

KRZYSZTOF HORUBSKI

ORCID: 0000-0003-3062-6015

Uniwersytet Wrocławski
krzysztof.horubski@uwr.edu.pl

Prawne uwarunkowania wpływu wykonawców na treść umów o zamówienia publiczne

Abstrakt: W artykule poruszono problematykę regulacji prawa zamówień publicznych mających szczególne znaczenie dla zagadnienia możliwości wpływania przez wykonawców na treść umów o zamówienia publiczne. Ukazano brak zasadności utożsamiania takich umów z umowami adhezyjnymi. Wśród prawnych uwarunkowań wpływu wykonawców na treść umów o zamówienia w szczególności zwrócono uwagę na zasadę ochrony konkurencji, korzystanie z pozacenowych kryteriów oceny ofert, a także występowanie w poszczególnych trybach udzielania zamówień publicznych elementów negocjacyjnych.

Słowa kluczowe: umowa o zamówienie publiczne, wykonawca, umowa adhezyjna.

Wprowadzenie

Obiegową opinią o możliwości wpływania przez wykonawcę na ostateczną treść umowy w sprawie zamówienia publicznego jest przekonanie o bardzo ograniczonym, wręcz znikomym, zakresie takiego oddziaływania. Daje to czasem asumpt do wyrażania skrajnych poglądów, jakoby umowa o zamówienie, charakteryzując się nierównością jej stron, była „narzucona” wykonawcy za pośrednictwem zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia¹. Powstaje więc pytanie, czy analiza unormowań prawa zamówień publicznych dotyczących kształtowania treści umowy o zamówienie istotnie uzasadnia stanowisko o przy-

¹ P. Banasik, *Wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Wrocław 2011, s. 246.

znaniu przez prawodawcę zamawiającym zupełnej dominacji nad wykonawcami w tym względzie. Jest to także pytanie o możliwość określenia umowy o zamówienie publiczne mianem umowy adhezyjnej. Na wyższym poziomie ogólności zaś chodzi o kwestię zgodności z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych takiego ewentualnego ukształtowania przepisów składających się na ten zespół unormowań, z którego wynikałaby praktyczna niemożność wpływania na treść umowy przez wykonawcę. W świetle wskazanych w dalszej części artykułu zagadnień w pierwszej kolejności zostanie przedstawiona kwestia możliwości uznawania umów w sprawach zamówień publicznych za umowy adhezyjne, a następnie przedstawione zostaną wnioski w przedmiocie zakresu i podstawowych instrumentów wpływu wykonawców na ostateczną postać umowy o zamówienie. Rozważania niniejszego artykułu będą koncentrowały się na zagadnieniu wpływu wykonawcy na treść umowy finalnej, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w fazie przygotowawczej postępowania, natomiast zasadniczo poza obszarem ustaleń pozostanie kwestia możliwego wpływu wykonawcy na treść zawartej już umowy, a więc zagadnienie dopuszczalności zmian umów o zamówienia.

Umowa o zamówienie publiczne a pojęcie umowy adhezyjnej

W poglądach doktryny prawa zamówień publicznych czy też w wypowiedziach stosownej judykatury można spotkać się z odniesieniami umów o zamówienia publiczne do pojęcia umów adhezyjnych. Przykładowo, w jednym z wyroków sądów okręgowych stwierdzono, że

Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów².

W poglądach doktryny można natomiast spotkać się z określeniem umowy w sprawie zamówienia publicznego jako przypominającej umowy adhezyjne³ lub

² Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 roku, X Ga 67/08 (niepubl.).

³ Zob. A. Fermus-Bobowiec, *Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna — cz. 1*, „Radca Prawny” 2012, nr 11, s. 10; Z. Gordon, *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Warszawa-Wrocław 2013, s. 235. Zob. również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 18 marca 2011 roku, KIO 461/11 (www.uzp.gov.pl).

nawet jako „*sui generis* umowy adhezyjnej”⁴. Warto już w tym miejscu zwrócić uwagę, że w takich stanowiskach jak wzmiankowane nie stawia się jednak zupełnego znaku równości między umową o zamówienie a umową przez przystąpienie, czyniąc z reguły zastrzeżenia o występowaniu istotnych podobieństw przy porównywaniu obu kategorii pojęciowych. Powstaje tu więc pytanie o takie specyficzne, prawnie uwarunkowane okoliczności towarzyszące zawieraniu umów o zamówienia publiczne, które sprzeciwiają się uznawaniu takich umów za w pełni mieszczące się w pojęciu umów przez przystąpienie.

