które nie występują w żadnej umowie nazwanej. Na dodatek funkcjonują w kilku wersjach, a w praktyce są wzbogacone *in casu* jeszcze o rozmaite składniki uzupełniające. Układ i charakter świadczeń w obu kategoriach koncesji wskazuje na wyłącznie obligacyjną naturę wynikających z nich stosunków. Wyjątek w postaci związania o charakterze prawno – rzeczowym może dotyczyć jednak koncesji budowlanej, uprawniającej koncesjonariusza do eksploatacji obiektu w ramach prawa użytkowania w ujęciu art. 252 kc. Umowy koncesyjne są dwustronnie zobowiązujące, odpłatne (choć niekoniecznie w pieniądzu) oraz wzajemne, skoro z ustawy wynika, że świadczenie zamawiającego z założenia stanowić ma ekonomiczny równoważnik świadczenia wykonawcy. Ustalenia te potwierdza art. 16 u.u.k. o posiłkowym stosowaniu przepisów kodeksu cywilnego, a także przepisy art. 42 u.u.k. i n. o kształtowaniu treści umów koncesyjnych, stanowiące *lex specialis* względem kodeksu. W szczególności doniosłe znaczenie ma art. 45 u.u.k. o koncesji udzielanej wyłącznie na czas oznaczony, który nadaje jej w istocie charakter zobowiązania długoterminowego. Stąd ograniczenia odnośnie do dopuszczalnych zmian koncesji oraz jej przedwczesnego rozwiązania (art. 46–47 u.u.k.), a potrzeba ochrony interesu publicznego wymusza dodatkowo sankcję nieważności umowy z powodu uprzednich uchybień proceduralnych i szczególną kontrolę zamawiającego nad podwykonawstwem (art. 48–49 u.u.k.).

5. Kwalifikacja prawna koncesji

W świetle powyższego trudno zgodzić się z poglądem, według którego umowy koncesyjne mają charakter publicznoprawny⁷³³, co najwyżej w ujęciu funkcjonalnym, a nie konstrukcyjnym, ponieważ służą realizacji zadań publicznych. Nie zawierają też bezpośrednio żadnych pierwiastków władczo-administracyjnych⁷³⁴, a jeśli takie są wyjątkowo niezbędne – wymagają odrębnego aktu administracyjnego, np. zezwalającego koncesjonariuszowi na wykonywanie ekshumacji w obrębie prowadzonego cmentarza grzebalne-

⁷³³ Przeciwnie twierdzą zwłaszcza: A. Panasiuk, *Koncesja...*, s. 192–193; M. Kania, *Umowa...*, rozdz. VI.

⁷³⁴ Odmienne jednak M. Waligórski, *Administracyjnoprawna reglamentacja działalności gospodarczej*, Poznań 1994, s. 127.

go. Publicznoprawne zaś cele koncesji wprawdzie nie kształtują bezpośrednio struktury umowy, ale mają doniosły wpływ na interpretację przepisów prawa.

