

Michał Drozdowicz

Zasada realnego wykonania zamówienia publicznego

Rozprawa doktorska
przygotowana w Katedrze Prawa Cywilnego
pod kierunkiem dra hab. Ryszarda Szostaka, prof. UEK
w dyscyplinie prawo cywilne

Łódź 2025

Spis treści	
Wykaz ważniejszych skrótów	- 2 -
Wstęp.....	- 6 -
I PROBLEMATYKA WYKONANIA UMOWY NA TLE PRAWNOPORÓWNAWCZYM	- 14 -
1. Wykonanie umowy <i>in natura</i> w ujęciu historycznym	- 14 -
2. Funkcjonowanie zasady realnego wykonania zamówienia w II RP	- 35 -
3. Wymóg realnego wykonania kontraktu w prawie konwencyjnym i modelowym	- 49 -
4. Wykonanie umowy w zgodzie z jej treścią w prawie niemieckim i holenderskim - w zarysie.....	- 69 -
II ZAKRES WYMOGU REALNEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA	- 78 -
1. Założenia podstawowe	- 78 -
2. Racjonalne kryteria wykonania zamówienia	- 92 -
3. Granice powinności realnego wykonania zamówienia	- 105 -
4. Realne wykonanie zobowiązania na tle zapewnienia dostatecznej efektywności zamówienia.....	- 121 -
III UWARUNKOWANIE ZASADY REALNEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO	- 124 -
1. Analiza potrzeb i wymagań	- 124 -
2. Ustawowe zasady opisu przedmiotu zamówienia.....	- 127 -
3. Racjonalne kryteria oceny ofert.....	- 136 -
4. Optymalne postanowienia umowy finalnej	- 141 -
5. Ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia.....	- 158 -
6. Udzielenie zaliczki na poczet wykonania zamówienia	- 167 -
IV WERYFIKACJA WIARYGODNOŚCI WYKONAWCY	- 172 -
1. Uwagi ogólne	- 172 -
2. Podstawy wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie.....	- 174 -
3. Warunki wymagane od wykonawców	- 187 -
4. Stopniowanie spełniania warunków podmiotowych w ramach oceny wiarygodności wykonawcy	- 199 -
5. Formy wzmocnienia potencjału realizacyjnego wykonawcy.....	- 201 -
V ROZWIĄZANIA ZAOSTRZAJĄCE OBOWIĄZEK REALNEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA	- 217 -
1. Publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń	- 217 -
2. Obowiązek współdziałania stron	- 220 -
3. Nadzór nad realizacją zamówienia	- 228 -
4. Rzetelny odbiór przedmiotu zamówienia	- 237 -
5. Ograniczona dopuszczalność modyfikacji umowy.....	- 250 -
6. Ograniczenie swobody przedwczesnego rozwiązania umowy	- 262 -
VI NIEKTÓRE ROZWIĄZANIA STYMULUJĄCE REALNE WYKONANIE ZAMÓWIENIA.....	- 270 -
1. Zaostrenie odpowiedzialności za jakość przedmiotu zamówienia	- 270 -
2. Racjonalne operowanie karami umownymi.....	- 281 -
3. Wykonanie zastępcze w zamówieniu publicznym.....	- 294 -
4. Zaspokojenie roszczenia zamawiającego z przedmiotu zabezpieczenia.....	- 309 -
5. Publicznoprawny obowiązek ewaluacji realnego wykonania zamówienia	- 311 -
Zakończenie.....	- 315 -
BIBLIOGRAFIA	- 319 -

Wykaz ważniejszych skrótów

1. Źródła prawa

Konwencja wiedeńska (konwencja)	Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów sporządzona w Wiedniu dnia 11.04.1980 r. (Dz. U. 1997, Nr 45, poz. 286)
Dyrektywa 2004/18 –	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.04.2004, s. 114)
Dyrektywa 2014/24 (dyrektywa, dyrektywa ogólna)	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. L 94 z 28.03.2014, s. 65)
Dyrektywa 2014/25 (dyrektywa sektorowa –	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., str. 243)
KSH	Ustawa z 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. 2024, poz. 18)
KC	Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. 2023, poz. 1061)
KK	Ustawa z 06.06.1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. 2024, poz. 17)
KPC	Ustawa z 17.11.1964 Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. 2023, poz. 1568)
Konwencja rzymska	Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwarta do podpisu w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 roku z 08.07.2005 r., Dz. Urz. UE.C 2005 Nr 169, str. 10
KP	Ustawa z 26.06.1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. 2023, poz. 1465)
KZ	Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. Kodeks zobowiązań (Dz. U. 1933, Nr 82, poz. 598)
Pr. bank. –	Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. 2024, poz. 1646)
Pr. bud. –	Ustawa z 07.07.1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2024, poz. 725)
Pr. energ. Pr. przeds. –	Ustawa z 10.04.1997 r. Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. 2024, poz. 266) Ustawa z 006.03.2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. 2024, poz. 236)
Pr. przew.–	Ustawa z 15.11.1984 r. Prawo przewozowe (t.j. Dz. U. 2024, poz. 1262)
Pr. środ. – Pr. up. –	Ustawa z 27.04.2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. 2024, poz. 54) Ustawa z 28.02.2003 r. Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. 2024, poz. 794)
Pr. weksl.	Ustawa z 28.04.1936 r. Prawo wekslowe (t.j. Dz. U. 2022, poz. 282)
Pzp (ustawa)	Ustawa z 11.09. 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024, poz. 1320)

Pzp2004 (ustawa Pzp2004)	Ustawa z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 1843)
Rozp.śr.dow. –	Rozporządzenie MRPiT z 23.12.2020 w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020, poz. 2415)
Rozp. RM 1937	Rozporządzenie Rady Ministrów z 29.01.1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. 19., poz. 127)
TFUE	Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957, dawniej traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (1958-1993) oraz traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (1993-2009 (wersja skonsolidowana Dz. U. UE z 26.10.2012, C 326
U.g.n.	Ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz. U. 2024, poz. 1145)
U.o.s.	Ustawa z 25.06.2010 r. o sporcie (t.j. Dz. U. 2024, poz. 1488)
U.p.z.	Ustawa z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t.j. Dz. U. 2024, poz. 1822)
U.f.p.	Ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. 2024, poz. 1530)
U.s.g.	Ustawa z 08.03.1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. 2024, poz. 1465)
U.s.p.	Ustawa z 05.06.1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. 2024, poz. 107)
U.s.w.	Ustawa z 05.06.1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. 2024, poz. 566).
U.n.f.p.	Ustawa z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. 2024, poz. 104)
U.z.n.k.	Ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2022, poz. 1233)
U.z.r.	Ustawa z 06.12.1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (t.j. Dz. U. 2018, poz. 2017)

2. Organy orzekające

GKO	Główna Komisja Orzekająca
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SN (7)	Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów
SO	Sąd Okręgowy
TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
WSA	Wojewódzki Sąd Administracyjny

3. Publikacje i czasopisma

DNPzp	Dodatek Nowe Prawo Zamówień Publicznych
EPS	Europejski Przegląd Sądowy
FK	Finanse Komunalne
FN	Filozofia Nauki
KP	Kontrola Państwowa
MoP	Monitor Prawniczy
MoPBank	Monitor Prawa Bankowego
M.Zam.Pub.	Monitor Zamówień Publicznych
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPIKA	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PiP	Państwo i Prawo
PP	Przegląd Podatkowy
PPC	Przegląd Prawa Cywilnego
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
PS	Przegląd Sądowy
Pr.i P.	Prokuratura i Prawo
PZP. Kwartalnik	Prawo Zamówień Publicznych
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SC	Studia Cywilistyczne
SPKUL	Studia Prawnicze KUL
STPP	Studia Prawa Prywatnego
TPP	Transformacje Prawa Prywatnego
ZP Doradca	Zamówienia Publiczne. Doradca

4. Inne skróty

art.	artykuł
BGB	(Bürgerliches Gesetzbuch) niemiecki kodeks cywilny
BW	(Burgerlijk Wetboek) holenderski kodeks cywilny
BZP	Biuletyn Zamówień Publicznych

DCFR	(Draft Common Frame of Reference) Projekt Wspólnych Ram Odniesienia
BVfM (BVM)	Best Value for Money
BZP	Biuletyn Zamówień Publicznych
Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. U. RP.	Dziennik Urzędowy Rzeczypospolitej Polskiej
Dz. Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
EMAS	(Eco-Management and Audit Scheme) wspólnotowy system ekozarządzania i audytu zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekozarządzania i audytu we Wspólnocie
GDDKiA	Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad
in.	inni
j.g.u.	jednostka gospodarki uspołecznionej
KE	Komisja Europejska
kom.	komentarz
KUL	Katolicki Uniwersytet Lubelski
lit.	litera
m.in.	między innymi
MRiT	Minister Rozwoju i Technologii
MRPiT	Minister Rozwoju, Pracy i Technologii
nast.	następny (-a, -e)
n.e.	naszej ery
np.	na przykład
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych
op. cit.	opus citatum
OPW	Opis potrzeb i wymagań
par.	paragraf
PECL	(Principles of European Contract Law) Zasady Europejskiego Prawa Kontraktów
pkt	punkt
p.n.e.	przed naszą erą
por.	porównaj
post.	postanowienie
r.	rok
red.	redakcja
RM	Rada Ministrów
rozdz.	rozdział
s.	strona
Sent. Paul.	Sentencje Paulusa
SIWZ	Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
SKOK	Spółdzielcza kasa oszczędnościowo kredytowa
SWZ	Specyfikacja Warunków Zamówienia
t (T.)	tom
t.j.	tekst jednolity
tw.	tak zwany (-a, -e)
UE	Unia Europejska
URE	Urząd Regulacji Energetyki
ust.	ustęp
UZP	Urząd Zamówień Publicznych
vs.	versus
w zw.	w związku
wyr.	wyrok
zd.	zdanie
ze zm.	ze zmianami
zob.	zobacz

