

Lidia Piotr-Krajecka

UMOWA W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Stan prawny aktualny na 22 marca 2021 r.

Wydanie 2

Warszawa 2021

Spis treści

Wstęp.....	9
1. CHARAKTER I SPECYFIKA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO	11
1.1 Charakter umowy o zamówienie publiczne	11
1.2 Zakres pojęć dotyczących umowy o zamówienie publiczne na gruncie ustawy Pzp	14
1.3 Zasada swobody umów na gruncie Prawa zamówień publicznych	16
2. WSPÓŁDZIAŁANIE STRON UMOWY	22
3. KSZTAŁTOWANIE POSTANOWIEŃ UMOWY.....	26
3.1 Jednostronne kształtowanie wzoru umowy	27
3.2 Ograniczenia w zakresie kształtowania postanowień	28
3.3 Zasada swobody umów	29
3.4 Wiążący charakter wzoru umowy	32
3.5 Zaskarżanie postanowień umowy	33
3.6 Termin zawarcia umowy	35
4. ZASADY ZAWIERANIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO	37
4.1 Zasada pisemności	38
4.2 Zasada języka polskiego	39
4.3 Zasada jawności	40
4.4 Zasada prawa polskiego	43
4.5 Czas zawarcia (obowiązującego) umowy	43
4.6 Umowy na czas określony	44
4.7 Umowy na świadczenia okresowe lub ciągłe	45
4.8 Umowy na czas nieoznaczony	48
4.9 Termin zawarcia umowy o zamówienie publiczne	48
5. POSTANOWIENIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO ...	53
5.1 Strony umowy	54
5.2 Niezbędne postanowienia umowy według ustawy Pzp	58
5.3 Przedmiot umowy	65
5.4 Prawo opcji	70
5.5 Odbiór przedmiotu zamówienia	74
5.6 Rodzaje wynagrodzenia wykonawcy	87
5.7 Zapłata wynagrodzenia wykonawcy	96
5.8 Zaliczki w umowie	108

5.9	Gwarancja, rękojmia, serwis	113
5.10	Prawa autorskie i pokrewne.....	120
5.11	Cesja.....	129
5.12	Kary umowne.....	131
6.	KLAUZULE W UMOWACH O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE	145
6.1	Zatrudnienie na podstawie stosunku pracy.....	146
6.2	Zatrudnienie osób społecznie marginalizowanych.....	152
6.3	Ochrona danych osobowych RODO	156
6.4	Waloryzacja wynagrodzenia z powodu zmiany podatku, składek ZUS	161
6.5	Waloryzacja wynagrodzenia z powodu zmiany cen materiałów.....	172
7.	NIEDOZWOLONE KLAUZULE UMOWNE	176
7.1	Zasada proporcjonalności	176
7.2	Niedozwolone klauzule umowne.....	177
7.3	Niedozwolone klauzule umowne w orzecznictwie.....	181
7.4	Nieuczciwe postanowienia umowne	186
8.	UMOWA ZAWARTA W TRYBIE ZAMÓWIENIA IN HOUSE	188
9.	ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY	192
9.1	Cel zabezpieczenia.....	193
9.2	Termin wniesienia zabezpieczenia.....	194
9.3	Formy zabezpieczenia	196
9.4	Wysokość zabezpieczenia.....	198
9.5	Zwrot zabezpieczenia.....	200
10.	ZMIANA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO.....	204
10.1	Istotna zmiana umowy	204
10.2	Dopuszczalne zmiany umowy.....	210
10.3	Zmiana umowy na podstawie klauzul Pzp	230
10.4	Możliwość zmiany umowy na podstawie Kc.....	231
11.	PODWYKONAWSTWO	234
11.1	Pojęcie podwykonawcy.....	234
11.2	Powierzenie wykonawcy części zamówienia	237
11.3	Umowa o podwykonawstwo	238
11.4	Umowa podwykonawca wg. Kodeksu cywilnego.....	239
11.5	Umowa podwykonawcza wg. Pzp	241
11.6	Zawieranie umów o podwykonawstwo wg. Pzp.....	245
11.7	Zawieranie umów o podwykonawstwo wg. Kodeksu cywilnego.....	248
11.8	Zasady uruchamiania bezpośredniej płatności dla podwykonawcy.....	249
11.9	Zasady odpowiedzialności wobec podwykonawców za zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty.....	252