Umowę koncesji budowlanej niewątpliwie należy rozpatrywać w kategoriach umowy mieszanej (nienazwanej)⁷³⁵, o krzyżujących się świadczeniach, świadczenie wykonawcy odpowiada bowiem umowie o roboty budowlane, stanowiącej podtyp umowy o dzieło (art. 647 kc)⁷³⁶, natomiast wzajemne świadczenie zamawiającego, polegające na udostępnieniu wykonawcy obiektu do eksploatacji, jest właściwe dla umowy najmu (art. 659 kc) albo nawet dzierżawy (art. 693 kc) – w razie uprawnienia wykonawcy do pobierania pożytków eksploatacyjnych (także cywilnych). W tym drugim przypadku nie można wykluczyć – jak już wspomniano – możliwości zastosowania prawa bezwzględnie obowiązującego, o charakterze prawnorzeczowym w postaci użytkowania (art. 252 kc)⁷³⁷. Niezależnie od powyższych wersji, koncesji budowlanej może towarzyszyć dodatkowe zobowiązanie wykonawcy do odpłatnego bądź nieodpłatnego świadczenia usług na warunkach zlecenia lub umowy o dzieło, na rzecz osób trzecich, lecz bez wyposażania ich w samodzielne roszczenia obligacyjne z art. 393 kc. Koncesja na usługi opiera się na mniej złożonej strukturalnie, lecz bardziej skomplikowanej charakterologicznie, konstrukcji prawnej. Podstawowe, a nie uboczne, świadczenie wykonawcy odpowiada umowie – zleceniu lub na warunkach zlecenia (art. 734–750 k.c.) bądź innej umowie dotyczącej usług (o dzieło, przewozu, przechowania itd.), wykonywanych bezpośrednio na rzecz samego zamawiającego albo z zastrzeżeniem gotowości do ich spełnienia (przygotowanie techniczno-organizacyjne) na rzecz osób trzecich, w celu realizacji określonego zadania publicznego, obciążającego zamawiającego, choć cel ten nie stanowi istotnego elementu strukturalno-materialnego zobowiązania. Świadczenie wzajemne zamawiającego jest natomiast nienazwane, skoro ma polegać na przekazaniu wykonawcy prawa do pełnienia przedmiotowych usług, chyba że częściowo będzie uzupełniane płatnością wyrównawczą w pieniądzu. Także i w przypadku koncesji na usługi mamy zatem do czynienia z umową mieszaną o krzyżujących się świadczeniach wzajemnych: nazwanych i nienazwanych. Niezbyt jasno rysuje się jednak znaczenie ekonomiczno – prawne świadczenia obciążającego zamawiającego w postaci przekazania wykonawcy prawa do świadczenia usług, tym bardziej, że nie musi, choć może, mieć ono charakter monopolistyczny. Wystarczy, jak się zdaje, zwykłe dopuszczenie wykonawcy do sfery prawnej zamawiającego, z którą łączy się prawo świadczenia określonych usług, zwłaszcza wykonywanych odpłatnie usług publicznych. Będzie to więc swoiste prawo wykonywania działalności zarobkowej w sferze leżącej w gestii zamawiającego.

⁷³⁵ W piśmiennictwie niektórzy postrzegają umowy mieszane jako samodzielną kategorię umów, obok nazwanych i nienazwanych, por. zwłaszcza R. Longchamps de Berier: op. cit., s. 152–153, S. Grzybowski (w:) System prawa cywilnego, t. III/2, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 1976, s. 17, M. Nesterowicz: Odpowiedzialność cywilna biur podróży, Warszawa 1974, s. 69–73 oraz M. Sośniak: Zagadnienia... op. cit., s. 18 i n., natomiast dominuje stanowisko, zgodnie z którym umowy mieszane stanowią podklasę umów nienazwanych, por. zwłaszcza B. Gawlik: Umowy... op. cit., s. 25 i n., Z. Radwański: Teoria... op. cit., s. 238 i n. oraz W. Katner (w:) System prawa prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2009, s. 6 i n.

⁷³⁶ Więcej o tym R. Szostak, *Umowa o roboty budowlane z perspektywy nowego kodeksu cywilnego*, w: E. Gniewek, K. Górską, P. Machnikowski (red.), *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań*, Warszawa 2010, s. 436 i n.

⁷³⁷ Użytkowanie wieczyste (art. 232 kc) raczej odpada, ponieważ „przerasta” swymi funkcjami i konstrukcją potrzeby racjonalnej koncesji, natomiast warunki prawne służebności (art. 285 kc) w ogóle nie przystają do struktury zobowiązania koncesyjnego.

Wprawdzie umowy koncesyjne ciągle jeszcze znajdują się w stanie reaktywacji, jednak ich modele normatywne zostały już dostatecznie zarysowane w ustawie. Te dość jednoznaczne normy prawne nie kształtują jednak w sposób wyczerpujący wszystkich praw i obowiązków stron. Ostatecznie unormowanie obu typów koncesji nastąpi niewątpliwie pod wpływem orzecznictwa i doświadczeń praktyki. Wymaga to stabilnych podstaw normatywnych i sprzyjających warunków organizacyjnych, przede wszystkim upowszechniania trafnej wykładni urzędowej i promocji dobrych wzorców umownych. Niestety oficjalne reaktywowanie koncesji nastąpiło dość późno, dopiero po 20 latach transformacji, na dodatek w warunkach braku zdecydowanej koncepcji. W szczególności do elementów istotnych obu typów koncesji o znaczeniu kwalifikacyjnym nie należy już (z woli ustawodawcy) publicznoprawny cel koncesji, choć nadal zachowuje on doniosłe znaczenie praktyczne, lecz tylko w wymiarze funkcjonalnym, rzutując na zasady wykładni niejasnych przepisów, ujęcie postanowień samej umowy (art. 65 kc), treść zasady realnego wykonania zobowiązania (art. 354 kc), pojęcie wady przedmiotu umowy (art. 556 kc) itd.