Wstęp

Problematyka wykonania umowy o zamówienie publiczne stanowi coraz częściej przedmiot działalności prawodawczej i zainteresowania nauki. U podstaw nowej ustawy z 2019 r. leżało zwiększenie roli wykonania umowy. Położenie akcentu na realne wykonywanie zamówień publicznych znalazło wyraz nie tylko w podniesieniu rangi problematyki realizacji zamówienia w systematyce ustawy Pzp, ale także we wprowadzeniu szczególnych rozwiązań prawnych, które spotkały się z żywą debatą doktryny prawa, zainteresowaniem praktyki, w tym judykatury zamówień publicznych.

Pomimo zainteresowania piśmiennictwa, brakuje kompleksowego opracowania w tym przedmiocie. Najważniejsze prace koncentrują się na zagadnieniach wycinkowych. Wymienić tutaj należy zwłaszcza monografie: „Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania”¹, „Roszczenie o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią”², czy „Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego”³. Specyfikę zamówienia publicznego odnaleźć można też w opracowaniu pn. „Prawna koncepcja zamówienia publicznego”⁴ oraz w monografii „Aksjologia prawa zamówień publicznych”⁵.

Zamówienie publiczne może być rozumiane trojako. W pierwszym ujęciu, opartym na definicji ustawowej, to odpłatna umowa cywilnoprawna, zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Zamówienia publiczne mogą oczywiście obejmować stosunki prawa rzeczowego (np. użytkowanie ruchomości), lecz analizowana zasada dotyczy umów obligacyjnych, chociaż może znaleźć odpowiednie zastosowanie do zamówień z zakresu prawa rzeczowego. Drugie rozumienie zamówienia koncentruje się na nabyciu na potrzeby publiczne. Nawiązuje to do ujęcia słownikowego, według którego zamówienie oznacza „to, co zostało obstalowane”. Według trzeciego pojęcia zamówienie to polecenie dostarczenia lub wykonania jakiegoś przedmiotu⁶. W niniejszej pracy zamówienie pojmowane jest najczęściej zgodnie z definicją legalną. W opracowaniu zamiennie posługiwano się

¹ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982.

² I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią*, Warszawa 2014.

³ K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.

⁴ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.

⁵ P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych*, Toruń 2019.

⁶ Zob. „zamówienie” <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu: 14.06.2025].

sformułowaniami: realne wykonanie zamówienia, wykonanie *in natura*, rzeczywiste wykonanie zamówienia, należyte wykonanie zamówienia, spełnienie świadczenia *in natura*, spełnienie świadczenia. Jak wiadomo dwa z ostatnich sformułowań mają węższą treść niż zamówienie publiczne, lecz świadczenie niepieniężne stanowi w nim świadczenie charakterystyczne, toteż uznano za uzasadnione posłużenie się nimi. Pierwszoplanowa rola przypada terminowi „realne wykonanie zamówienia”, pozostałe przywoływano jako sformułowania synonimiczne.

Zasięg oddziaływania zasady będącej przedmiotem opracowania ogranicza się zatem do statystycznie niezbyt wielkiego, lecz gospodarczo istotnego, wycinka obrotu społeczno-gospodarczego. Wartość zamówień publicznych szacowana jest na kilkanaście procent PKB, przy czym w zakresie obrotu profesjonalnego sięga to ok. 20% jego wartości. Według danych Prezesa UZP za 2024 rok, liczba zamówień udzielonych w tym roku z zastosowaniem ustawy Pzp wyniosła ok. 153 000 zamówień (w 2023 r. było to ok. 157 500 zamówień). Wartość zamówień publicznych udzielonych w 2024 r. z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp sięgnęła ok. 330,4 mld zł (w 2023 r. – 279,8 mld zł). Z kolei przybliżona wartość całego rynku zamówień publicznych wyniosła łącznie ok. 587 mld zł, czyli około 16% PKB za 2024 r.⁷.

Zarówno nauka jak i praktyka obrotu wciąż czekają na kompleksowe opracowanie zasady *pacta sunt servanda* oraz – przeżywającej ostatnio swój renesans– zasady realnego wykonania zobowiązania. Niniejsze opracowanie nie wypełnia tej luki. Prezentowana praca poświęcona jest zasadzie w ujęciu dyrektywalnym oraz wybranym instrumentom prawnym, które występują w prawie zamówień publicznych oraz w prawie zobowiązań. Zostały one dobrane i przedstawione ze specyficznej perspektywy: jako rozwiązania prawne świadczące o istnieniu tytułowej zasady oraz jako narzędzia rzutujące na obowiązek dla niej kluczowy: obowiązek wykonania zamówienia publicznego *in natura*. W opracowaniu ograniczono się do realnego wykonania zamówienia przez wykonawcę, pominięto wykonanie ze strony zamawiającego. Zapłata traci na znaczeniu, bo jej warunki zdeterminowane zostały ustawowo (waluta, formy rozliczeń), pozostają jedynie podstawy zapłaty oraz termin dokonania. Wskazany cel pracy pociąga za sobą istotne ograniczenia. Opracowanie nie przedstawia szczegółowej

⁷ Zob. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2024. r., Warszawa 2025, s. 8 i nast., www.uzp.gov.pl, według którego szacunkowa wartość zamówień udzielanych z zastosowaniem przepisów ustawy wyniosła ok. 9,07% PKB; ocena skutków regulacji projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi UDER 15, s. 1; Biuletyn Statystyczny Nr 3/2025.

rekonstrukcji poszczególnych rozwiązań prawnych, które można w nim odnaleźć, lecz uwzględnivszy elementy konstrukcyjne prezentuje je z perspektywy funkcjonalnej, łączącej się z oddziaływaniem na obowiązek realnego wykonania zamówienia. Funkcja ta nie musi być przy tym funkcją jedyną czy nawet zasadniczą. W efekcie pewne zagadnienia istotne z perspektywy obligacyjnej, ale w mniejszym stopniu związane z oddziaływaniem na analizowaną zasadę zostały pominięte. Tam, gdzie było to niezbędne z perspektywy tematu opracowania, kwestie podstawowe (oczywiste) starano się przedstawiać skrótowo, prezentowano wiodące warianty interpretacyjne oraz proponowano rozwiązania ukierunkowane na tematykę opracowania. Pod względem metodologicznym opracowanie przygotowano w oparciu o: analizę obowiązującego stanu normatywnego, dorobek piśmiennictwa i orzecznictwa, a także narastające doświadczenia praktyki, zwłaszcza urzędniczej, oraz inne obserwacje faktycznego funkcjonowania zasady z art. 354 Kc w sferze zamówień publicznych. Taki dobór metody pozwolił ostatecznie na rezygnację z profesjonalnych badań empirycznych. Z uwagi na specyfikę komentowanej i niezwykle doniosłej dla zamówień zasady, a także chwiejność regulacji towarzyszącej, stan bardziej zaawansowanego piśmiennictwa naukowego, nie przedstawia się – niestety – zadowalająco. Efektem tych niedomagań, jest większa rola orzecznictwa, choć także i ono, w tym dorobek TSUE, ciągle znajduje się w początkowej fazie rozwoju. Gwałtownie wzrosła poznawcza rola praktyki, w połączeniu z oczekiwaniami z zakresu popularyzacji sposobów rozwiązywania trudniejszych kwestii kwalifikacyjnych, zwłaszcza na tle dobrych praktyk urzędniczych. Tymczasem potrzeba sięgania do zaostrzonych kierunków wykładni funkcjonalnej art. 354 KC i związanych z nim przepisów zapewniających wdrożenie objętych nim założeń w zakresie zamawiania i wykonywania dostaw, usług lub robót niezbędnych do zaspokojenia potrzeb zbiorowych, wymusza poszukiwanie coraz to lepszych sposobów wykładni praktycznej i efektywnych (ujednoliconych) wyników jej zastosowania. Dlatego też wiele rozważań w ramach niniejszego opracowania poświęcono wynikom badań i ustaleń dotyczących najważniejszych uwarunkowań analizowanej zasady oraz prywatno- i publiczno-prawnych instrumentów stymulujących jej sprawne funkcjonowanie.