12. ODSTĄPIENIE OD UMOWY	259
12.1 Przesłanki odstąpienia od umowy wg. Pzp.....	260
12.2 Zasady odstąpienia od umowy.....	264
12.3 Odstąpienie od umowy na podstawie Kodeksu cywilnego.....	266
12.4 Odstąpienie od umowy przez wykonawcę.....	268
12.5 Rozwiązanie umowy.....	269
13. NIEWAŻNOŚĆ, UNIEWAŻNIENIE UMOWY	272
13.1 Nieważność umowy	272
13.2 Unieważnienie umowy.....	273
13.3 Uprawnienie Prezesa UZP.....	277
13.4 Skutek unieważnienia umowy	279
13.5 Unieważnienie umowy przez KIO.....	280
14. ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY	282
14.1 Odpowiedzialność kontraktowa.....	282
14.2 Należyta staranność.....	283
14.3 Solidarna odpowiedzialność.....	284
14.4 Modyfikacja odpowiedzialności.....	287
14.5 Wysokość odszkodowania	288
14.6 Dochodzenie odszkodowania.....	289
15. RAPORT Z REALIZACJI UMOWY	294
WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH.....	299

Wstęp

Umowa o zamówienie publiczne to potoczne określenie umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W treści ustawy Prawo zamówień publicznych umowa ta nosi nazwę „umowa w sprawie zamówienia publicznego”. W niniejszym poradniku pojęcia te używane są zamiennie.

W literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie podkreśla się, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. Jednak nawet najlepsza oferta nie zagwarantuje prawidłowego wykonania zamówienia, jeżeli treść umowy zawartej z wykonawcą nie będzie określała sposobu wykonania zamówienia oraz praw i obowiązków stron umowy. Sporządzenie „dobrej” umowy to połowa sukcesu, druga połowa to prawidłowa realizacja umowy.

Nowe Prawo zamówień publicznych, mimo że treść wielu przepisów o umowach w sprawie zamówienia publicznego nie ulegała istotnej zmianie w stosunku do przepisów ustawy Pzp z 2004 r., wprowadziło zasadniczą zmianę spojrzenia na umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zmiany w obszarze przepisów dotyczących tych umów miały zasadniczo trzy cele:

- ograniczenie negatywnego zjawiska jakim jest zbyt jednostronne kształtowanie postanowień umów przez zamawiających,
- wzmocnienie regulacji dotyczących fazy wykonania i ewaluacji umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- zwiększenie przejrzystości regulacji przez zebranie przepisów dotyczących umów (rozproszonych w wielu miejscach w ustawie Pzp z 2004 r.) w jednym dziale, a także nową redakcją przepisów, których stosowanie było utrudnione (np. przepis dotyczący zmian umowy).

Ograniczeniu praktyki jednostronnego kształtowania postanowień umowy przez zamawiającego służą przepisy o niedozwolonych klauzulach umownych. Zakaz umieszczania w umowach określonych postanowień pozwoli na eliminację takich niekorzystnych zjawisk jak przerzucanie na wykonawców odpowiedzialności za większość ryzyk powstałych w toku realizacji zamówienia, czy zastrzeganie możliwości zmniejszania zakresu zamówienia bez zagwarantowania wykonawcy jego minimum.

Skutkiem takich działań jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców

uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego. Uwzględniając okoliczności związane z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi, ustawa Pzp wprowadza nakaz umieszczania w umowie określonych postanowień, głównie w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W połączeniu z unormowaniami o płatnościach częściowych, zaliczkach czy maksymalnej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nowe umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny być formułowane w sposób zabezpieczający interesy obu stron, a postanowienia tych umów proporcjonalnie do rodzaju i wartości zamówienia publicznego.

Oczywistym jest, że zawarcie umowy nie jest celem w samym w sobie. Podstawowym celem jest bowiem należyte wykonanie zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów stron umowy. Urzeczywistnieniu tego celu ma służyć zasada współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy w celu należytej realizacji zamówienia publicznego. Należytemu wykonywaniu umów ma też służyć instytucja raportu z realizacji umowy, który zamawiający przeprowadza na wypadek niepowodzenia lub przeszkód w realizacji umowy. Ta nowa instytucja ewaluacji umowy w sprawie zamówienia publicznego ma pomóc w unikaniu błędów w przyszłości.