W świetle powyższych stwierdzeń ogólne odniesienie się do pojęcia umowy adhezyjnej jest niewątpliwie istotne w obszarze problemowym opracowania. Wynika to z faktu, że określenie to zostało wprowadzone do aparatu pojęciowego badań nad umowami zobowiązaniowymi właśnie ze względu na sposób zawierania umowy, który zakłada zupełną dominację jednej ze stron w fundamentalnym dla swobody umów aspekcie kształtowania treści umowy. W pierwotnej koncepcji kontraktu adhezyjnego właściwie nie był on uznawany za umowę, lecz za stosunek zobowiązaniowy wynikający z aktu jednostronnego przystąpienia lub poddania się przez stronę słabszą (w sensie ekonomicznym) wzorcowi umowy ustalonemu przez stronę silniejszą⁵. Rodziło to zasadnicze pytanie, czy dla takich aktów przystąpienia należy konstruować nowe instytucje prawne, czy też próbować „umieszczać” je w ramach instytucji prawnej umowy pomimo tak dalekiej jednostronności w sposobie kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego. W odniesieniu do polskiego systemu prawnego nauka prawa cywilnego zdecydowanie opowiada się za drugim ze wskazanych rozwiązań, podkreślając jednak, że do objęcia pojęciem umowy takich aktów przystąpienia (kontraktów adhezyjnych) konieczna była zmiana samej koncepcji umowy. W szczególności chodzi tu o odejście od uznawania umowy jako czynności prawnej, będącej następstwem aktów woli „rozumianych jako przeżycia psychiczne określonej treści”, w kierunku teorii oświadczenia woli, a więc uzewnętrznionego zachowania ludzkiego, którego sens ustala się według obiektywnych reguł znaczeniowych, niekoniecznie odpowiadających w całości lub wyłącznie rzeczywistej woli stron⁶. Przyjęcie takich założeń pozwala uznawać złożenie i przyjęcie oferty za sposób zawarcia

⁴ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 292. W wyroku KIO z dnia 16 czerwca 2009 roku, KIO/UZP 694/09 (www.uzp.gov.pl), w odniesieniu do istotnych dla stron postanowień umowy ustalanych przez zamawiającego wskazano, że „wzór umowy nie podlega negocjacom, ewentualne zmiany następują w sformalizowanym trybie wyjaśnień treści siwz [specyfikacji istotnych warunków zamówienia — K.H.] lub w wyniku wniesienia środków ochrony prawnej. W tym kontekście umowa w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, w której zamawiający ustalił treść wzoru umowy, może być uznana za *sui generis* umowę adhezyjną, zawieraną przez przystąpienie, bez możliwości negocjacji jej treści po złożeniu oferty”.

⁵ Na podstawie charakterystyki koncepcji kontraktu adhezyjnego R. Saleillesa z przełomu XIX i XX wieku dokonanej przez Z. Radwańskiego i A. Olejniczaka (*eidem*, *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2006, s. 118–119).

⁶ *Ibidem*, s. 118.

umowy równoważny rokowaniom (negocjacom). Tak więc zawarcie umowy w drodze złożenia i przyjęcia oferty treściowo powiązanej z wzorcem umownym, w której to sytuacji zakres swobody umów przyjmującego ofertę oblata ogranicza się do wyrażenia bądź niewyrażenia zgody na treść stosunku zobowiązaniowego jednostronnie ustalonego przez oferenta, stanowi modelowy przykład kontraktu adhezyjnego.

W tym miejscu rodzi się pytanie, czy odrębny od ofertowego i negocjacyjnego modelu zawierania umowy tryb przetargowy jest sam w sobie adekwatny do tego, aby przyjmować możliwość zawierania w ten sposób kontraktów adhezyjnych. Pytanie to jest niewątpliwie szczególnie uzasadnione w obszarze prawa zamówień publicznych, gdzie wszystkie tryby udzielenia zamówienia publicznego, oprócz trybu zamówienia z wolnej ręki, oparte są w ogólności na modelu przetargowym zawierania umów, choć w wypadku niektórych trybów dla ukształtowania czy też doprecyzowania przedmiotu zamówienia i/lub warunków umownych zakłada się przeprowadzanie negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, o czym będzie mowa w dalszych rozważaniach.

Istota przetargowego sposobu zawierania umowy jako odrębnego, wyróżnianego przez ustawodawcę modelu dochodzenia umowy do skutku zakłada jednoczesne wyłanianie drugiej strony umowy oraz współkształtowanie (w różnym zakresie) treści umowy docelowej przez tę drugą stronę. Wynika to z faktu, że funkcją przetargowego (aukcyjnego) sposobu zawierania umowy jest wywołanie konkurencji pomiędzy zainteresowanymi o możliwość zawarcia umowy z organizatorem przetargu lub aukcji, a tym samym konieczne jest tu wyznaczenie obszarów konkurowania (na przykład ceny świadczenia) „oddanych” do określenia zainteresowanym tak, aby z ich propozycji ofertowych można było wybrać najkorzystniejszą, według założeń przyjętych przez organizatora. W przetargowym modelu zawierania umów podstawą umowy jest oferta składana przez zainteresowanego⁷ (wywołana treścią warunków przetargowych), nie zaś oferta, którą miałyby składać organizator przetargu. Z tego wynika już, że rola oferenta w przetargu nie może się sprowadzać jedynie do akceptacji treści docelowej umowy określonej we wszystkich praktycznie szczegółach przez organizatora przetargu⁸.