W opracowaniu postawiono trzy tezy podstawowe, a mianowicie:

- a) w prawie zamówień publicznych, funkcjonująca w oparciu subsydiarne zastosowanie art. 354 KC, zasada realnego wykonania zamówienia publicznego jest zorientowana na zaspokojenie potrzeb zbiorowych;

- b) zasada realnego wykonania zobowiązania podlega w zamówieniach publicznych zaostreżeniu poprzez liczne rozwiązania normatywne oraz odpowiednią ich wykładnię, ukierunkowane każdorazowo na cele (przeznaczenie) zamawianych usług, dostaw oraz robót budowlanych.
- c) obowiązek realnego wykonania zobowiązania w sferze zamówień publicznych podlega swoistej asekuracji poprzez ograniczenie autonomii woli zamawiającego, a także swobody kontraktowej stron wskutek licznych przepisów imperatywnych oraz jednokierunkowo imperatywnych; nie bez znaczenia pozostają też publicznoprawne powinności przygotowawcze (analiza potrzeb i wymagań, adekwatny opis, a także należyte oszacowanie przedmiotu zamówienia), przymus dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu, sporządzenie raportu z wykonania zamówienia.

Z metodologicznego punktu widzenia podstawową odgrywa analiza obowiązujących przepisów prawa polskiego z zastosowaniem dogmatycznej metody badawczej. Metoda historyczna posłużyła przede wszystkim do ustalenia charakteru zamawianych świadczeń na potrzeby publiczne, zidentyfikowania czynników wspierających realne wykonanie umowy, a nawet do przeglądu podstaw weryfikacji wiarygodności wykonawcy, tak aby zamówienie udzielone zostało ostatecznie osobie zdolnej do jego realnego wykonania. Liczyło się w tym względzie stwierdzenie korelacji między wzrostem znaczenia umowy konsensualnej, rozwojem administracji oraz gospodarki towarowo-pieniężnej a pojawianiem się obligacyjnych narzędzi realnego wykonania zobowiązań o przeznaczeniu „zbiorowym”. Metoda historyczna pozwalała prześledzić ewolucję rozumienia zasady *pacta sunt servanda*, zwłaszcza w zakresie powinności dotrzymania umowy. Analiza tej problematyki dokonana została na podstawie opracowań opublikowanych przez badaczy przedmiotu. Metoda prawnoporównawcza dostarczyć miała punktów odniesienia przede wszystkim w kwestii istniejących rozwiązań w zakresie charakteru obowiązku wypełnienia umowy *in natura* jako elementu materialnoprawnego, względnie jako środka ochrony prawnej, jak również dla określenia zakresu oraz stabilności tego obowiązku. W tym ostatnim aspekcie skoncentrowano się na formule *pacta sunt servanda* oraz regulacjach dotyczących nadzwyczajnej zmiany stosunków, ujęć niemożliwości świadczenia niepieniężnego, jak również ochrony udzielanej dłużnikowi ze względów słuszościowych. Ponieważ dyrektywy w sprawie zamówień publicznych nie przewidują wprost obowiązku realnego wykonania zamówienia, jako punkt odniesienia do badanych regulacji polskich przedstawiono

rozwiązania zawarte w europejskich aktach prawa modelowego. Miało to służyć sprawdzeniu tezy, wedle której obowiązek wykonania zamówienia publicznego, choć niewyartykułowany wyraźnie w dyrektywach z zakresu zamówień publicznych, łączy się z zasadami i wartościami uznawanymi za podstawowe w Unii Europejskiej, niejednokrotnie występując tam w kontekście reguły *pacta sunt servanda*. W dalszej kolejności weryfikowano założenie, wedle którego wykonanie zamówienia zgodnie z jego treścią, również z perspektywy prawa Unii Europejskiej, stanowić może w zamówieniach publicznych zasadę, a odstępstwa od niej mają charakter wyjątków, a nie rozwiązań o równej wadze prawnej. Szczególnie pomocne było w tym zakresie orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na tle ograniczeń zakazu istotnych modyfikacji umowy o zamówienie publiczne. Europejskie akty prawa modelowego dostarczały również wartościowego punktu odniesienia w kwestii możliwości przymuszenia wierzyciela świadczenia niepieniężnego do przyjęcia prawidłowo zaoferowanego świadczenia. Na tle specyfiki zamówień publicznych nasuwało się bowiem pytanie, czy w płaszczyźnie zaspokajania potrzeb publicznych na drodze realizacji umów cywilnoprawnych odbiór prawidłowego świadczenia niepieniężnego to rzeczywiście kwestia wyłącznie woli i interesu wierzyciela, a interes dłużnika wyraża się w otrzymaniu zapłaty. Obce systemy prawne dobrano spośród tych państw Unii Europejskiej, w których obowiązek wykonania umowy uznaje się przeważnie, choć nie bez pewnych znaczących głosów odrębnych, za obowiązek o charakterze materialnoprawnym, którego zakres wyznaczają rozwiązania o nadzwyczajnej zmianie stosunków, niemożliwości świadczenia, jak również tzw. „nieracjonalności” wykonania. Opierano się w tym zakresie na analizie przepisów prawnych Republiki Federalnej Niemiec i Królestwa Niderlandów oraz na zapatrywaniach przedstawicieli doktryny, sięgając przede wszystkim do opracowań prawnoporównawczych.

W zamówieniach publicznych liczy się przede wszystkim zaspokojenie potrzeb zbiorowych i funkcjonalne elementy interesu publicznego (zamawiającego). Chodzi zatem o nieco inny interes niż ogólnie, po stronie specyficznego wierzyciela. Realne wykonanie zamówienia rzutować może również na zdolność wykonawcy do uczestnictwa w tej części obrotu prawnego przez lata, zwłaszcza jeśli wykonawca potrzebuje tzw. referencji, aby uczestniczyć w przetargach. Rozwiązania prawne rzutujące na wykonywanie zamówień przedstawiono w formie doniosłych rozwiązań,

które zostały częściowo odzwierciedlone po reaktywowaniu mechanizmów rynkowych w latach 90-ych. W zakresie prawa polskiego wyniki wykładni uzupełniano o analizę orzecznictwa TSUE, SN, sądów powszechnych jak również KIO. Doniosłe znaczenie miała analiza zapatrywań wyrażonych w doktrynie prawa na problem dotrzymania umowy, jak i poszczególne kwestie prawne łączące się z jej realnym wykonywaniem i wykonaniem. W wąskim zakresie, z największą ostrożnością, uwzględniono uogólnienia płynące z niemal dwóch dekad świadczenia przez autora pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych o znacznej wartości.

Praca podzielona została na sześć rozdziałów oraz zakończenie, w którym zawarto konkluzje. Rozdział pierwszy, po przybliżeniu specyfiki umów o zamówienie publiczne, porusza perspektywę prawnoporównawczą, w tym historyczną, europejskich aktów prawa modelowego, rozwiązań prawa niemieckiego i holenderskiego, a na koniec: okresu II Rzeczypospolitej oraz PRL. Polskie prawo zamówień publicznych zawiera pośrednie oraz fragmentaryczne unormowania świadczące o występowaniu zasady realnego wykonania zamówienia. Kluczowe znaczenie mają uregulowania art. 353-355 KC. Liczy się obowiązek ponoszenia ryzyka kontraktowego wypływający z art. 357¹ KC. Opisanie założeń podstawowych na początku rozdziału II, a następnie przybliżenie wzorca prawidłowego wykonania zamówienia pozwoliło przedstawić granice tej powinności w kolejnym podrozdziale rozdziału II. Niezbędne stało się odniesienie jej do zasady efektywności zamówień, co umożliwiło weryfikację tezy o kluczowym znaczeniu zasady realnego wykonania zamówienia. Rozdział III opracowania poświęcony został uwarunkowaniu tytułowej zasady. Skupia w sobie funkcje realizowane w tym zakresie przez szczególne powinności zamawiającego: sporządzenie analizy potrzeb i wymagań, a także ustawowe nakazy w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Jak bowiem wiadomo, kluczowe dla spełnienia świadczenia jest zaspokojenie interesu wierzyciela, co w zamówieniach publicznych łączy się przede wszystkim z wyczerpującym opisaniem przeznaczenia świadczenia oraz celem zawieranej umowy. Szczególnie pożądane cechy jakościowe zamawiający determinuje przy pomocy kryteriów oceny ofert, które stają się doniosłą treścią umowy w sprawie zamówienia publicznego. Prowadziło to do konieczności analizy w kolejnym podrozdziale dodatkowych rozwiązań prawa zamówień publicznych: powinności w zakresie odpowiedniego przygotowania praw i obowiązków stron zawieranej umowy. Rozdział III wieńczy rozważania łączące się z ustanowieniem zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia oraz udzieleniem zaliczki, jako

