

GRZEGORZ KLICH

ORCID: 0000-0002-5594-3423

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

grzegorz.klich@ue.wroc.pl

Nadużywanie praw podmiotowych na gruncie prawa zamówień publicznych

Abstrakt: Nadużycie prawa podmiotowego jest jedną z podstawowych konstrukcji jurystycznych prawa prywatnego. Z uwagi na istniejące w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego instytucja ta znajduje również zastosowanie na gruncie p.z.p. Celem artykułu jest zbadanie, w jakim zakresie to cywilnoprawne unormowanie jest przydatne w ramach regulacji p.z.p. oraz czy jego zastosowanie wiąże się z okolicznościami i uprawnieniami charakterystycznymi dla systemu zamówień publicznych.

Słowa kluczowe: nadużycie prawa, zamówienia publiczne, swoboda umów, prawa podmiotowe.

Uwagi wprowadzające

Zastosowanie kodeksu cywilnego do zamówień publicznych wynika bezpośrednio z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.). Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest więc umową cywilnoprawną, a ewentualne spory wynikające ze stosunku prawnego, który jest jej rezultatem, podlegają kognicji sądów powszechnych.

Prawo zamówień publicznych reguluje jednak pewne aspekty procedury zawarcia oraz samej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób drobiazgowy i szczególnie wobec przepisów k.c. Regulacja p.z.p. ustanawia bowiem pewne unormowania, które nie znajdują odpowiednika na gruncie przepisów kodeksowych, a w stosunku do wybranych instytucji kodeksu przewiduje ure-

gulowania szczególne. Uregulowania te z jednej strony limitują swobodę umów w odniesieniu do umów w sprawie zamówienia publicznego, a z drugiej — tworzą mechanizmy znacznie ograniczające, a niekiedy wyłączające zastosowanie ogólnych regulacji cywilnoprawnych.

Procesem najbardziej odmiennym od klasycznego modelu cywilnoprawnego jest niewątpliwie procedura dochodzenia do konsensusu między zamawiającym a wykonawcą, czyli zawarcia umowy. Z kolei wykonywanie umów, poza pewnymi wyjątkami, stanowi domenę regulacji cywilnoprawnej. Przepisy p.z.p. odnoszą się bowiem do tego etapu fragmentarycznie i tylko w przypadkach, gdy wymaga tego interes publiczny, który przyjmuje postać konieczności ochrony wyniku postępowania. Jedną z instytucji ogólnych, która ma istotne znaczenie zarówno na etapie zawierania umowy, jak i jej wykonywania, jest uregulowana w art. 5 k.c. instytucja nadużycia prawa.

1. Istota prawa podmiotowego

Prawo podmiotowe oznacza wyznaczaną i chronioną przez system prawny możliwość działania w celu realizowania czy też ochrony określonych interesów lub korzyści¹. Według tradycyjnego podziału prawa podmiotowe mogą przybrać postać praw podmiotowych bezpośrednich, roszczeń oraz praw kształtujących, w tym zarzutów². Prawo podmiotowe jest podstawową konstrukcją jurystyczną prawa prywatnego. To w odniesieniu do tego pojęcia formułowane są takie instytucje, jak uprawnienie, roszczenie, podmiot uprawniony czy podmiot obowiązku³. Stanowi więc ono konstrukcję o charakterze techniczno-prawnym, która opisuje mechanizm działania prawa cywilnego⁴.

Prawo podmiotowe przydaje uprawnionemu określoną „możność postępowania”. W zakresie dopuszczonych prawem podmiotowym zachowań znajduje się więc podejmowanie określonych działań, ale i bierne zachowanie uprawnionego, który z różnych względów może z przyznaných mu uprawnień nie skorzystać.

¹ Współczesne koncepcje mają swoje źródło w tradycjach prawa rzymskiego. Duże znaczenie ma tu w szczególności fragment znanej definicji sprawiedliwości autorstwa Ulpiana, zgodnie z którą *ius suum cuique tribuere* (D.1.1.10); zob. S. Dmowski, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 41; A. Wolter, *Prawo cywilne, część ogólna*, Warszawa 2001, s. 128–131.

² S. Dmowski, *op. cit.*, s. 41; M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1. *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2012, s. 810.