⁷ W trybie przetargowym zawierania umów występuje tak zwana oferta wywołana. Treść oferty uczestnika przetargu jest zdeterminowana treścią warunków przetargowych i musi pozostawać z nimi w zgodzie; zob. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 142.

⁸ Wydaje się, że jedną z przyczyn formułowania stanowisk o analogiczności umów o zamówienie i umów adhezyjnych jest to, że przy zawieraniu tych pierwszych także stosowane są wzory umów lub ogólne warunki umów, a posługiwanie się wzorcami umownymi stanowi typową okoliczność dla umów adhezyjnych w powszechnym obrocie cywilnoprawnym. Niemniej jednak należy tu podkreślić, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia wzór umowy nie pełni z reguły takiej roli jak przykładowo wzorce umowne stosowane przez banki lub zakłady ubezpieczeń przy zawieraniu umów rachunku bankowego czy ubezpieczenia (por. M. Wałachowska, *Wzorce umowne po wejściu w życie nowej ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (zagadnienia wybrane)*,

Zakres i instrumenty wpływu wykonawcy na treść umowy w sprawie zamówienia

W ramach zawartych w tekście rozważań podkreślono już, że rola wykonawcy składającego ofertę nie ogranicza się wyłącznie do akceptacji ukształtowanych przez zamawiającego warunków umownych. W poszczególnych trybach udzielania zamówień, opartych na przetargowym modelu zawierania umów zobowiązaniowych, wykonawca, składając ofertę, „wnosi” do postępowania jego przedmiot. Wprawdzie wykonawca kształtuje treść swojej oferty w ramach wyznaczonych warunkami zamówienia (kryteriami udzielenia zamówienia), których ustalanie stanowi prawną domenę zamawiającego, to jednak nie zmienia faktu, że to wykonawca (oferent) wypełnia te ramy ostateczną treścią. To do wykonawcy należy szczegółowe określenie konkretnego oferowanego przedmiotu zamówienia. Wynika to także z faktu, że unormowania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, a więc zagadnienia kluczowego dla kształtu i zakresu świadczenia wykonawcy, zawierają wiele konkretnych reguł rozwijających zasadę ochrony konkurencji. Przepisy te wyrażają nakaz opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą obiektywnych cech jakościowych i technicznych lub poprzez określenie wymagań funkcjonalnych, a więc zastosowań przedmiotu zamówienia. Zawierają także względny zakaz posługiwania się w opisie przedmiotu zamówienia znakami towarowymi, patentami lub odniesieniami do jego pochodzenia⁹. Wzmiankowane ograniczenie swobody opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 3 p.z.p.) można uznać za wyrażającą zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia¹⁰. Limituje to istotnie swobodę kształtowania przedmiotu zamówienia publicznego przez zamawiającego. Nie może on opisywać go w taki sposób, który ograniczałby dostęp do zamówienia bez obiektywnego uzasadnienia, w szczególności bez usprawiedliwienia potrzebami zamawiającego związanymi z zadaniami, jakie realizuje. Wobec tego wykonawca nierzadko dysponuje wcale niemałym polem do określania cech (właściwości), parametrów czy sposobu realizacji swojego świadczenia, byleby tylko nie wyszedł poza ramy wynikające z zawartego w dokumentach zamówienia opisu przedmio-

„Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2016, nr 3, s. 3–6). W praktyce udzielania zamówień publicznych, co wynika z odpowiedniej regulacji prawnej, wzór umowy obejmuje przede wszystkim pewne warunki realizacji zamówienia, nie obejmuje zaś wielu elementów opisu przedmiotu zamówienia, które podlegają konkretyzacji w ofercie wykonawcy (na przykład co do modelu/typu, szczegółowych parametrów oferowanego sprzętu). Dlatego zakres wzorca umownego w postępowaniu o udzielenie zamówienia będzie z reguły znacznie węższy niż w przypadku wskazywanych umów masowo zawieranych w powszechnym obrocie cywilnoprawnym.

⁹ Zob. art. 29 ust. 1–3 oraz 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.; dalej: p.z.p.