instrumentów motywowanych prawidłowym wypełnieniem umowy. Rozdział IV to analiza rozwiązań rzutujących na udzielenie zamówienia osobie rzetelnej i wiarygodnej pod kątem zdolności realizacyjnych. Ograniczenia swobody doboru kontrahenta dotyczą wykluczania z postępowania osób, które dopuściły się czynów stawiających pod znakiem zapytania tę wiarygodność. Następnie nakazy wprost ukierunkowane na zdolność do należytego wykonania zamówienia pozwalają zawrzeć umowę z podmiotem dysponującym niezbędnymi zasobami, lecz w pewnych przypadkach mogą również wyodrębiać wzorzec wymaganej staranności, co rzutuje na przedmiotową stronę zamówienia publicznego. Analiza bazowych wymagań co do dłużniczej strony zamówienia publicznego pozwoliła przejść do kryteriów selekcji, które stanowią obostrzone wymagania realizacyjne wobec dłużnika. Rozdział IV domyka zagadnienia związane z wzmacnianiem potencjału wykonawcy, w szczególności obwarowania współwykonawstwa, podwykonawstwa kwalifikowanego oraz podwykonawstwa zwykłego. Domknięcie tych zagadnień pozwoliło zaprezentować w kolejnym, piątym rozdziale, analizę rozwiązań szczególnych, które chronią realne wykonanie zamówienia. Punkt wyjścia stanowi publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń, albowiem warunkuje on jakąkolwiek realizację przez zamawiającego praw i obowiązków umownych. Z punktu widzenia cywilnoprawnego zupełnie podstawowy wymóg stanowi obowiązek współdziałania, który w zamówieniu publicznym uzyskał rangę szczególną. Przybliżenie go powodowało konieczność analizy kolejnych powinności wierzycielskich w zakresie nadzoru nad realizacją zamówienia, a także należytego odbioru świadczenia prawidłowego. Rozdział V zamykają podrozdziały obejmujące ochronę obowiązku realnego wykonania wskutek ograniczenia dopuszczalności istotnych modyfikacji umowy, jak również główne restrykcje w zakresie odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne. Rozdział VI został poświęcony niektórym rozwiązaniom stanowiącym doniosły bodziec do wypełnienia umowy o zamówienie publiczne. Otwiera go problematyka surowej odpowiedzialności z tytułu rękojmi za należyłą jakość przedmiotu zamówienia. Następnie w centralnym punkcie zostaje postawiona funkcja stymulacyjna kar umownych. Umożliwiło to przejście w kolejnym podrozdziale do otrzymania surogatu świadczenia w następstwie ustawowego lub umownego wykonania zastępczego. Rozważania rozdziału VI zamykają kwestie związane z nieuchronnością zaspokojenia roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia. Publicznoprawne obowiązki zamawiającego w zakresie analizy zakończonego

zamówienia publicznego uzasadniały umieszczenie tych kwestii w ostatnim podrozdziale pracy.

W opracowaniu uwzględniono stan prawny na 1 stycznia 2025 r.

Warszawa, czerwiec 2025 r.

Michał Drozdowicz

I PROBLEMATYKA WYKONANIA UMOWY NA TLE PRAWNOPORÓWNAWCZYM

1. Wykonanie umowy *in natura* w ujęciu historycznym

Przez zamówienie publiczne w wąskim ujęciu rozumie się świadczenie (dostawa, usługa, roboty budowlane) „obstalowane” w drodze umowy cywilnoprawnej na cele zbiorowe⁸. W podstawowym znaczeniu zamówienie publiczne to odpłatne umowy cywilnoprawne, w wykonaniu których zamawiający zapewnia niezbędne dla realizacji zadań publicznych świadczenia niepieniężne obejmujące roboty budowlane, usługi lub dostawy od wybranych wykonawców⁹. Doniosłe dla pojęcia zamówienia są zatem: dobrowolność kontraktowania, umowne źródło powinności dłużnych (przymus realizacyjny ma charakter wtórny), odpłatność po stronie zamawiającego świadczenie niepieniężne oraz przeznaczenie tego świadczenia na zaspokojenie potrzeb zbiorowych. Element „publiczny” tego rodzaju kontraktu nie wynika z otwarcia ich na powszechny dostęp, lecz determinowany jest przeznaczeniem, związanym z realizacją zadań władzy publicznej lub podległych jej jednostek, a także łączy się z ochroną interesu publicznego przed różnymi ułomnościami zarządu, sprawami publicznymi oraz dużym ryzykiem związanym z dysponowaniem środkami publicznymi. Do zamówień publicznych nie można zaliczać świadczeń bezumownych na rzecz organizacji państwowej (samorządowej), spełnianych w reżimach prawnych o przymusowym charakterze lub w warunkach nierówności stron (daniny naturalne, świadczenia osobiste ludności, rekwizycje wojenne, wyłączenia za odszkodowaniem)¹⁰.

Umowy o zamówienia publiczne są tradycyjnymi umowami cywilnoprawnymi¹¹.

⁸ Zob. R. Szostak, rozdział I.§1, Legalis, [w:] *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020.

⁹ Art. 7 pkt 32 Pzp.

¹⁰ R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 7 i nast., tenże, *Zarys rozwoju zamówień publicznych w Polsce na tle państw środkowoeuropejskich*, „SP” 2011, Zeszyt 3-4, s. 69; tenże, *Zamówienia publiczne w starożytności oraz w epoce średniowieczno-feudalnej*, „PZP. Kwartalnik” 2012, Nr 3, s. 2.

¹¹ Co do cywilnoprawnego charakteru zamówienia publicznego zob. R. Szostak, Glosa do wyroku SN z 17.01.2004 r., V CK 97/03, OSP 2005, nr 2, s. 88; tenże, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 11; Z. Gordon, *O typologicznej kwalifikacji umów w sprawach zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2013, Nr 3, s. 3 i nast.; K. Horubski, rozdział II §3, [w:] *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, Legalis; G. Klich, rozdział II.§6.1, Legalis, [w:] *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016; R. Szczepaniak, *Sposoby stosowania prawa cywilnego do umów zawieranych w administracji* [w:] *Umowy w administracji publicznej*, red. S. Pawłowski, Warszawa 2022, Część I.2., Lex; H. Nowak, M. Winarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, art. 8, pkt 1, art. 431, pkt 1; co do kwalifikowania zamówienia

Jak łatwo dostrzec, brak w prawie cywilnym jednolitej definicji umowy. Powszechnie utożsamia się ją z czynnością prawną obejmującą co najmniej dwa zgodne i odpowiadające sobie co do treści oświadczenia woli stron, złożone w celu wywołania określonych skutków prawnych¹². W typowym układzie, strony, nawiązując stosunek kontraktowy, zobowiązują się jednocześnie go wykonać¹³. W obrocie gospodarczym, tak jak w zamówieniach publicznych, dominują umowy obligacyjne. Inne odpadają z uwagi na zakres odniesienia z wyjątkiem transakcji związanych z prawami rzeczowymi, zdarzającymi się sporadycznie. Unormowania zamówień publicznych nie kreują pozakodeksowej umowy nazwanej¹⁴. Zamówienia obejmują umowy nazwane, nienazwane oraz mieszane, rozciągają się na wszelkie kontrakty, w tym porozumienia prawa rzeczowego (np. użytkowanie), jeżeli tylko pokrywają świadczenia mieszczące się w zakresie definicji ustawowych: dostaw, usług, robót budowlanych. Przywołany podział pozostaje rozłączny względem typologii umów cywilnoprawnych, zasadniczo odgrywa znaczenie proceduralne, lecz wpływa na obligatoryjną treść zamówienia. W zamówieniach publicznych zdecydowana większość umów ma charakter wzajemny¹⁵. Tytułowa zasada wywodzi się ze stosunków obligacyjnych, lecz znajdzie zastosowanie do porozumień prawa rzeczowego, które mieszczą się w definicji legalnej zamówienia publicznego.

Umowy o zamówienia publiczne charakteryzują się wyraźną specyfiką związaną z ich przeznaczeniem, dostrzegalną z perspektywy ogólnej, jak również z perspektywy indywidualnego zobowiązania. W typowym układzie stosunków profesjonalnych, wierzyciel spodziewa się zrealizowania pewnych celów gospodarczych i korzyści

publicznego jako załączku umowy administracyjnej (publicznej), zob. J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 35 i nast.; względnie jako załączku kształtowania się koncepcji takiej umowy: M. Baran, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Europeizacja prawa administracyjnego. System Prawa Administracyjnego*. Tom 3, Warszawa 2014, s. 650 oraz przywołana tam literatura.

¹² Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 62; E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1997, s. 92; Z. Rajski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1994, s. 20; podobnie R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 10; A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego*. Tom 5, Warszawa 2020, s. 472 i nast.

¹³ E. Łętowska, *Podstawy prawa...*, op. cit., s. 93; A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 60; A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 474; R. Strugała, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. i powiązane przepisy Księgi I KC*. Tom I. Komentarz, Warszawa 2022, art. 357, pkt I.2, Legalis.