Regulacja ustawowa obu typów koncesji nie jest jeszcze na tyle wyczerpująca, aby pozwalała rozpatrywać ją w kategoriach samodzielnych typów umów nazwanych. Przede wszystkim brak szczegółowych przepisów dotyczących praw i obowiązków stron na wypadek sporu między nimi. Jako umowy mieszane obie koncesje wchodzą w status umów nienazwanych ze wszystkimi konsekwencjami. Dlatego zgodnie z teorią umów mieszanych o świadczeniach krzyżujących się, przy złożonej konstrukcji koncesji, do każdego ze zobowiązań stron dotyczących poszczególnych świadczeń należy stosować, w drodze *analogia legis*, właściwe dla tych świadczeń przepisy prawa⁷³⁸, a co do zobowiązań niemających żadnych odpowiedników w umowach nazwanych – wystarczyć muszą zasady ogólne zobowiązań z wnioskami nasuwającymi się w trybie *analogia iuris*.

W zakresie zobowiązania koncesjonariusza budowlanego, polegającego na wykonaniu oznaczonego dzieła budowlanego aktualne będą przepisy kodeksowe, zwłaszcza o roli dokumentacji projektowej (art. 648–649 kc), przejęciu terenu budowy (art. 652 kc), zawiadomieniu o przeszkodach (art. 651 kc), odbiorach częściowych dzieła (art. 654 kc), skutkach spóźnienia lub wadliwej realizacji dzieła (art. 635–636 kc), koniecznym współdziałaniu zamawiającego (art. 640 kc), wydaniu i odbiorze ukończonego dzieła (art. 643 kc), rękojmi za wady dzieła (art. 638 kc). Z uwagi na specyfikację świadczenia po stronie zamawiającego, odpadają przepisy o wynagrodzeniu i jego zapłacie, a także o gwarancji zapłaty, chyba że umowa uprawnia wykonawcę do żądania częściowego ekwiwalentu w pieniądzu. Z wynagrodzeniem łączy się też bezprzedmiotowy w przypadku koncesji przepis art. 644 kc, uprawniający zamawiającego do odstąpienia od umowy w każdym czasie przed ukończeniem dzieła za zapłatą całkowitego wynagrodzenia. To samo dotyczy odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy na wypadek uchylenia się od zapłaty wykonawcy głównego (art. 647¹ kc).

⁷³⁸ Por. zwłaszcza Z. Radwański, *Teoria...*, s. 236 i n. odwołujący się do poglądów niemieckiej nauki prawa cywilnego, a także W. Katner, w: *System...*, s. 21–22. Zwolennicy koncepcji samodzielności umów mieszanych zmierzają jeszcze dalej, dopuszczając proste, a nie analogiczne zastosowanie przepisów dotyczących właściwych umów nazwanych. Por. zwłaszcza: A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 84; W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1970, s. 188–189.