¹⁰ G. Wicik, [w:] G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 214.

tu zamówienia¹¹. Paradoksalnie więc mogą wystąpić sytuacje, w których wpływ na treść umowy oferenta w przetargu publicznym będzie większy niż w przetargu prywatnym (fakultatywnym) odbywającym się na podstawie przepisów kodeksu cywilnego¹². Może to mieć miejsce w przypadkach, w których prywatny organizator przetargu, nie będąc przecież związany zasadą ochrony konkurencji w wyznaczaniu dostępu do zamówienia pod względem przedmiotowym, opisując przedmiot zamówienia, ograniczy go wyłącznie do towarów z określonymi znakami towarowymi lub wytworzonych w danym miejscu pochodzenia bądź też określi parametry techniczne w ten sposób, że przesądzi możliwość zaoferowania tylko jednego konkretnego produktu, mimo że na rynku istnieją również inne produkty tego samego typu adekwatne do zaspokojenia danych potrzeb. Prywatny organizator przetargu, działając w ramach wolności działalności gospodarczej lub wolności dysponowania własnym majątkiem, co do zasady, nie jest ograniczony w określaniu dostępu do organizowanego przez siebie przetargu publicznoprawną zasadą otwarcia zamówienia na konkurencję. Na marginesie należy tu zauważyć, że nałożenie na podmioty prywatne, w ich działaniach nabywczych na rynku, obowiązku dokonywania zakupów przy przestrzeganiu zasady ochrony konkurencji z pewnością stanowiło nieproporcjonalną ingerencję w obszar ogólnie pojmowanej wolności i służących jej ochronie praw podstawowych¹³. Podsumowując ten wątek rozważań, należy wyrazić przekonanie, że to właśnie zasada ochrony konkurencji i jej przejawy ustawowe w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odgrywają główną rolę w zabezpieczeniu wpływu wykonawcy na treść umowy, polegającym na konkretyzowaniu oferowanego przedmiotu zamówienia. Tak więc zasada ochrony konkurencji sprzeciwia się takiemu ograniczeniu możliwości współkształtowania treści przez oferenta, które wynikałoby z nieuzasadnionego (arbitralnego) ograniczenia dostępu do zamówienia pod względem przedmiotowym.

Odnosząc się do kwestii wpływu oferentów-wykonawców na treść umów w sprawach zamówień, nie można oczywiście pominąć faktu, że to do nich należy ustalanie wielkości świadczenia zamawiającego, polegającego na zapłacie ceny (wynagrodzenia) lub kosztu nabycia przedmiotu zamówienia w ramach kryterium kosztowego. Obligatoryjnym kryterium oceny ofert jest kryterium ceny lub kosztu.

¹¹ Na marginesie prowadzonych tu rozważań należy pamiętać, że przepisy prawa zamówień publicznych nie sprzeciwiają się uwzględnianiu przez zamawiających wniosków podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia o zmiany postanowień specyfikacji czy warunków umownych. Działania takie mieszczą się w zakresie korzystania ze swobody umów obu stron postępowania o udzielenie zamówienia, byleby wnioski takie dochodziły do zamawiającego przed końcem terminu do składania ofert. Nie jest przy tym konieczne „ubieranie” takich postulatów wykonawców w „szaty” wniosków o wyjaśnienia specyfikacji, co ma miejsce z przyczyn praktycznych związanych z obowiązkiem udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi na takie wnioski (zob. art. 38 p.z.p.).

¹² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.; dalej k.c.

¹³ Por. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 413–414.

Biorąc pod uwagę, że umowy o zamówienia publiczne należą do kategorii umów odpłatnych, wzajemnych, zakładających ekwiwalentną wymianę świadczeń, mających wartość majątkową, określanie przez wykonawcę wysokości ceny, wynagrodzenia czy też kosztu nabycia i innych kosztów związanych z przedmiotem zamówienia odnosi się do istotnych postanowień (*essentialia negotii*) zawieranej umowy.