³ Jak wskazuje Jan Kosik: „prawo podmiotowe jest koniecznym uzupełnieniem podmiotowości prawnej; pojęcie prawa podmiotowego dopełnia pojęcia podmiotu prawnego” — *idem*, *Zdolność prawna państwowych osób prawnych*, Warszawa 1963, s. 22.

⁴ S. Putris, *Instytucje podstawowe prawa prywatnego*, Białystok 2018, s. 176.

Jak wskazano, prawa podmiotowe podlegają ochronie prawnej. Podstawowymi instrumentami w tej dziedzinie są mechanizmy sądowe występujące pod postacią powództwa czy też roszczenia procesowego. Ochrona praw podmiotowych zabezpieczona przymusem państwowym stanowi jedną z ich podstawowych cech. Tylko wyjątkowo normy prawne wyłączają możliwość przymusowego wykonania pewnych wynikających z praw podmiotowych obowiązków. Chodzi tu przede wszystkim o tak zwane zobowiązania naturalne⁵. Uzupełniająco w stosunku do ochrony ze strony organów państwowych niekiedy także sam uprawniony może podejmować pewne działania zmierzające do ochrony swych praw podmiotowych. Służy temu instytucja samopomocy⁶.

2. Wykonywanie praw podmiotowych

Podmiot korzystający z prawa podmiotowego podejmuje działania znajdujące się w zakresie określonej normą prawną „możności postępowania”. Wykonywanie prawa podmiotowego może polegać na używaniu materialnoprawnych uprawnień składających się na jego treść. W zależności od rodzaju prawa podmiotowego mogą one być wykonywane w sposób ciągły (na przykład korzystanie z gruntu oddanego w użytkowanie wieczyste) albo jednokrotny (na przykład przyjęcie świadczenia od dłużnika)⁷. Ich wykonywanie może przyjąć postać czynności prawnych (na przykład ustanowienie służebności) lub faktycznych (na przykład pobieranie pożytków), a samo prawo może być wykonywane osobiście lub przez przedstawiciela⁸.

W ramach wykonywania prawa w grę może wchodzić również dochodzenie bezprawnie naruszanych bądź też ograniczanych praw na drodze sądowej czy egzekucyjnej. Wykonywanie prawa zależy od woli uprawnionego. Jako że omawiane prawa podmiotowe funkcjonują w sferze prawa prywatnego, gdzie podstawową zasadą jest autonomia woli, nie może być mowy o obowiązku wykonywania praw podmiotowych i to nawet gdy z braku ich wykonywania uprawnienia te wygasną bądź też przestaną podlegać ochronie (na przykład w efekcie przedawnienia roszczeń)⁹.

⁵ A. Wolter, *op. cit.*, s. 130.

⁶ S. Szer, *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 1955, s. 85–86.

⁷ A. Wolter, *op. cit.*, s. 147.

⁸ A. Doliwa, *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2010, s. 58–59.

⁹ S. Putris, *op. cit.*, s. 206.

3. Nadużycie prawa podmiotowego

Jak już wskazano, sposób wykonywania prawa podmiotowego zależy w dużej mierze od treści konkretnego uprawnienia. Treść prawa podmiotowego jest z kolei pochodną treści przepisów prawa, które dane prawo podmiotowe ustanawiają. Na treść prawa podmiotowego składają się jednak nie tylko konkretne elementy wyrażone normą regulującą to konkretne prawo (na przykład prawo do posiadania, używania i rozporządzania przedmiotem własności zgodnie z art. 140 k.c.), lecz także reguły mające swoje źródło w zasadach ogólnych kodeksu, zwłaszcza art. 5 k.c.¹⁰ Zgodnie z tym przepisem „nie można czynić ze swojego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. Granice dopuszczalnego wykonywania praw podmiotowych zostały więc określone przy użyciu klauzul generalnych.