Z drugiej strony o wyjątkowej możliwości zaangażowania podwykonawców przez koncesjonariusza, w zakresie tradycyjnie osobistego zobowiązania koncesyjnego, przesądził sam ustawodawca w art. 48 u.u.k., na wzór dyspozycji z art. 42 dyrektywy 2014/23, wprowadzając jednak swoistą kontrolę zamawiającego nad podwykonawstwem. Zamawiający z góry, w warunkach koncesji, może zażądać od wykonawców ubiegających się o udzielenie koncesji, aby wskazali w ofertach część przedmiotu zobowiązania, którą zamierzają zlecić podwykonawcom, a także aby wskazali proponowanych podwykonawców. Powierzenie wykonania części umowy podwykonawcom (zarówno z zakresu realizacji robót budowlanych, jak i eksploatacji obiektu) nie zwalnia koncesjonariusza z odpowiedzialności za należyte wykonanie tej umowy (art. 474 kc). Jeżeli koncesja na roboty lub usługi ma być wykonywana na obiekcie budowlanym podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, można zastrzec, aby po zawarciu umowy, a nie później niż w chwili rozpoczęcia realizacji koncesjonariusza, przekazał zamawiającemu informacje dotyczące angażowanych podwykonawców. Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby zamawiający zastrzegł z góry także podstawy weryfikacji zdolności proponowanych podwykonawców do należytej realizacji powierzanych im robót lub usług, wraz z prawem do wiążącego sprzeciwu względem ewentualnie niewiarygodnego podwykonawcy. W okresie eksploatacji obiektu objętego koncesją na potrzeby świadczenia usług publicznych, podwykonawstwo „usługowe” powinno być raczej wyłączone z uwagi na podwyższoną miarę zdolności wykonawcy do wykonywania usług „otwartych” i ciągle dostępnych. Zagrożenia są o wiele mniejsze, gdy eksploatacja obiektu budowlanego służy innym celom, zwłaszcza zaspokojeniu potrzeb samego koncesjonariusza. W takim razie oddanie obiektu (części) w podnajem lub poddzierżawę osobie trzeciej zazwyczaj nie zagraża prawidłowej eksploatacji. Wystarczy tu zatem zgoda zamawiającego na dopuszczenie osoby trzeciej.

Kwalifikacja prawna zobowiązania w zakresie eksploatacji obiektu przez koncesjonariusza zależy od rodzaju jego uprawnień. W razie oparcia ich na konstrukcji najmu albo dzierżawy (najem nie uprawnia do pożytków), pojawia się dylemat, czy wykorzystywanie obiektu do świadczenia jakichkolwiek usług na rzecz osób trzecich przesądza o czerpaniu pożytków cywilnych z nieruchomości (obektu), czy też źródłem tego rodzaju pożytków będzie dopiero oddanie obiektu (jego części) w podnajem lub poddzierżawę. Trzeba jednak zgodzić się z dominującym poglądem, że przeznaczenie obiektu do odpłatnego świadczenia usług publicznych (transportowych, serwisowych, sportowo-rekreacyjnych, rozrywkowych, zdrowotnych, pocztowych i t.d.), z prawem do przychodów, nie przesądza automatycznie o prawie do czerpania pożytków cywilnych przez prowadzącego działalność usługową, ponieważ to nie nieruchomość stanowi przedmiot stosunku prawnego z klientami, lecz bezpośrednio aktywność gospodarza wykonawcy⁷³⁹. Tylko zatem wyjątkowo, gdy świadczeniu usług towarzyszy podnajem powierzchni albo usługi polegają na odpłatnym przechowywaniu przedmiotów – właściwym będzie stosunek dzierżawy, a nie najmu. Nie można też wykluczyć koncesji uprawniającej wykonawcę do pobie-

⁷³⁹ Por. P. Radomski: Umowy najmu i dzierżawy w kontekście problemu pobierania pożytków, „Prawo Spółek” 2000, Nr 7–8, s. 21, A. Lichorowicz [w:] System prawa prywatnego, t. 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, s. 156 oraz H. Cieplą [w:] Kodeks cywilny, Komentarz, t. IV, Zobowiązania – część szczegółowa, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, s. 961–962 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 23 marca 2007 r. (V CSK 476/06), Lex nr 315289.

rania pożytków naturalnych z powierzonej mu nieruchomości, w postaci wydobywania żwiru lub innego surowca, ryb ze stawu lub jeziora albo drewna z lasu⁷⁴⁰. Wobec tego ze względu na swoje właściwości konstrukcja najmu o wiele częściej odpowiada potrzebom racjonalnej koncesji, niż dzierżawa. Oba tytuły mają charakter obligacyjny, mogą być terminowe, a także obwarowane warunkiem zawieszającym bądź rozwiązującym. W obu przypadkach korzystający z cudzej nieruchomości może dysponować prawem zabudowy, jeśli zostało ono wyraźnie zastrzeżone w umowie⁷⁴¹. W zakresie eksploatacji powierzonego obiektu liczą się przede wszystkim przepisy o zachowaniu umówionego przeznaczenia, używaniu zgodnie z wymaganiami prawidłowej gospodarki, ponoszeniu koniecznych nakładów oraz o jego zwrotnym przekazaniu zamawiającemu po ustaniu koncesji, w stanie, w jakim powinien znajdować się według umowy.