W niniejszym poradniku omówiono poszczególne postanowienia umowy o zamówienie publiczne, ze wskazaniem nadal aktualnego orzecznictwa KIO oraz z uwzględnieniem wskazówek i opinii UZP w zakresie omawianych zagadnień. W celu ułatwienia zamawiającym opracowywania wzorów umów, a wykonawcom weryfikacji ich treści, w poradniku zamieszczono przykładowe zapisy (postanowienia) umowy.

Opracowanie co do zasady dotyczy umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych po dniu 1 stycznia 2021 r. w następstwie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego po tym dniu. Zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 2020), do umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych, o których mowa w ustawie Pzp zawartych:

- 1) przed dniem 1 stycznia 2021 r.,
- 2) po dniu 31 grudnia 2020 r., w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r.

– stosuje się przepisy dotychczasowe tj. ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Szereg postanowień, instytucji lub unormowań jest opisanych podobnie w obu ustawach tj. w Pzp z 2004 r. i w Pzp z 2019 r. Z tego powodu opracowanie może być wykorzystane przy zawieraniu i realizacji umów, do których ma zastosowanie ustawa Pzp 2004 (np. przesłanki zmiany umowy, ale tu podstawą zmiany będzie art. 144 ustawy Pzp 2004 r.). Podobieństwo unormowań umożliwia też wykorzystanie dotychczasowego orzecznictwa KIO dotyczącego umów o zamówienie publiczne, zaleceń UZP w zakresie kształtowania klauzul umownych oraz literatury przedmiotu.

1. CHARAKTER I SPECYFIKA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Umowa w sprawie zamówienia publicznego (w publikacji „umowa o zamówienie publiczne”) to zgodne oświadczenie woli zamawiającego i wykonawcy, określające istotne elementy umowy takie jak przedmiot zamówienia, warunki i termin realizacji oraz wynagrodzenie. Taka definicja umowy o zamówienie publiczne oparta na przepisach kodeksu cywilnego (art. 66 kc) jest jednak zbyt dalekim uproszczeniem. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, umowa o zamówienie publiczne występuje w dwóch znaczeniach: jako synonim umowy albo jako określenie jej przedmiotu. Umowa o zamówienie publiczne jest „zamówieniem publicznym”, przez które rozumiemy „umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług” (art. 7 pkt. 32) Pzp).

1.1 Charakter umowy o zamówienie publiczne

Umowę o zamówienie publiczne cechują charakterystyczne elementy. W pierwszej kolejności – co wynika z definicji zamówienia publicznego – jest to umowa odpłatna, gdzie każda ze stron uzyskuje lub ma uzyskać określoną korzyść majątkową. Na podstawie tej umowy zamawiający zamawia świadczenie dostaw, usług lub robót budowlanych w zamian za świadczenie wzajemne, które nie musi być w pieniądzu. Świadczenie zamawiającego może mieć inną postać np. rzeczową lub usługową, byleby nadawało się do wyceny pieniężnej.

Dla zobrazowania sposobu rozumienia odpłatnego charakteru umowy o zamówienie publiczne warto wskazać orzeczenie z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 Helmut Müller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, ECLI:EU:C:2010:168. W rozpatrywanej sprawie urząd do spraw nieruchomości, sprzedał grunt, na którym nabywca miał następnie wykonać roboty odpowiadające celom rozwoju urbanistycznego określonym przez miasto Wildeshausen. Działająca w sektorze nieruchomości spółka Helmut Müller GmbH zakwestio-