¹⁴ Z. Gordon, *O typologicznej...*, op. cit., s. 3 i nast.; R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 11; G. Klich, *Zmiana umowy...*, op. cit., rozdział II. §6.1, Legalis; postanowienie SN z 17.07.2020 r., I CSK 168/20, Legalis oraz postanowienie SN z 18.02.2016 r., II CSK 197/15, Legalis; odmiennie SN w wyroku z 13.09.2001 r. IV CKN 381/00, OSN IC 2002, z. 6, poz. 75.

¹⁵ R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 20; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 431 pkt 2; F. Łapecki, *Zasada realnego...*, op. cit., s. 32.

własnych z otrzymanego świadczenia. Natomiast w zamówieniach publicznych wskazane cele i korzyści będą funkcjonować bezpośrednio lub pośrednio w zakresie realizacji zadań publicznych, zaspokajania potrzeb publicznych (zbiorowych) oraz interesu publicznego¹⁶. Zamawiający publiczni to zasadniczo podmioty administracji publicznej. Jak łatwo zauważyć, istota tej ostatniej stanowiła przedmiot licznych analiz naukowych oraz doczekała się rozlicznych definicji¹⁷, których przybliżanie przekracza zakres przedmiotowy opracowania. Posłużyć się jednak można ustaleniem, według którego administracja publiczna to ogół działań o naturze organizatorskiej i wykonawczej mających na celu realizację dobra wspólnego przez różne podmioty (niekoniecznie państwowe) związane co do podstawy oraz form działalności regulacją ustawową, pozostające pod kontrolą społeczną. W przywołanym ujęciu istotę współczesnej administracji publicznej nie wyraża działalność w imieniu i na rzecz państwa (choć jest to element doniosły), lecz działalność na rzecz dobra wspólnego czy też interesu publicznego¹⁸. Zamawiający publiczny wskutek prawidłowo udzielonego i realizowanego zamówienia publicznego nie realizuje swoich interesów partykularnych. W zamówieniach brak jest uzasadnienia dla urzeczywistniania celów innych niż zadania (potrzeby) publiczne¹⁹. Szczególnie widoczne pozostaje to w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego, co rzutuje nawet na powinności dłużne spółek komunalnych²⁰. Regulacja art. 9 ust. 1 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym²¹, przepis art. 6 ust. 1 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym²², jak również unormowanie art. 8 ust. 1 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa²³ wyrażają rozwiązanie prawne,

¹⁶ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 42, 194 i nast., dopuszczający zamówienia, które nie służą celom publicznym, lecz czysto prywatne potrzeby zamawiającego lub zapewniają przysporzenia o czysto prywatnym charakterze. O ile zapatrywanie to można podzielić na tle tzw. zamówień sektorowych, to na gruncie tzw. zamówień klasycznych nie wydaje się, żeby mogło zaistnieć zamówienie całkowicie pozbawione elementu zaspokajania potrzeb publicznych (zbiorowych). Elementy te mogą nie mieć charakteru pierwszoplanowego, lecz występują, chociażby z uwagi na powiązanie zamówienia z wydatkowaniem środków publicznych lub dysponowaniem innymi, publicznymi składnikami majątkowymi, jak również z uwagi na wymóg dbania zamawiającego o zapewnienie uczciwej konkurencji, czy też publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń; co do zaspokajania przez zamówienia potrzeb zbiorowych por. R. Szostak, *Umowy o zamówienia ...*, op. cit., s. 9 i nast.; H. Nowicki, P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych*, [w:] A. Powałowski (red.), *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2022, Legalis; P. Nowicki, *Strategiczne zamówienia publiczne jako instrument polityki rozwoju*, RPEiS 2023, nr 1, str. 27 i nast.

¹⁷ Zob. Z. Niewiadomski, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Instytucje prawa administracyjnego. System Prawa Administracyjnego*. Tom 1., Warszawa 2015, s. 36 i nast.; H. Izdebski M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 93.

¹⁸ Z. Niewiadomski, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Instytucje prawa ...*, op. cit., s. 58.

¹⁹ M. Szewczyk, *Umowy prawa cywilnego z udziałem podmiotów administracji publicznej*, [w:] *Umowy w administracji publicznej*, red. S. Pawłowski, Warszawa 2022, rozdział I.2., Lex.

²⁰ Por. R. Szczepaniak, *Glosa do wyroku SA w Gdańsku z 17 kwietnia 2014 r. V Ca 142/14, ST 2016, Nr 7-8*, s. 181 i nast., wraz z cyt. tam piśmiennictwem.

²¹ T.j. Dz. U. 2024, poz. 1465.

²² T.j. Dz. U. 2024, poz. 107.

²³ T.j. Dz. U. 2024, poz. 566.

według którego gminy, powiaty, ich związki oraz samorządy województw mogą zawierać umowy w celu wykonania ciężących na nich zadań, a co za tym idzie, służącym zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnot lokalnych, względnie regionalnych. Wykonawca nie ma jednak obowiązku zaspokajać tych potrzeb, gdyż to od zamawiającego zależy, jak świadczenie zostanie wykorzystane. Z perspektywy wymogu realnego wykonania są to interesy dalsze (drugiego stopnia, drugoplanowe), choć interes zamawiającego-wierzyciela jest z nimi sprzężony. Otrzymanie świadczenia prawidłowego wygasza interes w zamówieniu publicznym, ale nie wygasza obowiązku zamawiającego do dalszego zaspokajania potrzeb publicznych. Praktyczne funkcjonowanie świadczenia *in natura* w zakresie zaspokajanych zadań publicznych nie stanowi treści zobowiązania ani składnika interesu wierzyciela zaspokajanego wskutek realnego wykonania powinności obligacyjnych, gdyż występuje obok zobowiązania z umowy o zamówienie publiczne i przynależy do publicznoprawnych obowiązków zamawiającego²⁴. Czynn timer nie jest jednak pozbawiony doniosłości prawnej. Rzuca na doniosłość wykonania umowy *in natura* jako elementu zaspokajania, nawet nie również, ale przede wszystkim, funkcjonalnego wymiaru interesów wierzyciela łączących się z wartościami użytkowymi (użytkowymi) świadczenia (rozdział II.1 opracowania).

W konstrukcji zamówienia publicznego świadczenie niepieniężne stanowi element centralny²⁵, jak również świadczenie charakterystyczne dla umów zawieranych w tym reżimie prawnym. W najogólniejszym ujęciu obejmuje powinność zrealizowania zamówionych dostaw, usług lub robót budowlanych. Dodatkowymi elementami konstrukcyjnymi zamówienia publicznego są: zasada pierwszeństwa świadczenia niepieniężnego oraz bardzo niskie ryzyko niewypłacalności zamawiającego. Kolejne elementy specyficzne zamówienia publicznego to: kwalifikowana strona podmiotowa, a także obligatoryjna odpłatność. Ważne są ograniczenia swobody kontraktowej. Te ostatnie zasadniczo dotyczą kilku znaczących prawnie obszarów, w szczególności doboru wiarygodnego kontrahenta, obligatoryjnej treści umowy, terminowości zobowiązania, obostrzeń w zakresie podwykonawstwa oraz wymogów zaliczkowania wykonawcy, jak również zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia. Istotne znaczenie ma

²⁴ Możliwe jest jednoczesne zaspokajanie interesu wierzyciela wskutek świadczenia i zaspokajanie potrzeby publicznej (np. należyte wykonanie umowy o usługi utrzymania drogi krajowej realizuje również potrzeby publicznoprawne w zakresie utrzymania wskazanych dróg).

²⁵ R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 143.

wytyczenie granic dopuszczalnej modyfikacji umowy²⁶, która umacnia roszczenie o wykonanie zamówienia zgodnie z jego treścią. Nie bez znaczenia pozostaje zwiększona kontrola administracyjna nad zawieraniem oraz realizacją zamówienia, a także publicznoprawny obowiązek dochodzenia przez zamawiającego roszczeń.

Jak wiadomo, zamówienia publiczne realizują cele złożone i dalekosiężne²⁷. Poza celem konkretnego zamówienia zamawiający powinien uwzględniać dążenia szersze, niejednokrotnie strategiczne, o ile tylko są one możliwe do osiągnięcia²⁸. Cele prawa zamówień publicznych można przedstawiać z różnych perspektyw²⁹. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że chodzi o efektywność ekonomiczną transakcji realizowanych przez zamawiających publicznych, a także o osiąganie pozytywnych następstw w szerszej sferze gospodarczej (np. innowacyjności). Nie bez znaczenia pozostaje urzeczywistnianie sprawiedliwości proceduralnej w ramach procesu przygotowywania i udzielania zamówień, jak również zapewnianie szeroko rozumianej etycznej uczciwości zachowań uczestników tej części obrotu, a także zagwarantowanie należytego spełniania przez wykonawców świadczeń stanowiących przedmiot zamówień publicznych³⁰. Realne wykonanie zamówienia warunkuje zatem zapewnienie dostatecznej jego efektywności, przyczyniając się do efektywności zamówień publicznych w ogóle oraz osiągania celów strategicznych czy ogólnospołecznych.