Pierwsza ze wskazanych klauzul została podjęta przez prawników francuskich (zarówno przez przedstawicieli doktryny, jak i przez orzecznictwo) w drugiej połowie XIX wieku na gruncie kodeksu Napoleona¹¹. Odwołuje się ona do podstawowych funkcji czy celów konkretnych praw podmiotowych. Każde bowiem prawo w typowych okolicznościach służy osiągnięciu przez podmioty uprawnione jakichś specyficznych celów bądź też ochronie jakichś charakterystycznych interesów¹². Można jednocześnie wyobrazić sobie sytuacje, w których prawo podmiotowe nie jest wykonywane zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, co jednak nie prowadzi do negatywnych konsekwencji dla innych osób niż sam uprawniony (przykładowo wykorzystywanie specjalistycznych narzędzi niezgodnie z ich przeznaczeniem, które następnie powoduje ich uszkodzenie, albo celowe zniszczenie jakiejś rzeczy).

Druga ze wskazanych klauzul, choć pierwotnie odwoływała się do kwestii ideologicznych związanych z modelem państwa socjalistycznego, obecnie traktowana jest jako odpowiednik klauzul generalnych występujących w innych prawodawstwach oraz w przedwojennym prawie polskim, to jest przede wszystkim „słuszności” i „dobrej wiary”¹³. Jak wskazuje Stanisław Dmowski, „trzeba przyjąć, iż wyrażają one ideę słuszności w prawie i wolności ludzi oraz odwołują się do powszechnie uznawanych w kulturze naszego społeczeństwa wartości”. Zdaniem tego autora pod interesującym nas tu pojęciem należy więc rozumieć

¹⁰ T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, s. 53 n.

¹¹ L. Jossierand, *De l'esprit de droits et de leur relativité*, Paris 1939, s. 394 n.

¹² Z. Radwański, M. Zieliński, *Uwagi de lege ferenda o klauzulach generalnych w prawie prywatnym*, „Przegląd Legislacyjny” 2001, nr 2, s. 27 n.

¹³ Zob. np. wyrok TK z dnia 17 października 2000 roku, sygn. SK 5/99, OTK 2000, Nr 7, poz. 254.

„podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania”¹⁴. Zasady współżycia społecznego mają charakter pozaprawny i wskazują na właściwy, z etycznego punktu widzenia, sposób postępowania podmiotów prawa cywilnego. Zasady te będą często pokrywały się z obowiązującymi przepisami prawa (na przykład konieczność naprawienia wyrządzonej szkody), co jednak świadczy jedynie o tym, że konkretne normy prawne wyznaczają aprobowane społecznie zasady postępowania¹⁵. Cechą zasad współżycia społecznego jest ich zmienność w czasie, gdyż odpowiadają one zawsze aktualnym standardom funkcjonującym w społeczeństwie. Z tego względu ich kodyfikacja jest w zasadzie niemożliwa. Natomiast ich elastyczność niewątpliwie podnosi ich przydatność¹⁶. Zasadniczo, stwierdzając nadużycie prawa, nie jest konieczne odwoływanie się do konkretnej zasady, którą naruszono¹⁷.

W doktrynie zauważa się, że wskazane klauzule (mierniki) wzajemnie się uzupełniają i tworzą kryterium o jednolitym charakterze¹⁸. To swoiste sprzężenie klauzul generalnych ma na celu bardziej precyzyjne określenie miernika poprzez dostosowanie go do objętych regulacją stosunków prawnych¹⁹. Wykonywanie prawa niezgodnie z jego ekonomicznym przeznaczeniem nie musi bowiem zawsze stanowić zachowania cechującego się nagannością uzasadniającą stosowanie regulacji art. 5 k.c. Jak wskazuje Maciej Gutowski, o nadużyciu prawa podmiotowego musi również świadczyć potrzeba ochrony wartości o charakterze aksjologicznym czy też moralnym, „a nie samoistnie sprzeczność działania ze społeczno-gospodarczym celem prawa”²⁰.

Tradycyjnie instytucję nadużycia prawa można postrzegać przez pryzmat jednej z dwóch teorii. Pierwsza z nich — teoria zewnętrzna — znajdowała oparcie jeszcze na gruncie przepisów kodeksu zobowiązań (dalej: k.z.) (art. 135 k.z.). Wedle tej koncepcji nadużywający prawa podmiotowego faktycznie działa w jego granicach, a tylko ze względu na zasługujące na potępienie motywy działania są one traktowane jak czyny niedozwolone i pociągają za sobą konieczność naprawienia szkody²¹. Na gruncie art. 5 k.c. należy przychylić się jednak do teorii wewnętrznej. Nadużycie prawa nie mieści się więc w zakresie wykonywania prawa,

¹⁴ S. Dmowski, *op. cit.*, s. 43.