nowała ważność tej umowy, podnosząc, że przedmiotowa transakcja posiadała cechy zamówienia publicznego na roboty budowlane i powinna zostać zawarta z podmiotem wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oberlandesgericht Düsseldorf, przed którym zawisł spór, podzielił wątpliwości skarżącego i skierował do Trybunału pytania, w tym dotyczące wykładni pojęcia „zamówienia publicznego na roboty budowlane” i odpłatnego charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Trybunał przypominał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odpłatny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w ramach zamówienia publicznego, w zamian za świadczenie wzajemne otrzymuje z tego tytułu świadczenie, które polega na wykonaniu robót budowlanych określonych przez instytucję zamawiającą. Świadczenie takie powinno stanowić bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej, przy czym nie jest konieczne, by świadczenie to miało formę przeniesienia własności przedmiotu materialnego. Jednak zdaniem Trybunału samo wykonywanie kompetencji regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji, mające na względzie interes ogólny, nie ma na celu uzyskania świadczenia umownego, ani bezpośredniego przysporzenia dla instytucji zamawiającej. W konsekwencji w odpowiedzi na pytania pierwsze i drugie Trybunał stwierdził, że pojęcie „zamówienia publicznego na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE nie wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia zostały wykonane materialnie lub fizycznie dla instytucji zamawiającej, jeżeli stanowią dla niej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym, ale dla spełnienia tej przesłanki nie jest wystarczające wykonywanie przez instytucję zamawiającą kompetencji regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji.

Ponadto zamówieniem publicznym objętym zakresem dyrektywy 2004/18 jest tylko umowa o charakterze odpłatnym. Odpłatny charakter umowy oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w ramach zamówienia publicznego, otrzymuje z tego tytułu świadczenie w zamian za świadczenie wzajemne. Otrzymane świadczenie polega na wykonaniu robót budowlanych określonych przez instytucję zamawiającą (zob. wyroki: z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt. 77; z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Zb. Orz. s. I-385, pkt. 45). Świadczenie takie, uwzględniając jego charakter oraz systematykę i cele dyrektywy 2004/18, powinno stanowić bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej. Przysporzenie to bez wątpienia występuje, jeżeli przewidziano, że instytucja zamawiająca stanie się właścicielem robót lub obiektu budowlanego stanowiącego przedmiot zamówienia. Tego rodzaju przysporzenie gospodarcze można również stwierdzić, w przypadku gdy

przewidziane zostało, że instytucja zamawiająca będzie miała tytuł prawny zapewniający jej możliwość rozporządzania obiektem budowlanym będącym przedmiotem zamówienia publicznego, w celu przeznaczenia go na potrzeby publiczne (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Ordine degli Architetti i in., pkt. 67, 71, 77). Przysporzenie gospodarcze może polegać także na korzyściach gospodarczych, jakie instytucji zamawiającej może przynieść używanie lub zbycie obiektu budowlanego w przyszłości, na tym, że partycypowała ona w kosztach wykonania obiektu, lub na przyjęciu ryzyka w razie gospodarczego niepowodzenia realizacji obiektu (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Auroux i in., pkt. 13, 17, 18, 45).

W konsekwencji w ocenie Trybunału pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 nie wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia zostały wykonane materialnie lub fizycznie dla instytucji zamawiającej, jeżeli stanowią dla niej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym. Dla spełnienia tej ostatniej przesłanki nie jest wystarczające wykonywanie przez instytucję zamawiającą kompetencji regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji.¹

Procedurę zawierania umowy o zamówienie publiczne regulują przepisy Prawa zamówień publicznych, a zatem swoboda kontraktowa stron jest ograniczona poprzez nakazanie zawarcia umowy po uprzednim przeprowadzeniu ustawowej procedury. Na gruncie ustawy Pzp występują też ograniczenia:

- co do formy zawarcia umowy – umowa musi być zawarta pod rygorem nieważności w formie pisemnej,
- co do treści umowy – poprzez częściową regulację treści przez ustawę,
- co do zmiany umowy – poprzez zakaz zmian.

Wołą ustawodawcy nie było jednak wyodrębnienie samodzielnego kontraktu nazwanego, lecz jedynie ograniczenie swobody kontraktowej stron. O wyborze konkretnego typu umowy decyduje zamawiający.

Umowa o zamówienie publiczne ma charakter umowy cywilno-prawnej², a w świetle jednolitej linii orzecznictwa, ustabilizowanej wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 r. „udzielanie oraz realizacja zamówień publicznych następują przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych, a wołą ustawodawcy nie było wyodrębnienie samodzielnego kontraktu nazwanego, lecz jedynie ograniczenie swobody kontraktowej stron”. Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (art. 8 ust. 1 Pzp), a zatem umowy te co do zasady podlegają regułom prawa

¹ Artur Kowalski, Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009 – 2017, wyd. UZP Warszawa 2017 str. 28 i 130