²⁶ Ibidem, s. 10; Z. Gordon, *Kształtowanie treści umów i stosunków umownych*, [w:] H. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 326 i nast. W. Robaczyński, *Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Warszawa 2017, s. 136 i nast. Wprawdzie zamawiający publiczny nie może decydować co do zaprzestania realizacji zadań publicznych, lecz niewątpliwie dysponuje zakresem swobody co do wyboru typu umowy, jak również kształtowania postanowień istotnych podmiotowo. A co za tym idzie jego sytuacja prawna jest wyznaczana art. 353¹ KC.

²⁷ Za cele uznać można stany rzeczy (dobra) trwale aprobowane społecznie, pozytywnie postrzegane przez społeczeństwo M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, op. cit., s. 2; H. Nowicki, P. Nowicki, [w:] A. Powałowski (red.), *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2022, pkt 3, Legalis.

²⁸ H. Nowicki, P. Nowicki, [w:] A. Powałowski (red.), *Aksjologia publicznego...*, op. cit. pkt 3, Legalis; na funkcje strategiczne zamówień na tle dyrektyw zwraca uwagę również M. Kania, *Zasada efektywności...*, op. cit., s. 13 i nast.; zob. również E. Kosiński, *Problemy i wyzwania prawa zamówień publicznych*, [w:] J. Jagielski, D. Kijowski, M. Grzywacz (red.), *Prawo administracyjne wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Markowi Wierzbowskiemu*, Warszawa 2018, rozdział D.II., Legalis. Autor wskazał, że prawodawca unijny skoncentrował wysiłki na promowaniu zasadniczo pozakonomicznych celów zamówień publicznych (jakościowych, prospołecznych, proekologicznych i proinnowacyjnych).

²⁹ Np. M. Sieradzka ujmowała cel zamówienia jako wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia publicznego - M. Sieradzka, *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2019, rozdz. I.§4.I, Legalis.; odmienną perspektywę zaproponował G. Klich, *Zmiana umowy...*, op. cit., rozdział I.§4, Legalis, który podzielił cele na ekonomiczne oraz realizacji polityki gospodarczej i społecznej państwa, przy czym celom pozakonomicznym przyznał rolę drugoplanową; zob. również K. Eger, *Czy można uwzględniać cudze zasoby w ramach kryteriów oceny ofert lub kryteriów selekcji?* [w:] *Korzystanie z zasobów osób trzecich w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2017, pkt 4.2. oraz cyt. tam piśmiennictwo, Lex.

³⁰ Tak M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, op. cit., s. 2-3; M. Sieradzka, *Warunki udziału...*, op. cit., rozdział I. §1, przypis 4, Legalis; P. Bogdanowicz, J. Jerzykowski, *Rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia za porozumieniem stron – uwagi na tle uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 15.07.2020 r.*, KIO/KD 39/20, EPS 2021, nr 7, s. 51-55, przypis 34, Lex.

Dawniej zamówienia publiczne nazywano „skarbowymi”, eksponując źródła ich finansowania oraz potrzebę dostatecznej efektywności wydatków finansowych. *De lege lata* ochrona interesu publicznego wiąże się z brakiem dostatecznych gwarancji zachowania efektywności przy wydatkowaniu środków publicznych, a także z potrzebą zapewnienia należytej stymulacji rozwoju zamówień na zasadzie równego dostępu, przejrzystości, jawności, ochroną przed niewiarygodnymi wykonawcami, korupcją, niekorzystnymi warunkami umów, które rzutują na niską jakość realizacyjną³¹.

Początki unormowań tych kwestii sięgają starożytności³², choć w piśmiennictwie brak analiz dotyczących wczesnego rozwoju regulacji zamówień publicznych. Najdawniejsze unormowania dotyczące umów były kazuistyczne³³. Początkowo nie tworzone też odrębnych reguł dla świadczeń spełnianych na rzecz władzy publicznej. Antyczne rozwiązania operowały sankcjami z tytułu naruszenia umowy, umacniając pozycję zamawiającego-wierzyciela, m.in. poprzez przyznawanie temu ostatniemu praw do osób lub rzeczy (tzw. zakładnictwo, zastaw, kara umowna)³⁴. Przykładowo, dyspozycja §117 Kodeksu Hammurabiego dopuszczała sprzedaż członków rodziny dłużnika lub oddanie ich na służbę na ustalony okres aż do momentu zaspokojenia długu³⁵. Wymóg realnego wykonywania zamówień długo nie odgrywał szerszej roli wskutek przewagi danin naturalnych i pracy niewolniczej³⁶. W despotiach orientalnych spełniano odpłatne świadczenia umowne na rzecz dworów i kancelarii władców, urzędów, wojska. Realizowano znaczniejsze roboty budowlane o ogólnym przeznaczeniu, zwłaszcza w zakresie infrastruktury transportowej czy fortyfikacji obronnych. Wznoszono obiekty użyteczności publicznej. Wykonywanie prac irygacyjnych despotii wschodnich stanowiło warunek egzystencjalny, który wymagał planowania i organizacji, znajomości matematyki, architektury, astronomii, a przede wszystkim – fachowego i sprawnego aparatu kierującego poszczególnymi przedsięwzięciami. Funkcjonowały służebne osady rzemieślnicze, zapewniające

³¹ Tak R. Szostak, *Zarys zamówień...*, op. cit., s. 69; tenże *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 1.

³² R. Szostak *Zarys zamówień...*, op. cit., s. 69 i nast.; tenże *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 1 i nast.; idem [w:] *Pozasądowe rozwiązywanie sporów w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2023, rozdział I.§1, Legalis.

³³ T. Maciejewski, *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2015, s. 66; podobnie co do kazuistycznego charakteru prawa: K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2022, s. 21-23; M. Sczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 2022, s. 44.

³⁴ T. Maciejewski, *Historia powszechna...*, op. cit., s. 66.

³⁵ Zob. §117 KH – pokrewną funkcję stymulacyjną dostrzec można w §118 i 199 tego kodeksu zob. http://www.zskosinski.website.pl/kolohis/studia/Hammurabiego_Kodeks.pdf, [data dostępu: 16.08.2024].

³⁶ Wspólną cechą antycznych systemów prawno-społecznych stanowiło, co do zasady, oparcie m.in. na niewolnictwie i wykorzystaniu ludności zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa...*, op. cit., s. 20; J. Baszkiewicz, *Powszechna historia ustrojów państwowych*, Gdańsk 1998, s. 9, 11, 16 i nast.; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 2021, s. 23, 102 i nast.; M. Sczaniecki, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 53.

wiarygodnych i sprawdzonych wykonawców³⁷.

Wykonywanie zamówień *in natura* zyskało większy zasięg w coraz liczniejszych państwowościach (monarchiach i republikach) starożytnej Hellady. Realizację kontraktu powierzano na zasadach analogicznych do zleceń prywatnych, kierując się zaufaniem do wykonawcy, a wyjątkowo stosowano referencje lub rozeznanie rynku. Przedmiot świadczenia stanowiły niejednokrotnie obiekty o ogólniejszym przeznaczeniu: szkoły, teatry, łaźnie. Funkcjonowały przewozy publiczne (żegluga), a także poczta. Postęp w tym względzie był możliwy dzięki usprawnieniu organizacji państwowej oraz rozbudowanym wydatkom, które finansowane były z podatków i innych danin. W greckich polis funkcjonowały sposoby umocnienia realnego wykonania umowy³⁸. W okresie przedmonetarnym formą płatności nie był pieniądź, lecz różne dobra wartościowe. Około 653 r. p.n.e. w Lidii zdołano szerzej wprowadzić do obiegu monetę, zaopatrzoną w stempel władcy, który gwarantował określoną wartość. W VI i V w. p.n.e. dominowały monety srebrne, natomiast ostatni władca Lidii, Krezus, bił już monety złote.

Poważny wzrost znaczenia zamówień oraz wymogu realnego ich wykonania nastąpił w starożytnym Rzymie. Brak źródeł wskazujących na odrębną naturę prawną spełniania tych świadczeń pozwala założyć dokonywanie ich na zasadach ogólnych, z uwzględnieniem pozycji kontrahenta publicznego oswojonego z przemocą i realizowaniem zadań publicznych w warunkach pracy niewolniczej. Odpowiednio wysoka jakość świadczeń nie tylko zapewniała płatności, lecz także budowała wiarygodność niezbędną do pozyskiwania kolejnych zamówień. Oparcie się na formułach prawa prywatnego pociągało za sobą kazuistykę na rzecz realizacji *in natura* konkretnych obowiązków w obrębie poszczególnych umów. Rozwój obowiązku wykonania zamówienia *in natura* wymagał odpowiedniego otoczenia jurydycznego i gospodarczego. W tym ostatnim aspekcie ich postęp nie pojawiał się lub zatrzymywał w okresach gospodarki pasterskiej, naturalnej, w okresach dekoniunktury oraz malejącej wymiany handlowej. Ekspansja Rzymu niekoniecznie przekładała się w sposób proporcjonalny na intensyfikację zamówień publicznych, gdyż pociągała za sobą przyrost

³⁷ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 73; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 2 i nast.; J. Baszkiewicz, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 9 i nast.