¹⁵ A. Wolter, *op. cit.*, s. 77.

¹⁶ *Ibidem*, s. 78; A. Stelmachowski, *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 1, s. 9–17.

¹⁷ Od tej koncepcji odstąpił na przykład Sąd Najwyższy (dalej: SN) w wyroku z dnia 8 maja 2014 roku, sygn. V CSK 322/13, LEX nr 1491263.

¹⁸ S. Grzybowski, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 1. *Prawo cywilne — część ogólna*, red. S. Grzybowski, Warszawa 1985, s. 270.

¹⁹ *Ibidem*, s. 122–123.

²⁰ M. Gutowski, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz do art. 1–352*, red. M. Gutowski, Warszawa 2018, s. 73.

²¹ A. Wolter, *op. cit.*, s. 150.

ale stanowi zachowanie bezprawne²². Teoria wewnętrzna zakłada zatem, że wskazane wcześniej mierniki wyznaczone klauzulami generalnymi zasad współzycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa dookreślają treść konkretnych praw podmiotowych. W zakresie sprzecznym z tymi klauzulami nie zachodzi już wykonywanie prawa podmiotowego, lecz jego nadużycie²³.

4. Zastosowanie regulacji nadużycia prawa na gruncie prawa zamówień publicznych

Procedura udzielania zamówień publicznych ma charakter cywilnoprawny i stanowi szczególny tryb zawarcia umowy. Czynności podejmowane w ramach tego postępowania mają więc również charakter cywilnoprawny, a wykonywanie określonych uprawnień w jego ramach będzie wykonywaniem praw podmiotowych. Efekt wskazanej procedury w postaci umowy w sprawie zamówienia publicznego w przeważającej mierze stanowi także przedmiot regulacji prawa cywilnego. Określone czynności podjęte na tym etapie przez strony umowy przyjmą więc najczęściej postać wykonywania praw podmiotowych.

W wypadku stosunków prawnych nadużywanie prawa dotyczy często podmiotu o silniejszej pozycji. W wypadku zamówień publicznych, mimo wykorzystywanej przez prawodawcę prywatno-prawnej metody regulacji, która opiera się na zasadzie formalnej równorzędności stron, należy przyjąć, że w olbrzymiej większości przypadków mocniejszą pozycję będzie zajmował zamawiający²⁴. Potencjalne nadużycia przez zamawiającego praw podmiotowych wypływają przede wszystkim z pozycji, jaką ustawodawca przyznał mu w ramach postępowania. To bowiem zamawiający jest zawsze podmiotem inicjującym postępowanie. To

²² A. Doliwa, *op. cit.*, s. 62–63.

²³ T. Justyński, *op. cit.*, s. 43.

²⁴ W odniesieniu do kluczowej w tym zakresie regulacji art. 353¹ k.c. SN w wyroku z dnia 19 listopada 2015 roku (sygn. IV CSK 804/14, Legalis nr 1381868) wskazała, że „obiektywnie niekorzystna dla jednej strony umowa zasługuje na negatywną ocenę moralną, która prowadzi do uznania jej za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego, jeżeli do ukształtowania stosunku umownego w sposób wyraźnie krzywdzący doszło przy wykorzystaniu przez drugą stronę silniejszej pozycji, a więc pod presją faktycznej przewagi kontrahenta”. Jak podnosi się w orzecznictwie KIO: „uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać”. Wynika to zarówno z przywołanych ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c. (wyrok KIO z dnia 19 listopada 2019 roku, sygn. KIO 2219/19, ftp.uzp.gov.pl). Podobnie KIO na przykład w wyrokach z dnia 27 lipca 2020 roku (sygn. KIO 1283/20, Orzecznictwo — Zamówienia Publiczne Wybrane Orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, Warszawa 2020, nr 2, s. 309) oraz z dnia 16 lipca 2018 roku (sygn. KIO 47/18, Legalis nr 1755713).

on określa warunki udziału w postępowaniu, wybiera tryb jego przeprowadzenia oraz ma szczególne uprawnienia w zakresie odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy czy odstąpienia od umowy. Pozycja wykonawców w ramach konkretnej procedury jest więc determinowana warunkami określonymi przez zamawiającego. Ilość uprawnień przysługujących wykonawcom dzięki przepisom p.z.p. jest niewątpliwie mniejsza, choć jako uczestnicy postępowania oraz strony zawiązywanych w jego ramach stosunków prawnych także mają oni określone prawa podmiotowe, które mogą być nadużywane²⁵.