² wyrok SN z dnia 10 kwietnia 2003 r. sygn. akt III CKN 1320/00, OSNC Nr 7-8 poz. 112

cywilnego, lecz jednocześnie doznają ograniczeń wynikających z treści ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności poważnych ograniczeń doznaje zasada swobody umów wyrażona w art. 3531 Kodeksu cywilnego.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem jej przepisów, co potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych. „Brak jest zatem podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 k. c. w zw. z art. 405 k. c., albowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne. Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, iż strona która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona. W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalili się przy tym poglądy, który należy podzielić, iż przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu, a roszczenie o zwrot wartości materiałów budowlanych wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy nieważnej z uwagi na naruszenie przepisów Pzp jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia znajdującym swe podstawy w przepisach art. 410 § 1 k. c. w zw. z 405 k. c. (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 29 kwietnia 2005 r., V CSK 537/04, Lex nr 519298; z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 527/06, Lex nr 238947; z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, Lex nr 388844)³.

1.2 Zakres pojęć dotyczących umowy o zamówienie publiczne na gruncie ustawy Pzp

Prawo zamówień publicznych posługuje się pojęciami, które mają swoje indywidualne znaczenie przy omawianiu zagadnień związanych z zawieraniem i realizacją umowy o zamówienie publiczne. Synonimem umowy jest zamówienie publiczne (art. 7 pkt. 32) Pzp), przez które rozumieć należy umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług.

W zależności od rodzaju zamówienia, mogą być zawierane różne typy umów nazwanych w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Na gruncie ustawy Pzp, zamówienia publiczne klasyfikujemy jako:

³ Wyrok SN z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. akt: II CSK 248/12 Zamówienia publiczne w orzecznictwie Zeszyty orzecznicze Zeszyt 30 wyd. UZP Warszawa grudzień 2018 str. 44

- **dostawy** – przez co należy rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację (art. 7 pkt. 4) Pzp). Według Kodeksu cywilnego, umowa o zamówienie publiczne, której przedmiotem są dostawy może być umową sprzedaży (art. 535 kc), umową dostawy (art. 605 kc), umową najmu (art. 659 kc), umową dzierżawy (art. 693 kc) lub umową leasingu (art. 709¹ kc), lub umową łączącą w sobie różne typy umów nazwanych,
- **roboty budowlane** – przez co należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16. 12. 2002, str. 1, z późn. zm.), zwanym dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (art. 7 pkt. 21) Pzp). Według Kodeksu cywilnego, umowa o zamówienie publiczne której przedmiotem jest wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych może być umową o roboty budowlane (art. 647 kc) lub umową łączącą typ tej umowy z umową o dzieło (art. 627 kc),
- **usługi** – przez co należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami (art. 7 pkt. 28) Pzp). Według Kodeksu cywilnego, umowa o zamówienie publiczne, której przedmiotem są usługi może być umową zlecenia (art. 734 kc), umową rachunku bankowego (art. 725 kc), umową przewozu (art. 774 kc) lub umową ubezpieczenia (art. 805 kc).

Zakwalifikowanie zamówienia publicznego do dostaw, robót budowlanych lub usług (na gruncie Pzp nie ma możliwości zakwalifikowania zamówienia do dwóch rodzajów zamówienia), nie rzutuje na kwalifikację materialno-prawną umowy z punktu widzenia prawa cywilnego. Zamówienie na dostawę np. samochodu jest umową sprzedaży w rozumieniu kodeksu cywilnego. Nie ma znaczenia też status prawny kupującego, umowa zawarta przez jednostkę sektora publicznego pozostaje tym samym typem umowy wg kodeksu cywilnego, a zmianie podlega jedynie rygor pod jakim zastrzeżona jest forma tej umowy, gdyż zamiast formy pisemnej dla celów dowodowych ad probationem (art. 74 § 1 k. c.), znajduje zastosowanie

forma pisemna pod rygorem nieważności. Umowa o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy, roboty budowlane lub usługi nie jest odrębnym typem umowy nazwanej. Jedynie zawieranie i wykonywanie tych umów poddane jest szczególnej regulacji związanej z celem ustawy Pzp, mającej zapewnić uczciwą konkurencję, równe traktowanie wykonawców, celowe i oszczędne wydatkowanie środków publicznych.