³⁸ W Efezie architekt podejmujący się publicznego zlecenia z góry określał swoje wynagrodzenie, a po złożeniu kosztorysu prac, jego majątek ulegał zajęciu do czasu ich wykonania. Jeżeli kosztorys przekroczony został o więcej niż 25%, to nadwyżka wydatków publicznych podlegała zaspokojeniu z zajętego majątku architekta. Przywołane za R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 73-74 oraz cytowane tam piśmiennictwo; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 2 i nast. wraz z powołaną literaturą.

niewolników i oparcie gospodarki na ich pracy. Rozwój zamówień wymagał właściwych struktur organizacyjnych wydatkowania środków na cele publiczne w warunkach obrotu towarowo-pieniężnego, jak również ukształtowania się regulacji dotyczącej kontraktów, a także zapewnienia egzekucji obowiązków umownych.

W najdawniejszym okresie odpłatnemu spełnianiu świadczeń na potrzeby publiczne nie sprzyjał pasterski charakter gospodarki Rzymu. W czasach królewskich przeważała uprawa roli³⁹. System gospodarczy Rzymu utrzymywał charakter naturalny⁴⁰, a regulacje prawa archaicznego odzwierciedlały potrzeby gospodarki wiejskiej i niewielkiej wymiany towarowej⁴¹. Znajomość prawa zwyczajowego nie była powszechna, co uległo zmianie dopiero od ustawy XII Tablic (451-449 p.n.e.)⁴². We wczesnej republice dominowała gospodarka naturalna, uzupełniana pośrednią wymianą towarową, opartą na swego rodzaju walucie (pierwotnie bydło, potem spiż, wreszcie monety, wprawdzie odlewane, a później bite). Niewolnictwo odgrywało niewielką rolę⁴³. Po wojnach punickich Rzym stał się mocarstwem i hegemonem zachodniej, a następnie wschodniej części Morza Śródziemnego. Powstawaniu imperium towarzyszył rozrost realizacji zamówień na wielkie roboty publiczne i dostawy dla armii. Późna republika to z kolei okres istotnych przekształceń społeczno-ekonomicznych. Pojawiło się zróżnicowanie społeczne, gwałtownie wzrosła liczba niewolników. Praca niewolnicza pełniła znaczącą rolę w gospodarce, w szczególności w majątkach ziemskich, kopalniach, zakładach wytwórczych, ale sytuacja niewolników prowadziła do buntów, dławionych *manu militarii*. Pryncypat to czas nadawania administracji państwowej charakteru fachowego, biurokratycznego, co wpływało na wypieranie przez tę administrację magistratury republikańskiej⁴⁴. W okresie pryncypatu warunki ekonomiczne ewoluowały korzystnie. Drugie stulecie to czas *prosperity*. Zależność Rzymu oraz liczących się prowincji od dostaw zboża i innych produktów skutkowałą rozległymi działaniami administracji, w tym realizacji zamówień publicznych w celu zapewnienia regularności dostaw. Budowano drogi, organizowano transport⁴⁵, pojawiły się bardziej skomplikowane stosunki produkcji i wymiany, a związane z nimi przemiany społeczne

³⁹ Odnośnie do ustroju oraz struktury społeczno-gospodarczej Rzymu w okresie królestwa zob. np. J. Baszkiewicz, *Powszechna historia* ..., op. cit., s. 25 i nast.; W. Litewski, *Rzymskie prawo*..., op. cit., s. 32 i nast.; M. Sczaniecki, *Powszechna historia*..., op. cit., s. 54.

⁴⁰ Zob. W. Litewski, *Rzymskie prawo*..., op. cit., s. 32.

⁴¹ Tak: K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*..., op. cit., s. 27 i nast.

⁴² J. Baszkiewicz, *Powszechna historia*..., op. cit., s. 27; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*..., op. cit., s. 27; W. Litewski, *Rzymskie prawo*..., op. cit., s. 37.

⁴³ Zob. W. Litewski, *Rzymskie prawo*..., op. cit., s. 33-35.

⁴⁴ J. Baszkiewicz, *Powszechna historia*..., op. cit., s. 39.

⁴⁵ Ibidem, s. 43.; M. Sczaniecki, *Powszechna historia*..., op. cit. s. 57 i nast.

wpływały na rozkwit prawa rzymskiego, obejmującego okres przedklasyczny (II i I w p.n.e.) i klasyczny (I p.n.e. - III n.e.)⁴⁶. W tym okresie prawo prywatne utrzymywało nieusystematyzowany charakter⁴⁷. Sytuacja gospodarcza uległa pogorszeniu w III w. i w części zachodniej cesarstwa nie poprawiła się do 476 r.⁴⁸. Względna stabilizacja nastąpiła dopiero na koniec dominatu w wschodniej części Cesarstwa. Anarchii wojskowej III w. towarzyszył spadek produkcji i obrotu towarowego, dewaluacja pieniądza, postępował regres w kierunku gospodarki naturalnej⁴⁹. W całej gospodarce słabły powiązania między prowincjami, podupadały miasta, organy samorządu odpowiadały za ściągalność podatków. Radni odpowiadali majątkiem za realizację tych obowiązków, w tym za długi miast i ściągalność danin specjalnych, co prowadziło do unikania powołań na takie urzędy oraz spadku jakości administracji⁵⁰. Występujące na zachodzie pogorszenie sytuacji gospodarczej Rzymu przyczyniło się do uproszczenia obrotu oraz tzw. wulgaryzacji prawa, która w zakresie problematyki wykonania umów nie była zjawiskiem zupełnie negatywnym⁵¹, ponieważ prawo wulgarne odpowiadało na potrzeby mniej wyrafinowanego obrotu prawnego, korelowało z potrzebami praktyki okresu dominatu, zaowocowało wypracowaniem formuły podobnej do współczesnej swobody umów⁵². Rozkład państwa w 476 r. doprowadził do upadku cesarstwa zachodniego, natomiast w jego wschodniej części upadek nie był ani tak głęboki, ani rozległy. W lepszej kondycji pozostały miasta, prowadzono handel. Korzystniejsza sytuacja gospodarcza oraz bardziej wymagające warunki obrotu na wschodzie wiązały się z potrzebą odpowiedniej regulacji zobowiązań, co wpłynęło na kodyfikację justyniańską. W cesarstwie wschodnim ekspansja prawa wulgarnego ulegała

⁴⁶ K. Sójka – Zielińska, *Historia prawa...*, op. cit., s. 29 i nast.; podobnie z pewnymi odmiennościami M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 49.

⁴⁷ Zob. M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 51; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 76 i nast.; T. Giaro, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 76 i nast.

⁴⁸ W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 86; T. Giaro, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 83; M. Sczaniecki, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 57.

⁴⁹ J. Baszkiewicz, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 45 i nast.; W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 86 i nast.; T. Giaro, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 83, według którego rozrastaniu się gospodarki naturalnej sprzyjało dopuszczenie w procesie kognicyjnym zasądzenia wydania rzeczy spornej *in natura*. Wydaje się jednak, że był to raczej skutek utraty wartości pieniądza i reakcja na ograniczone możliwości zaspokojenia interesu powoda wskutek zasądzenia świadczenia w pieniądzu.

⁵⁰ J. Baszkiewicz, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 45; W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 88-89; M. Sczaniecki, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 57 i nast.

⁵¹ Por. np. W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 91 i nast., a także K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 96 i nast.; T. Giaro, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 86 i nast.; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa...*, op. cit., s. 34.

⁵² Zob. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 99; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 34 i nast.; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa...*, op. cit., s. 34. Prawo wulgarne utrzymało silną pozycję w zachodniej części cesarstwa. Zapanowawszy w nim, przeszło do ustawodawstw państw germańskich oraz prawa zachodnioeuropejskiego średniowiecza, funkcjonując tam przez kilka wieków. W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 91-93, 97-102; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 99; T. Giaro, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 86; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa...*, op. cit., s. 137; T. Maciejewski, *Historia powszechna...*, op. cit., s. 258.

ograniczeniom wskutek silniejszych wpływów prawa klasycznego oraz wyższej kultury prawniczej⁵³.

Umocnienie obowiązku realnego wykonania zamówienia łączyło się z rozwojem umowy konsensualnej⁵⁴. Pozwalała ona utrzymywać więź prawną w dłuższym okresie, przeznaczonym na rozłożoną w czasie realizację umowy. Kontrakty konsensualne były historycznie najmlodsze. Zaliczone zostały do *ius civile* w okresie przedklasycznym. Obejmowały sprzedaż (*emptio-venditio*), najem (*locatio conductio*), spółkę (*societas*), zlecenie (*mandatum*)⁵⁵. W zamówieniach publicznych szersze zastosowanie znalazły jedynie sprzedaż (*emptio venditio*), najem usług (*locatio operarum*), dzieło (*locatio conductio operis*), a także zlecenie (*mandatum*). Pierwszoplanową rolę nieustannie odgrywało zaufanie co do zdolności realizacyjnych wykonawcy⁵⁶.