Udzielając zamówienia publicznego, zamawiający zawsze działa w granicach i na podstawie prawa, a występujące w tym zakresie błędy zamawiającego można poddać kontroli w ramach przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że to właśnie treść prawa przedmiotowego może niekiedy skłaniać wykonawcę do nadużywania niektórych przysługujących mu praw podmiotowych. Regulacja p.z.p. służy bowiem ochronie wieloaspektowego interesu publicznego i w tym celu posługuje się mechanizmami, które w dużej mierze ograniczają swobodę działania zamawiających. Jedną z przyczyn nadużywania praw podmiotowych przez zamawiających może być więc zbyt szablonowe i restrykcyjne stosowanie regulacji p.z.p. oraz innych powiązanych z nim aktów prawnych, aby uchronić się przed potencjalnym zarzutem marnotrawienia środków publicznych²⁶.

Na etapie przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego instytucja nadużycia prawa wydaje się szczególnie powiązana z niektórymi zasadami podstawowymi p.z.p. Przede wszystkim chodzi tu o zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz przejrzystości. Niewątpliwie naruszenie zasady uczciwej konkurencji wiąże się, choć nie pokrywa, z problematyką nadużycia prawa. Zgodnie z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.) czynem nieuczciwej konkurencji jest także działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.

²⁵ Zob. np. orzeczenie KIO z dnia 28 października 2021 roku (KIO/W 92/21, Legalis nr 2632259), w którym Izba zauważyła, że w okolicznościach sprawy to nie zamawiający (jak w odwołaniu twierdzi wykonawca) nadużywa prawa, ale wykonawca wykorzystuje swoje uprawnienie do wniesienia odwołania w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa. Podobnie uznaje KIO w orzeczeniu z dnia 10 maja 2018 roku (sygn. KIO/W9/18, www.uzp.gov.pl). Stosunkowo często jako nadużycie kwalifikuje się również nieuzasadnione zastrzeżenie przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa; tak na przykład KIO w wyroku z dnia 23 czerwca 2020 roku (sygn. KIO 846/20, Legalis nr 2467874).

²⁶ Jak w jednym z wyroków zauważyła KIO: „W przypadku postanowień umowy w sprawach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający, co do zasady przeważa nad interesem wykonawców, a ryzyko zamawiającego uznaje się za przewyższające normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej występujące w przypadku umów zawieranych między dwoma przedsiębiorcami, niemniej nie oznacza to, że swoboda zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych jest nieograniczona” (wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2020 roku, sygn. KIO 1593/20, Legalis nr 2481179).

Klauzula dobrych obyczajów pozostaje natomiast w pewnym związku z klauzulą zasad współzycia społecznego, obecną między innymi w artykułe 5 k.c.²⁷ Może się zwłaszcza zdarzyć, że dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji będzie wynikać z tego, iż przedsiębiorca nadużywa swojego prawa podmiotowego²⁸. Choć sam zamawiający, który zazwyczaj nie jest przedsiębiorcą, nie może dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji w takim rozumieniu, to jednak ciąży na nim obowiązek ochrony prawidłowego funkcjonowania mechanizmów konkurencji w ramach inicjowanego przez niego postępowania.