1.3 Zasada swobody umów na gruncie Prawa zamówień publicznych

Zgodnie z art. 353¹ kc, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Przepis ten wyraża podstawową zasadę prawa cywilnego – zasadę swobody umów (zwanej też swobodą kontraktową). Na gruncie prawa zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje ograniczeń.

Usprawiedliwieniem takiego ograniczenia jest fakt, że zamawiający, jako podmiot dysponujący środkami publicznymi zobowiązany jest do ich wydatkowania w sposób celowy i oszczędny oraz z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów⁴. Powody ograniczenia zasady swobody kontraktowania uzasadnione są również celem ustawy Pzp, a w szczególności dbałością zamawiających o racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz zapewnienie wyboru kontrahenta z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.⁵ Na etapie opisywania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek ukształtowania ich w taki sposób, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz zapewnieniem należytego wykonania umowy. Istotnym elementem jest również opisanie warunków kontraktowych w sposób, który nie będzie naruszał zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Potwierdza powyższe zasada udzielania zamówień wyrażona w art. 17 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakością dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

⁴ tak: art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych tj. Dz. U z 2019 r. poz. 869

⁵ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2280/16

- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08 „zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ k. c.)”. Przerzucanie na wykonawcę dodatkowego ryzyka za należyte wykonanie zamówienia co do zasady nie narusza zasady swobody umów, gdyż prawo zamawiającego do jednostronnego kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne wynika z przepisów ustawy Pzp (treść takiej umowy nie sprzeciwia się ustawie).

Oceniając prawo zamawiającego do kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne w kontekście zasady swobody umów, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 września 2017 r. sygn. akt KIO 1862/17⁶ orzekła:

„Art. 353¹ k. c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega zarówno na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłyby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czyli takich, które nie mogły być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy – ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia w zgodzie z jego oczekiwaniami oraz zgodnie z przyjętym przez niego założeniem. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy Pzp) dotyczą m. in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy.” Dlatego też, nie naruszają bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, w tym art. 353¹ kc, zapisy umowy, w których zama-

⁶ Zamówienia publiczne w orzecznictwie, Zeszyty orzecznicze nr 28 z 2018r. poz. 184

wiający „nakłada na wykonawców obowiązek dostarczenia na teren inwestycji szyn kolejowych w określonym terminie”, gdyż zapis ten umożliwi osiągnięcie celu danego postępowania, a wykonawca może z uwagi na treść takiej umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. (...) A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).”

Na gruncie Prawa zamówień publicznych, zasada swobody umów doznaje zatem ograniczeń, a ograniczenia zamawiającego wynikające wprost z tej ustawy dotyczą:

- zakresu swobodnego wyboru kontrahenta,
- braku możliwości wyboru formy, w jakiej umowa zostanie zawarta,
- terminów zawarcia umowy,
- czasu obowiązywania umowy,
- treści umowy,
- podwykonawstwa,
- zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- oraz, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty.

Wskazane wyżej zagadnienia szerzej omówione będą w kolejnych rozdziałach. W tym miejscu wystarczy wskazać, że zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego z dowolnym podmiotem świadczącym dany rodzaj usług, robót budowlanych czy dostaw. **Umowa może być zawarta wyłącznie z wykonawcą wybranym** zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co potwierdza wyrażona w art. 17 ust. 2 zasada udzielania zamówień „zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego musi być zawarta **w formie pisemnej**, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej (art. 432 Pzp). Zamawiający nie ma możliwości wyboru innej formy, gdyż sankcją za niedochowanie pisemnej formy umowy w sprawie zamówienia publicznego jest jej nieważność.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego **nie może być zawarta na dowolny czas**. Zasadą jest zawieranie umowy na czas określony.⁷ Możliwość zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata dotyczy przypadków, gdy jej przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym

⁷ W wyniku nowelizacji Pzp w 2020 r. w art. 434 ust. 1 skreślono wymóg zawarcia umowy na okres nie dłuższy niż 4 lata.

okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty (art. 434 Pzp). Tylko w ściśle określonych w ustawie Pzp przypadkach zamawiający może wyjątkowo zawrzeć umowę na czas nieoznaczony, gdy przedmiotem umowy jest dostawa wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci, gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej lub licencji na oprogramowanie komputerowe. Na czas nieoznaczony może być również zawierana umowa, której przedmiotem są usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego (art. 435 Pzp).