Znaczenie dla prowadzonych rozważań ma również ustalenie, czy zmiany (właściwie permanentne) w ramach reżimu prawnego zamówień publicznych dają podstawy do stwierdzenia występowania zjawiska zmniejszania się lub zwiększania zakresu wpływu wykonawców na treść umów o zamówienia. W odniesieniu do tak postawionej kwestii należy skonstatować, że w toku przekształceń regulacji prawnej udzielania i wykonywania zamówień publicznych przybywa rozwiązań wpływających na zwiększenie wpływu wykonawców na treść umowy finalnej. Dostrzegalne jest to w szczególności w obszarze ram prawnych doboru kryteriów oceny ofert. W 2014 roku weszły w życie przepisy¹⁴ czyniące zasadą wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie wielokryterialnej (minimalnie dwukryterialnej) oceny ofert¹⁵. Nałożyły one na zamawiających z sektora finansów publicznych obowiązek, poza ściśle limitowanymi wyjątkami¹⁶, udzielania zamówienia na podstawie choćby jednego kryterium pozacenowego, odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, używanego obok kryterium cenowego lub kosztowego. Każde takie kryterium (na przykład wyższe parametry techniczne, dodatkowe zastosowanie, długość okresu gwarancji lub jej zakres, czas dostawy), odnosząc się do określonych elementów oferty wykonawcy, rozszerza niewątpliwie jego wpływ na treść docelowej umowy w sprawie zamówienia. Do wykonawcy należy także decyzja, które z kryteriów oceny ofert zamierza spełniać w mniejszym, a które w większym stopniu, czyli określając, jak powinien wyglądać „balans” pomiędzy ceną jego oferty a długością okresu gwarancji, terminem (czasem) realizacji zamówienia czy oferowanymi dodatkowymi (ponadminimalnymi, wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia) funkcjami lub parametrami przedmiotu zamówienia. Należy tu również podkreślić, że zgodnie z art. 91 ust. 2a waga kryterium cenowego, stosowanego obok kryteriów pozacenowych, co do zasady, nie powinna przekraczać 60%. Znaczenie prezentowanego rozwiązania prawnego do udzielania zamówień publicznych ukazuje fakt, że od momentu wejścia w życie przepisów nakładających obowiązek wielokryterialnej oceny ofert liczba postępowań, w których kryterium ceny jest jednym kryterium udzielenia zamówienia, spadła poniżej 20% wszystkich postępowań (w skali rocznej)¹⁷.

¹⁴ Zob. art. 1 pkt 13 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2014 r. poz. 1232.

¹⁵ Zob. art. 91 ust. 2–2a p.z.p.

¹⁶ Zob. art. 91 ust. 2a oraz art. 76 ust. 2, a także art. 69 p.z.p.

¹⁷ Dane statystyczne na podstawie Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.*, Warszawa

Kolejnym zagadnieniem mieszczącym się w tematyce zakresu wpływu wykonawcy na treść umowy o zamówienie jest występowanie w niektórych trybach udzielania zamówień elementów negocjacyjnych, jak to ma miejsce w wypadku dialogu konkurencyjnego, negocjacji z ogłoszeniem, partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, a także w ramach trybu zamówienia z wolnej ręki odpowiadającego kodeksowemu pojęciu rokowań. Możliwy zakres (przedmiot) negocjacji między zamawiającym a uczestnikami postępowania jest wyznaczany przez ustawodawcę, w zależności od trybu udzielenia zamówienia¹⁸. We wszystkich wymienionych trybach, poza zamówieniem z wolnej ręki, wzmiankowane negocjacje stanowią jednak element postępowania odpowiadającego przetargowemu modelowi zawierania umów, dlatego też w ostatnim etapie postępowania, analogicznie jak w podstawowych trybach udzielania zamówień, mamy do czynienia z obowiązkiem przygotowania przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadanie specyfikacji ostatecznego kształtu treściowego jako podstawy wyznaczającej treść oferty wykonawcy¹⁹ pozostaje więc w gestii zamawiającego²⁰. Jedynie w trybie zamówienia z wolnej ręki mamy do czynienia ze sposobem zawarcia umowy odpowiadającym w pełni pojęciu negocjacji z art. 72 § 1 k.c., zgodnie z którym „jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji”. Z tego względu w definicji legalnej trybu zamówienia z wolnej ręki mowa o zawarciu umowy „po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą” (art. 66 ust. 1 p.z.p.). Niemniej jednak postępowania w pozostałych trybach, określanych jako

2019, s. 40–41, www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/41555/Sprawozdanie-UZP-za-2018.pdf (dostęp: 16.09.2019).

¹⁸ Przykładowo, zgodnie z art. 58 ust. 2 p.z.p. negocjacje w trybie negocjacji z ogłoszeniem zamawiający prowadzi „w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Następnie po zakończonych negocjacjach „zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji”, przy czym zmiany te „nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia”, które były określone w ogłoszeniu i specyfikacji sprzed fazy negocjacji (art. 59 ust. 1 i 2 p.z.p.). Natomiast w wypadku dialogu konkurencyjnego, zgodnie z art. 60e ust. 1, „zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby”. Zamawiający może przy tym „przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu”, w stosunku do wymagań wskazanych w ogłoszeniu (art. 60e ust. 2 p.z.p.). Po zakończeniu negocjacji, „wraz z zaproszeniem do składania ofert, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu, zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków” (art. 60e ust. 3 p.z.p.).

¹⁹ W trybie przetargowym zawierania umów występuje tak zwana oferta wywołana. Treść oferty uczestnika przetargu jest zdeteminowana treścią warunków przetargowych i musi pozostać z nimi w zgodzie; zob. R. Szostak, *op. cit.*, s. 142.