W doktrynie wskazuje się, że na gruncie p.z.p. zasada uczciwej konkurencji znajduje wyraz w ramach konkretnych regulacji p.z.p. o charakterze szczegółowym, takich jak: reguły opisu przedmiotu zamówienia, warunki stawiane wykonawcom, regulacje odnoszące się do obowiązków publikacyjnych czy też reguły dopuszczające stosowanie trybów innych niż przetargowe²⁹. Zamawiający wywołuje mechanizm konkurencji, wszczynając postępowanie, a w trakcie przygotowania i przeprowadzenia postępowania ciąży na nim określone obowiązki w zakresie zapewnienia prawidłowego funkcjonowania jej mechanizmów. W większości przypadków naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji będzie skutkiem naruszenia przez niego norm prawa (w szczególności p.z.p.) bądź też nierównego traktowania wykonawców³⁰.

²⁷ Związki występujące pomiędzy tymi klauzulami stanowią przedmiot kontrowersji. Pojawiające się w tej mierze opinie oscylują od zaliczania dobrych obyczajów do zasad współzycia społecznego (tak na przykład T. Knypl, K. Trzciniński, *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 8, s. 22) poprzez traktowanie ich jako odpowiednika zasad współzycia społecznego w odniesieniu do osób prawnych (zob. np. R. Czerniawski, *Walne zgromadzenie spółki akcyjnej*, Warszawa 2009, s. 211) aż po wyznaczanie im odrębnych znaczeń i funkcji (zob. np. A. Żurawik, *Dobre obyczaje a zwyczaje, zasady współzycia społecznego i dobra wiara: ujęcie teoretyczne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 4, s. 208).

²⁸ W ramach konkurowania przedsiębiorcy zobowiązani są przestrzegać dobrych obyczajów. Wskazuje się, że „Na płaszczyźnie działań konkurencyjnych z nadużyciem prawa podmiotowego przez przedsiębiorcę będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy będzie je wykonywał w celu wprowadzenia klienteli w błąd, w celu wykorzystywania renomy konkurenta lub w inny podobny sposób naruszy zasady dobrej obyczajowości kupieckiej” — P. Sokal, *Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 24, s. 1321 n.

²⁹ M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 106. Autorka podkreśla również, że na zamawiającym ciąży także obowiązek eliminowania wykonawców, którzy względem siebie dopuszczają się czynów nieuczciwej konkurencji. Powiązanie zasady uczciwej konkurencji z konkretną regulacją p.z.p. jest szczególnie istotne, gdyż — jak wskazuje KIO — „obowiązek ten winien być dopełniony treścią innego — szczegółowego przepisu z jednoczesnym wykazaniem zróżnicowania sytuacji poszczególnych wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji podmiotowej” (wyrok KIO z dnia 8 września 2017 roku, sygn. 1790/17).

³⁰ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 101. Wskazuje się, że naruszenie zasad konkurencji najczęściej zarzuca się zamawiającym w odniesieniu do tych ich czynności stypizowanych w art. 15 u.z.n.k., które prowadzą do utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Chodzi tu przede wszystkim o zakaz sprzedaży towarów lub usług

W odniesieniu do zasady przejrzystości należy zauważyć, że zamawiający ma obowiązek sformułować specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w sposób precyzyjny, jasny i jednoznaczny. Zamawiający nie może przerzucać ciężaru niezachowania precyzji na wykonawców na przykład poprzez przyjęcie możliwości dokonywania zmian czy nawet uchylecia niektórych warunków specyfikacji po upływie terminu składania ofert. Takie zachowanie należy traktować jako nadużycie prawa³¹.

W orzecznictwie wielokrotnie zwracano uwagę na nadużywanie przez zamawiającego prawa do kształtowania wzoru umowy, który stanowi element SIWZ. Jak zauważyła KIO:

zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. [...] obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych, został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą³².

Nadużywanie prawa do ustalania istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy, ma miejsce najczęściej w wypadku postanowień odnoszących się do kar umownych, możliwości waloryzacji świadczeń³³ czy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu³⁴. Jako nadużycie prawa traktowano również powtarzane wzywianie wykonawcy do uzupełnienia albo wyjaśnienia złożonych oświadczeń lub dokumentów w tym samym zakresie³⁵, żądanie przez zamawiającego zawarcia umowy niezgodnej z oświadczeniem wykonawcy, przyjętym na etapie wyboru oferty³⁶, czy też bezpodstawne

poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców oraz rzeczowo nieuzasadnione różnicowane traktowanie niektórych klientów. W tym pierwszym przypadku nie chodzi wprawdzie bezpośrednio o działania zamawiającego, gdyż to nie on, a wykonawca sprzedaje towary lub usługi. Wskazana regulacja nakłada jednak na zamawiającego obowiązek eliminowania ofert zawierających tak zwane ceny dumpingowe. W drugim przypadku istotne jest, aby formułowane przez zamawiającego warunki podmiotowe nie naruszały regulacji u.z.n.k. Zob. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 104 n.