Trudny problem przedawnienia roszczeń trzeba zaś rozwiązywać „podzielnie”, a mianowicie odrębnie względem każdego ze zobowiązań objętych strukturą umowy koncesyjnej, tym bardziej że nawet w umowach nazwanych sam ustawodawca różnicuje niekiedy termin przedawnienia. Dlatego roszczenia obu stron z tytułu wykonania dzieła budowlanego przedawniają się na zasadach ogólnych w terminach z art. 118 kc⁷⁴², o ile nic innego nie wynika z analogicznego stosowania przepisów dotyczących umów pokrewnych. Także odpowiedzialność z tytułu rękojmi jest aktualna na zasadzie podwójnego odesłania z art. 656 oraz 638 kc. Ostatecznie do odpowiedzialności za wady dzieła budowlanego stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży⁷⁴³. Zgodnie zaś z art. 568 § 1 kc wykonawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem 5 lat od dnia wydania dzieła zamawiającemu. Problem w tym, że na ogół bezpośrednio po odbiorze dzieła zamawiający przekazuje ponownie obiekt budowlany we władanie wykonawcy – koncesjonariusza. Wprawdzie wykryte przy odbiorze tzw. wady jawne i braki ilościowe wykluczają odbiór aprobacyjno – zwalniający, który zostaje odroczony (*argumentum a contrario* z art. 643 kc), jednak potem brak już zwyczajnych sposobności ujawnienia tzw. wad ukrytych. Dlatego powinno się zalecać stosowną modyfikację rękojmi w samej koncesji (art. 558 kc), zwłaszcza polegającą na wprowadzeniu okresowych przeglądów obiektu w okresie rękojmi z udziałem zamawiającego, zorientowanych właśnie na ujawnianie wad fizycznych, a także odpowiednie wydłużenie okresu rękojmi.

W okresie eksploatacji obiektu na warunkach najmu odpowiednie zastosowanie przepisów kodeksowych nie nasuwa większych trudności, komplikuje się zaś przy drugiej (dzierżawnej) wersji koncesji, uprawniającej koncesjonariusza do czerpania pożytków. Jednak także i przy tej drugiej konstrukcji trzeba sięgać (w wyniku ustawowego odesłania) do niektórych przepisów o najmie. Aktualne zatem mogą być zwłaszcza przepisy o wydaniu obiektu (art. 662 § 1 kc), eksploatacji z zachowaniem zasad prawidłowej gospodarki

⁷⁴⁰ Przedmiotem dzierżawy mogą być tylko takie obiekty, które nadają się do czerpania pożytków naturalnych lub cywilnych, choć in casu można je oddawać także w najem, z wyłączeniem prawa do pożytków. Tak Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 5 marca 2013 r. (I ACa 83/13), Legalis.

⁷⁴¹ Zob. art. 3 pkt 11 p. bud.

⁷⁴² Por. uchwałę składu siedmiu sędziów SN z 11.01.2002 r. (III CZP 63/01), OSP 2002/10, poz. 125, z aprobowaną glosą E. Zielińskiej oraz komentarzem W. Robaczynskiego w „Przeglądzie Sądowym” 2005/11–12, s. 225 i n. Por. też P. Drapała, w: J. Gadowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania*, Warszawa 2013, s. 382.

⁷⁴³ Więcej o tym na gruncie znowelizowanych przepisów kodeksowych W. Białończyk, *Odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady nieruchomości budowlanej*, cz. I, II i III, „Nieruchomości” 2015/6, 7 i 8.