²⁰ Zob. art. 59 ust. 1, art. 60e ust. 3, art. 65 p.z.p.

negocjacyjne (negocjacjach z ogłoszeniem i bez ogłoszenia; dialogu konkurencyjnym i partnerstwie innowacyjnym), zakładają korzystanie z fachowej wiedzy i doświadczeń wykonawców przy przygotowywaniu lub precyzowaniu opisu przedmiotu zamówienia lub warunków realizacji zamówienia, wobec czego, z reguły, wpływ wykonawcy na treść umowy o zamówienie będzie tu znacznie większy niż w wypadku postępowań w podstawowych trybach przetargowych. Wniosek taki znajduje potwierdzenie w treści niektórych przepisów wyrażających podstawy prawne dla korzystania przez zamawiających z trybów negocjacyjnych. Przykładowo w art. 55 ust. 1 pkt 8 p.z.p., który normuje możliwość udzielania zamówień w trybach negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego, wskazuje się, że tryby te mogą zostać użyte, gdy

zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami.

W tym samym artykule mowa jest także o sytuacji, gdy rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego (art. 55 ust. 1 pkt 6). Tak sformułowane podstawy prawne wyraźnie odnoszą się do sytuacji, w których zamawiający nie jest w stanie, we własnym zakresie, dostatecznie dokładnie opisać lub nawet tylko ogólnie określić przedmiotu zamówienia i szczególnie uzasadnione lub wręcz konieczne jest, aby korzystał z pomocy, wiedzy i doświadczeń wykonawców jako podmiotów działających na rynkach danych dóbr lub usług, co w oczywisty sposób musi przekładać się na wpływ uczestniczących w negocjacjach wykonawców, a przynajmniej niektórych z nich, na ostateczną treść umowy o zamówienie. Odnosząc się w tym miejscu do realiów funkcjonowania rynku zamówień publicznych w ostatnich latach, należy wskazać, że wprawdzie maleje liczba postępowań przeprowadzanych w trybach negocjacyjnych (w 2016 roku było to 13,58% wszystkich postępowań, w 2018 roku zaś — 9,63%), niemniej jednak rośnie wartość zamówień udzielanych w takich trybach (w 2016 roku było to 10,34% ogólnej wartości wszystkich udzielonych zamówień, w 2018 roku zaś — 11,78%, przy czym, przykładowo, wartość zamówień udzielanych w trybie dialogu konkurencyjnego w tym okresie wzrosła od 0,04% do 2,61%)²¹. W zakresie wykorzystania trybów negocjacyjnych zdecydowanie dominuje tryb zamówienia z wolnej ręki.

Na zakończenie rozważań o instrumentach prawnych mających lub mogących mieć znaczenie w kontekście zwiększenia zakresu wpływu wykonawcy na treść umowy o zamówienie należy jeszcze wspomnieć o możliwości przeprowadzenia przez zamawiającego konsultacji na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia w ramach dialogu technicznego. Rozwiązanie to zostało wpro-

²¹ Zob. Urząd Zamówień Publicznych, *op. cit.*, s. 36–37.

wadzone do prawa polskiego w 2012 roku²², stanowiąc implementację przepisów dyrektyw unijnego prawa zamówień publicznych o wstępnych konsultacjach rynkowych²³. Konsultacje takie mogą polegać na zwróceniu się przez zamawiającego do ekspertów, organów władzy publicznej, lecz także do potencjalnych wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji lub określenia warunków umowy (art. 31a ust. 1). Prawodawca, dążąc w tym wypadku do ograniczenia możliwości faworyzowania uczestnika dialogu, wprowadza po stronie zamawiającego obowiązek informowania o dialogu na stronie internetowej zamawiającego (art. 31b) oraz obowiązek zapewnienia, że ewentualny udział uczestnika dialogu w późniejszym postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Obowiązek ten wyraża się w szczególności w przekazywaniu pozostałym wykonawcom informacji, które zamawiający uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania, oraz w wyznaczeniu odpowiedniego terminu na złożenie ofert tak, by uwzględnić przewagę uczestników dialogu mających już rozeznanie w przedmiocie zamówienia na podmiotami, które w nim nie uczestniczyły (art. 31d). Wprowadzenie do unijnego i polskiego porządku prawnego instytucji dialogu technicznego wpisuje się niewątpliwie w tendencję dążenia przez prawodawcę unijnego i krajowego do zwiększania możliwości wpływania przez wykonawców na treść umów w sprawach zamówień publicznych²⁴.

Wskazane rozwiązania prawne znajdują swą kontynuację w projekcie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych²⁵. Także w tym przypadku widoczne jest dążenie do nadania odnośnym projektowanym regulacjom takiego kształtu, by zwiększyć udział wykonawcy w kształtowaniu treści umowy o zamówienie. Dlatego też — przykładowo — w unormowaniach dotyczących dialogu konkurencyjnego proponuje się, aby istniała możliwość wielokrotnego korygowania

²² Zob. art. 1 pkt 11 ustawy z dnia 12 października 2012 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usług, Dz.U. z 2012 r. poz. 1271.