³¹ Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2018 roku (sygn. KIO 2269/18, Legalis nr 1896017). Zob. także A. Wiktorowski, [w:] E. Wiktorowska *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 129 n.

³² Wyrok KIO z dnia 7 września 2021 roku (sygn. KIO 2194/21, Legalis nr 2624623).

³³ Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2020 roku (sygn. KIO 2729/20, Legalis nr 2505905).

³⁴ Wyrok KIO z dnia 27 maja 2015 roku (sygn. KIO 1018/15, Legalis nr 1351925).

³⁵ Wyrok KIO z dnia 6 października 2010 roku (sygn. KIO/UZP 2098/10, ftp.uzp.gov.pl).

³⁶ Wyrok KIO z dnia 5 marca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 45/10, Legalis nr 218168).

zatrzymanie wadium³⁷. W odniesieniu do kar umownych KIO odmówiła na przykład skuteczności treści SIWZ w zakresie, w jakim kary umowne przewidziane wzorem umowy wiązały odpowiedzialność wykonawcy z okolicznościami, za których powstanie on nie odpowiada³⁸. W innym orzeczeniu Izba podkreśliła, że „niedopuszczalne jest zastrzeżenie kar umownych niezwiązanych z uchybieniami wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia jako stanowiących przekroczenie przysługującego zamawiającemu uprawnienia do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”³⁹.

Nadużycie prawa podmiotowego może także dotyczyć wykonywania prawa odstąpienia od umowy. Jak wskazał SO we Wrocławiu w wyroku z dnia 10 sierpnia 2020 roku (sygn. XII C 653/18), zastrzeżenie możliwości odstąpienia od umowy o roboty budowlane tylko dla zamawiającego i to w okolicznościach, które nie zagrażały opóźnieniu realizacji całości inwestycji (o czym mowa w art. 635 k.c.), a następnie skorzystanie z tego uprawnienia, stanowi nadużycie prawa podmiotowego i nie zasługuje na ochronę. Podobnie za nadużycie prawa uznano bezcelowe żądanie przez wykonawcę gwarancji zapłaty za wykonane roboty budowlane⁴⁰. Możliwość skorzystania z instytucji nadużycia prawa dopuścił również SO w Krakowie w sytuacji podniesienia przez zamawiającego zarzutu przedawnienia roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonane zamówienie⁴¹.

Wnioski

Analizując problematykę nadużycia prawa na gruncie prawa zamówień publicznych, można zauważyć, że zastosowanie wskazanej instytucji wykazuje pewne cechy swoiste. Widoczne jest to zwłaszcza na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania. Zamawiający, którego regulacja p.z.p. pozbawia możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, otrzymał bowiem od ustawodawcy

³⁷ Zob. np. wyrok SA w Gdańsku z dnia 18 czerwca 2013 roku (sygn. V ACa 261/13, Legalis nr 736432).

³⁸ Wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 roku (sygn. KIO 923/14, Legalis nr 981808). Podobnie wyrok KIO z dnia 25 września 2020 roku (sygn. KIO 1877/20, Legalis nr 2495487). Zob. także wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2020 roku (sygn. KIO 1593/20, Legalis nr 2481179), w którym Izba wskazała na konieczność precyzyjnego określenia przypadków, w których mogą być stosowane kary umowne. Zdaniem Izby „kary umowne muszą być proporcjonalne do wagi uchybień, a wykonawca musi posiadać wiedzę, jakie przypadki nienależytego wykonania umowy kwalifikują się pod konkretne naruszenie sankcjonowane karą umowną”. Tak też KIO w wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 roku (sygn. KIO 1585/19, www.orzeczenia.uzp.gov.pl).

³⁹ Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 roku (sygn. KIO 487/14, Legalis nr 863232). Podobnie KIO w wyroku z dnia 25 października 2013 roku (sygn. KIO 2397/13, Legalis nr 787412).