Ustawa Pzp ingeruje w treść umowy, określając w art. 436 jakie postanowienia ma zawierać w szczególności umowa o zamówienie publiczne (m. in. planowany termin zakończenia zamówienia, warunki zapłaty wynagrodzenia, łączną maksymalną wysokość kar umownych) oraz jakie postanowienia muszą być zawarte w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy (m. in. dotyczące wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom i zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia). Art. 437 Pzp reguluje zakres postanowień jakie musi zawierać umowa, której przedmiotem są roboty budowlane. Zamawiający w umowie o roboty budowlane m. in. musi określić zasady przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, termin zgłoszenia zastrzeżeń lub sprzeciwu do projektu umowy o podwykonawstwo, obowiązek przedkładania przez wykonawcę poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, zasady zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami. Ponadto zamawiający ma ustawowy obowiązek zawarcia w umowie o roboty budowlane postanowień o karach umownych z tytułu: braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, nie przedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, nie przedłożenia poświadczonej kopii umowy o podwykonawstwo i braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

Kolejny zakres ingerencji ustawodawcy w treść umowy, a co za tym idzie ograniczenie zasady swobody umów wynika z art. 438 i art. 439 Pzp. Pierwszy z cyt. przepisów dotyczy obowiązku wprowadzania do umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, postanowień dotyczących sposobu dokumentowania zatrudnienia oraz kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz postanowień dotyczących sankcji z tytułu niespełnienia wymagań,

o których mowa w art. 95 ust. 1 Pzp. Art. 439 dotyczy postanowień umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zamawiający może żądać wniesienia **zabezpieczenia należytego wykonania umowy** (art. 449 Pzp). Jeżeli zdecyduje się na takie żądanie, to już w zakresie określenia wysokości, formy wniesienia i terminu zwrotu zabezpieczenia pozostaje ograniczony przepisami ustawy Pzp. Ograniczają go również określone w ustawie terminy zwrotu zabezpieczenia.

Wyrazem ograniczenia swobody kontraktowej jest **zakaz istotnych zmian umowy** w sprawie zamówienia publicznego (art. 454 Pzp). Przesłanki zmiany określa ustawa Pzp, a sama zmiana umowy – chociaż nie wynika to wprost z przepisów ustawy Pzp – powinna być dokonana także w formie pisemnej pod rygorem jej nieważności. Taką opinię wyraził Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 8 lipca 2015 r., sygn. akt I ACa 98/15. Zamawiający nie ma możliwości wprowadzenia dowolnej zmiany w postanowieniach zawartej umowy. Żeby mógł to zrobić, musi w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, przewidzieć okoliczności, których wystąpienie będzie umożliwiało modyfikację zawartej umowy, a zamiany te nie mogą być istotne. Inne zmiany umowy są dopuszczalne w przypadkach określonych w ustawie Pzp (art. 455 ust. 1 pkt. 2) -4) i ust. 2 Pzp). Zmiana umowy wymaga zgody obu stron, a więc zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy.

O tym czy zmiana umowy może być dokonywana i czy zmiana jest istotna decyduje charakter umowy. W wyroku z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt VII U 848/12 Sąd Okręgowy w Szczecinie wypowiedział się w temacie oceny charakteru stosunku prawnego łączącego strony umowy, którego modyfikacja jest jedną z przesłanek uznania zmiany umowy za istotną i uznał, że „decydujące znaczenie mają ustalenia faktyczne dotyczące okoliczności zawarcia umowy, jej celu i zamiaru stron. O charakterze umowy decyduje zatem jej treść w zakresie wszystkich elementów zobowiązania. Sama terminologia, jaką posługiwały się strony w spornych umowach, jest bez znaczenia przy interpretowaniu i oznaczaniu faktycznego łączącego ich stosunku prawnego. Nazwa umowy nie przesądza o jej rodzaju. Jeśli bowiem tytuł nie odpowiada istocie umowy, należy badać treść umowy oraz sposób jej faktycznego wykonywania”.

Wszystkie powyższe ograniczenia występują na etapie sporządzania umowy w sprawie zamówienia publicznego. A ponieważ unormowania ustawy Pzp dotyczące treści postanowień umowy są bardzo szczegółowe, w praktyce zamawiający przenoszą je w oryginalnym brzmieniu do wzoru przygotowywanej umowy. „To