²³ Por. art. 40 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Dz.Urz. UE L 94/65. Zgodnie z tym przepisem „Przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia instytucje zamawiające mogą przeprowadzić konsultacje rynkowe z zamiarem przygotowania zamówienia i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. W tym celu instytucje zamawiające mogą na przykład szukać lub korzystać z doradztwa niezależnych ekspertów lub władz albo uczestników rynku. Doradztwo to może być wykorzystane przy planowaniu i przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, pod warunkiem że tego rodzaju doradztwo nie powoduje zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości”.

²⁴ Niestety wzmiankowany tu instrument prawny nie przyjął się, póki co, w polskiej praktyce udzielania zamówień publicznych. W 2018 roku dialogiem technicznym poprzedzono tylko 231 postępowań, co daje 0,18% ogólnej liczby ogłoszeń o postępowaniach. Natomiast w 2017 roku sytuacja wyglądała nieco tylko lepiej, gdyż odnośnymi konsultacjami poprzedzono 429 postępowań (0,35% ogólnej liczby ogłoszeń o postępowaniach) — Urząd Zamówień Publicznych, *op. cit.*, s. 71.

²⁵ Projekt ustawy — Prawo zamówień publicznych z dnia 12 lipca 2019 roku, druk sejmowy nr 3624 z dnia 12 lipca 2019 roku, www.orka.sejm.gov.pl; dalej: projekt.

treści oferty wykonawcy, tak aby jej treść odpowiadała wynikom prowadzonego dialogu, co w obecnym stanie prawnym nie jest możliwe²⁶. Z kolei w odniesieniu do dialogu technicznego, określanego w tekście projektu mianem „wstępnych konsultacji rynkowych”, przewiduje się możliwość ich prowadzenia także w celu planowania przyszłych zamówień, a nie jedynie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy²⁷.

W rozważaniach poświęconych udziałowi wykonawcy w kształtowaniu treści umowy o zamówienie publiczne należałoby jeszcze zasygnalizować kwestię możliwości wpływu tego podmiotu na zmiany treści takiej umowy po jej zawarciu. Zagadnienie to dotyczy już jedynie rzeczywistego wykonawcy (lub konsorcjum wykonawców), który zawarł umowę w postępowaniu. W tej płaszczyźnie należy też odnotować fakt zwiększenia się możliwości oddziaływania wykonawcy na treść łączącego go z zamawiającym stosunku zobowiązaniowego. Wynika to między innymi z wprowadzenia w nowelizacji p.z.p. z 2016 roku²⁸ licznych przepisów dających ustawowe podstawy do dokonywania modyfikacji umownych zamówień publicznych²⁹, do których może dochodzić także z inicjatywy wykonawcy, podczas gdy wcześniej, co do zasady, możliwe było dokonywanie tylko takich zmian, które były z góry przewidywane przez zamawiającego w warunkach przetargowych w trakcie postępowania.

Podsumowanie

Sformułowane w powyższych rozważaniach wnioski wskazują na niemożność utożsamiania umów o zamówienia (z perspektywy wykonawcy) z umowami adhezyjnymi (w klasycznym znaczeniu tego pojęcia), uzmysławiając, że autonomia woli uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia nie wyczerpuje się wyłącznie w obszarze decydowania o zawarciu bądź niezawarciu umowy. Jak wykazano, wykonawcy — z racji występowania w prawie zamówień takich elementów, jak związanie zamawiających zasadą ochrony konkurencji (otwierania dostępu do zamówień) jako naczelną zasadą prawa zamówień publicznych, czy też nakazem wielokryterialnej oceny oferty — dysponują także pewnym zakresem swobody kształtowania treści umowy, który może ulec zwiększeniu w tych trybach udzielania zamówień, w których dodatkowo występuje element negocjacyjny. Inaczej mówiąc, wpływ wykonawcy na treść umowy docelowej w konkretnym postępowaniu jest wypadkową w szczególności takich czynników, jak: zakres oddziaływania

²⁶ Zob. art. 181 ust. 4 projektu.

²⁷ Zob. art. 84 projektu.

²⁸ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 1020.