⁴⁰ Wyrok SA w Krakowie z dnia 8 października 2019 roku (sygn. I AGa 533/18, Legalis nr 2330972).

⁴¹ Wyrok SO w Krakowie z dnia 7 lipca 2016 roku (sygn. I C 2191/15, www.saos.org.pl).

prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków inicjowanego postępowania, w tym warunków umowy. Uprawnienia te, służące zabezpieczeniu interesu publicznego, powinny być jednak wykonywane zgodnie z zasadą proporcjonalności oraz w sposób, który nie zakłóca uczciwej konkurencji. Faktyczna przewaga zamawiającego nad wykonawcami na tym etapie postępowania stosunkowo często prowadzi jednak do nadużycia wskazanych praw podmiotowych poprzez ustanawianie warunków dla wykonawców krzywdzących, które stanowią instrument nieproporcjonalny do osiągnięcia wyznaczonych celów. Jednym z najczęściej podnoszonych w tym względzie nadużyć jest niewłaściwe sformułowanie przez zamawiającego postanowień dotyczących kar umownych. Należy jednak wyrazić nadzieję, że w obecnym stanie prawnym, przede wszystkim wobec treści art. 433 oraz 436 nowego p.z.p., opisane tu zjawisko ulegnie znacznemu ograniczeniu.

Ustawowe unormowanie etapu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie przyznaje zamawiającemu tak daleko idącej przewagi wobec wykonawców, która cechuje etap przygotowania i przeprowadzenia postępowania. Przypadki nadużywania praw podmiotowych przez zamawiających, z uwagi na ich szczególne względem k.c. uprawnienia, będą więc zdarzały się o wiele rzadziej i często będą wynikać z błędów czy nadużyć zamawiających, mających swoje źródło w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania. Wynika to z faktu, iż wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest w przeważającej mierze bezpośrednio regulowane przepisami cywilnoprawnymi. Powoduje to, że na tym etapie sytuacje nadużycia praw podmiotowych (dokonywane zarówno przez zamawiających, jak i wykonawców) nie będą w większości przypadków wykazywały szczególnych czy też swoistych cech.

Bibliografia

- Czerniawski R., *Walne zgromadzenie spółki akcyjnej*, Warszawa 2009.
- Dmowski S., [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2011.
- Doliwa A., *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2010.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Grzybowski S., [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 1. *Prawo cywilne — część ogólna*, red. S. Grzybowski, Warszawa 1985.
- Gutowski M., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz do art. 1–352*, red. M. Gutowski, Warszawa 2018.
- Josserand L., *De l'esprit de droits et de leur relativité*, Paris 1939.
- Justyński T., *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000.
- Knypl T., Trzcziński K., *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 8.
- Kosik J., *Zdolność prawna państwowych osób prawnych*, Warszawa 1963.
- Putris S., *Instytucje podstawowe prawa prywatnego*, Białystok 2018.

- Pyziak-Szafnicka M., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1. *Prawo cywilne — część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2012.
- Radwański Z., Zieliński M., *Uwagi de lege ferenda o klauzulach generalnych w prawie prywatnym*, „Przegląd Legislacyjny” 2001, nr 2.
- Sokal P., *Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 24.
- Stachowiak M., [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Stelmachowski A., *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 1.
- Szer S., *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 1955.
- Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Wiktorowski A., [w:] E. Wiktorowska, A. Gawrońska-Baran, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Wolter A., *Prawo cywilne, część ogólna*, Warszawa 2001.
- Żurawik A., *Dobre obyczaje a zwyczaje, zasady współżycia społecznego i dobra wiara: ujęcie teoretyczne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 4.

The Abuse of Rights in Public Procurement Law

Summary

The abuse of rights is one of the fundamental legal constructs of private law. Due to the Public Procurement Law regulation referring to the rules of the Civil Code, the institution of abuse of rights is also applicable in the field of public procurement. The aim of this paper is to analyze the usefulness of this private law institution in the area of Public Procurement Law and to examine whether its application is connected with circumstances and rights characteristic of the public procurement system.

Keywords: abuse of rights, public procurement, freedom of contract, subjective rights.