(696 kc), niezbędnych naprawach obciążających koncesjonariusza (art. 697 kc), zgodnie zamawiającego na poddzierżawę (art. 698 kc), a przede wszystkim o zwrocie obiektu zamawiającemu we właściwym stanie (art. 705 kc). Przytoczone przepisy mają w zasadzie charakter względnie obowiązujący i dlatego w umowie można inaczej ułożyć objęte nimi kwestie. Kodeksowe przepisy o przedwczesnym wypowiedzeniu umowy zostają tu wyłączone z uwagi na odmienną regulację ustawową.

Niepewności kwalifikacyjne w odniesieniu do koncesji na usługi potęgują się, ponieważ koncesjonariusz przyrzeka zamawiającemu wykonywanie powierzonych usług, na ogół nie „do jego rąk”, lecz na rzecz osób trzecich, które bezpośrednio z koncesji nie nabywają przecież do wykonawcy żadnych roszczeń, wręcz odwrotnie – podstawą otrzymywania przez nie określonych świadczeń są odrębne umowy realizacyjne. W rezultacie nie wolno do tego rodzaju koncesji zastosować usprawniającej konstrukcji z art. 393 kc. Oczywiście nie można wykluczyć całkowicie koncesji z dodatkowym zastrzeżeniem z art. 393 kc, lecz na ogół nie będzie ona dostatecznie praktyczna, zwłaszcza z punktu widzenia indywidualnych potrzeb osób trzecich i zasad odpłatności za nabywane usługi. Trudności kwalifikacyjne potęgują się ponadto na tle wzajemnego uprawnienia koncesjonariusza do świadczenia powierzonych mu usług w sferze zadań zamawiającego. Skoro model stosunku koncesyjnego z woli samego ustawodawcy buduje się z uwzględnieniem praw i obowiązków stron o bezpośredniej doniosłości gospodarczej, brak podstaw do rozpatrywania kontraktu koncesyjnego, choćby nawet częściowo, w kategoriach umowy ramowej. Za element świadczenia podstawowego wykonawcy trzeba uznać zatem obowiązek przygotowawczego zorganizowania procesu usługowego, zwłaszcza utrzymywania w gotowości określonego potencjału techniczno-zawodowego, tym bardziej że pociąga on pewne koszty. Dopiero na drugim planie pozostaje obowiązek efektywnego świadczenia powierzonych usług na rzecz oznaczonych rodzajowo osób trzecich, z zastrzeżeniem co najmniej minimalnych ilości świadczeń (obsłużonych osób), w uzgodnionych okresach rozliczeniowych. Przykładowo w praktyce ustala się sposób zorganizowania, wyposażenia i utrzymywania określonej linii autobusowej (tabor, przystanki, kursy itd.), a także treść świadczeń przewozowych, spełnianych na rzecz mieszkańców, choć nie mają oni w tym zakresie żadnych samodzielnych roszczeń. Uzasadnia to odpowiednie zastosowanie kodeksowych przepisów o zleceniu (art. 734 kc), umowie o dzieło (art. 627 kc) albo o przewozie (art. 774 kc), w zależności od treści świadczenia usługowego. Dla analogii zaś z art. 393 kc, w zakresie tzw. niewłaściwej umowy na rzecz osoby trzeciej, wystarczy przecież, aby osoba ta była rodzajowo „oznaczalna”, a niekoniecznie z góry zindywidualizowana. Charakteru umowy, uzasadnionego głównymi obowiązkami wykonawcy, nie zmieniają ewentualne zastrzeżenia dodatkowe, zwłaszcza o wyłączności wykonawcy w zakresie powierzonych usług czy o jego lojalności względem zamawiającego. Z kolei kwalifikacja „prawa do świadczenia” powierzonych usług, w sferze zadań zamawiającego, musi być z konieczności dokonana jedynie z uwzględnieniem ogólnych zasad zobowiązań (wobec braku możliwości zastosowania *analogia legis*) w ramach „nienazwanej konstrukcji prawnej.

Publikacja została opracowana w ramach projektu "Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji". Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Projekt realizowany w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne, w latach 2017- 2018.

ISBN: 978-83-88686-49-8

Warszawa 2018