²⁹ Zob. art. 144 ust. 1 pkt 2–3, 5–6 p.z.p.

zasady ochrony konkurencji na dany przedmiot zamówienia, liczba i waga (znaczenie) pozacenowych kryteriów oceny ofert, występowanie w danym trybie udzielenia zamówienia elementu negocjacyjnego. W związku z tym używanie wobec umów o zamówienia sformułowań wskazujących, że mamy do czynienia z pewną postacią umów adhezyjnych, należy uznać za wprowadzające w błąd. Oczywiście nie zmienia to ogólnego założenia prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym podmiotem zachowującym przewagę w zakresie wpływu na treść umowy pozostaje zamawiający, niemniej jednak ustalenia zawarte w niniejszym artykule sprzeciwiają się poglądom o marginalnej roli oferentów-wykonawców w wyznaczeniu treści umowy o zamówienie.

Jednocześnie analiza niektórych rozwiązań prawnych wprowadzanych do systemu prawa zamówień publicznych przez prawodawcę unijnego i/lub krajowego w ostatnich latach pozwala na stwierdzenie występowania tendencji do poszerzenia możliwości i zakresu wpływania przez wykonawców na treść umów zobowiązaniowych zawieranych w reżimie zamówień publicznych, choć niekoniecznie przekłada się to na zmiany w praktyce udzielania zamówień.

Na zakończenie tych rozważań należy jeszcze zaznaczyć, że wskazywana tu tendencja nie może być jednak postrzegana jako mogąca prowadzić do zmiany stanowiska o publicznoprawnej kwalifikacji prawa zamówień publicznych jako całości w ramach ogólnego dwupodziału prawa na prawo publiczne oraz prawo prywatne, choć niewątpliwie takie rozwiązania prawne wpisują się w cywilnoprawną metodę regulacji. Bynajmniej niemarginalny, zróżnicowany *in concreto*, zależny od oddziaływania zasady ochrony konkurencji na dany przedmiot zamówienia, od trybu postępowania czy od występowania pozacenowych kryteriów ofertowych zakres wpływu wykonawcy na treść umowy docelowej nie podważa w niczym poglądu o dominacji w prawie zamówień publicznych zasad równego traktowania, ochrony konkurencji czy jawności. Zasady te z jednej strony stanowią przejaw ogólnej zasady prawidłowego (starannego) zarządu mieniem publicznym³⁰ (uznawanej za zasadę swoistą administracyjnego, a następnie publicznego prawa gospodarczego)³¹, z drugiej zaś służą ochronie praw podstawowych prywatnych uczestników rynku zamówień publicznych, w tym wolności gospodarczej, w obszarze działań nabywczych szeroko rozumianego państwa, co także wpisuje się w istotę (cele) prawa publicznego³². Przejawem dominacji zasad publicznoprawnych w prawie zamówień jest chociażby fakt gwarantowania przez zasadę ochrony konkurencji możliwości współkształtowania treści umowy docelowej przez ubiegających się o zamówienie.

³⁰ Zob. L. Kieres, *Zarząd mieniem publicznym*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. M. Biliński *et al.*, Warszawa 2018, s. 756–768.

³¹ Zob. A. Chelmoński, *Zasady swoiste administracyjnego prawa gospodarczego*, [w:] *Administracyjne prawo gospodarcze*, red. L. Kieres, Wrocław 2009, s. 64–65.

³² Zob. K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 67–69; W. Małecki, *Policja gospodarcza w prawie gospodarczym. Ujęcie teoretyczne*, Warszawa 2019, s. 8–10.

Bibliografia

- Banasik P., *Wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Wrocław 2011.
- Chelmoński A., *Zasady swoiste administracyjnego prawa gospodarczego*, [w:] *Administracyjne prawo gospodarcze*, red. L. Kieres, Wrocław 2009.
- Fermus-Bobowiec A., *Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna — cz. 1*, „Radca Prawny” 2012, nr 11.
- Gordon Z., *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Warszawa-Wrocław 2013.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Horubski K., *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.
- Kieres L., *Zarząd mieniem publicznym* [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. M. Biliński, R. Blicharz, T. Długosz, K. Horubski, J. Grabowski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, A. Żurawik, Warszawa 2018.
- Małecki W., *Policja gospodarcza w prawie gospodarczym. Ujęcie teoretyczne*, Warszawa 2019.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006.
- Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005.
- Szydło M., *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006.
- Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.*, Warszawa 2019.
- Wałachowska M., *Wzorce umowne po wejściu w życie nowej ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (zagadnienia wybrane)*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2016, nr 3.
- Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.

Legal conditions of economic operators' influence on the content of public procurement contracts

Summary

The article analyzes public procurement law regulations, which are of particular importance for the issue of the possibility for economic operators to influence the content of public procurement contracts. The lack of legitimacy of identifying such contracts with adhesive contracts has been shown. Among the legal conditions of the influence of economic operators on the content of public procurement contracts, the following were particularly noted: the principle of competition protection, the use of non-price criteria for the evaluation of bids, as well as the presence of negotiation elements in some public procurement procedures.

Keywords: public procurement contract, economic operator, adhesive contract.