Wymóg realnego wykonania umowy ujmować można szeroko, jako kwestię powinności dłużnej o charakterze pierwotnym albo jako środek ochrony prawnej i instrument wtórny (ujęcie wąskie). Pierwotny charakter roszczenia o wykonanie *in natura* potwierdzić można głównie pośrednio. Objęcie edyktem pretorskim pewnych porozumień (*pacta conventa... servabo*), czy sformułowana przez kanonistykę reguła *pacta sunt servanda* świadczyły raczej o poszerzaniu zakresu umów, którym udzielano „zaskarżalności” niż o braku obowiązku dotrzymywania umów *per se*. W reżimie nominalizmu kontraktowego zasada dotrzymywania kontraktów miała zapewne początkowo dość skromny zasięg praktyczny w odniesieniu do potrzeb obrotu, lecz w zakresie umów honorowanych przez prawo stanowiła element znaczący⁵⁷. Doniosłą rolę dla realnego wykonania umowy odgrywała najprawdopodobniej *Fides Romana*, która oznaczała uczciwość, rzetelność i wierność złożonym przyrzeczeniom⁵⁸. Przyczyniła się ona w szczególności do honorowania znaczenia umów ustnych (*pacta nuda* były w

⁵³ W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 93; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 98 i nast.; T. Giaro, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 86 i nast.

⁵⁴ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 78; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 5 oraz powołane tam piśmiennictwo.

⁵⁵ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit. s. 390; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo ...*, op. cit., s. 285, którzy wskazują na II w. p.n.e. jako najpóźniejszy moment ujęcia przez *ius civile* kontraktów konsensualnych.

⁵⁶ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 78; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 9 oraz powołane tam piśmiennictwo.

⁵⁷ Obrazowo rzecz uogólniając, roszczenia o wykonanie *in natura* stanowiły jedynie „wyspy” w „morzu” relacji prawnych, żeby z czasem odwrócić logikę i przekształcić się w akwen, wyspami czyniąc okoliczności uwalniające od powinności realnego wykonania.

⁵⁸ Zob. R. Zimmermann, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, s. 68, 577; W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 99; tenże, *Rzymskie prawo ...*, op. cit., s. 22; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit. s. 392, 446; T. Giaro, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 86, który *Fides Romana* objaśnia jako wierność danemu słowu.

istotnej części wykonywane)⁵⁹ oraz rozwoju umów konsensualnych, jak również do nadawania więzi kontraktowej silnego charakteru, pozwalającego „wycofać się” z umowy w sytuacjach zupełnie wyjątkowych. Rzymscy prawnicy zasadniczo nie uznawali klauzuli *rebus sic stantibus*⁶⁰. Kolejny czynnik stanowi pragmatyzm rzymskiego prawa prywatnego, który dostrzec można przede wszystkim w rozwiązaniach umacniających pozycję wierzyciela (zastaw, poręczenie, kara umowna, zadatek, ponowne przyrzeczenie zapłaty długu własnego, intercesja) w stosowaniu ogólnych wzorców umów⁶¹ oraz aktywności jurysdykcyjnej pretorów, która stanowiła odpowiedź na rozwijający obrót prawny⁶², a także w ekspansji tych modeli rzymskiego procesu cywilnego, odpowiadającym pełniej potrzebom obrotu. Proces legisakcyjny przez pewien czas współwystępował z procesem formułkowym (formularnym), by ustąpić mu miejsca na przełomie republiki i pryncypatu. Ten drugi konkuruje od pryncypatu z procesem kognicyjnym, który wychodzi zwycięsko z „rywalizacji” w czasie dominatu⁶³. Nie bez znaczenia było utrzymanie w obrębie procesu rzymskiego „wrogiej” dłużnikowi, osobistej egzekucji roszczeń prywatnoprawnych⁶⁴. Za osobny element potwierdzający wagę realnego wykonania uznać można oparcie konstrukcji prawnej pewnych zobowiązań umownych na możliwości realizacji w myśl reguły *impossibilia nulla obligatio est* (D. 50, 17, 185)⁶⁵. Dodatkowo, w prawie rzymskim okresu klasycznego sposobem wygaśnięcia szeregu zobowiązań było przede wszystkim *solutio*⁶⁶, skutek zwalniający wywoływało dopiero wykonanie prawidłowe⁶⁷. O doniosłości wykonania świadczą wreszcie niektóre skutki prawne zdarzeń w obrębie zobowiązania naturalnego: uznanie wykonania za wypełnienie powinności prawnej oraz dopuszczanie w nich

⁵⁹ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit. s. 446.

⁶⁰ Por. W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny...*, op. cit., s. 99; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit. s. 392, 446; R. Zimmermann, *The law...*, op. cit., s. 579.

⁶¹ Zob. W. Dajczak, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 575 i nast.

⁶² Co do roli pretorów zob. np. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa...*, op. cit., s. 29 i nast.; T. Giaro, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 46, 61 i nast.; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 54 i nast.

⁶³ Zob. W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 368 i nast.; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 124; T. Giaro, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 162 i nast.

⁶⁴ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 145 i nast., s. 182.

⁶⁵ Digesta przywołują w tym względzie fragment księgi ósmej *digestorum* Celsusa, który żył w okresie rzymskiego prawa klasycznego. Ważne zobowiązanie mogło bowiem powstać tylko wtedy, gdy w chwili zawarcia umowy świadczenie było fizycznie lub prawnie możliwe do spełnienia – odmiennie, a przy tym szeroko w kwestii dorobku romanistyki w tym względzie D. Skrzywanek – Jaworska, *Nieważne zobowiązania ex stipulatione. Znaczenie impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D.50, 17, 185) w prawie rzymskim*, *Studia Prawno Ekonomiczne*, t. LXXXIII, 2011, s. 205 i nast.

⁶⁶ W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 274; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 487; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 264 i nast.

⁶⁷ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 488.

zastawu lub poręczenia⁶⁸.

Ujęcie węższe wysuwa na przód wtórny charakter roszczenia o wykonanie (środek ochrony prawnej). W tej optyce początków wymogu realnego wykonania umowy upatruje się w *manus iniectio*⁶⁹, która egzekucję osobistą pieniężnych roszczeń prywatnoprawnych w postępowaniu legisakcyjnym. Polegała na fizycznym oddaniu dłużnika pod władztwo wierzyciela do czasu zaspokojenia wierzytelności. Zobowiązany mógł być uwieziony przez pewien okres, a w ostateczności, w razie braku umorzenia należności, zabity lub sprzedany w niewolę za Tybr⁷⁰. Stopniowe zanikanie *manus iniectio* związane było z rozwojem gospodarki opartej na pieniądzu⁷¹ oraz ustępowaniem samego procesu legisakcyjnego⁷². Powództwo ukierunkowane na wyegzekwowanie świadczenia orzeczonego w wyroku (*actio iudicata*) pojawiło się w procesie formularnym⁷³, ale specyfikę tej odmiany procesu stanowiła zasada kondemnacji pieniężnej (*condemnatio pecuniaria*⁷⁴), która tylko w pewnym zakresie mogła być nieco łagodzona przez *formula arbitraria*⁷⁵. W ramach procesu formułkowego możliwa była

⁶⁸ Więcej odnośnie zobowiązań naturalnych zob. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 371 i nast.; K. Riedl, *Zobowiązania naturalne (niezupełne) w polskim prawie cywilnym*, rozdział I.§1, Warszawa 2022, Legalis; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 242.

⁶⁹ L. Winkel, *Specific Performance in Roman Law*, [w:] J. Hallebeek, H. Dondrop (red.), *The Right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2010, s. 9. Co do procedury egzekucyjnej procesu legisakcyjnego zob. K. Stefko, *Rzut oka na historyczny rozwój prawa egzekucyjnego*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Bolesława Orzechowicza*, oprac. zbiorowe, Lwów 1916, s. 464 i nast.; W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 383-385; J. Szachta, rozdział I.2, Legalis, [w:] Eadem, *Zasada dyspozycyjności stron postępowania egzekucyjnego*, Sopot 2022; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 78.

⁷⁰ W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny...*, op. cit., s. 170; tenże, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 383-385; L. Winkel, *Specific Performance...*, op. cit., s. 9; T. Giaro, [w:] *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 177 i nast.; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 238.

⁷¹ L. Winkel, *Specific Performance...*, op. cit., s. 9 oraz powołane tam piśmiennictwo; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 176, który wiązał zasadę kondemnacji pieniężnej z funkcjonowaniem rozwiniętej gospodarki pieniężnej.

⁷² K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 180; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 71.

⁷³ Mogło ono doprowadzić do zatrzymania dłużnika w więzieniu prywatnym aż do uregulowania długu, oprócz egzekucji osobistej pojawiła się egzekucja majątkowa, zob. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 180 i nast.

⁷⁴ L. Winkel, *Specific Performance...*, op. cit., s. 10 oraz powołane tam piśmiennictwo; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 71, 83; W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny...*, op. cit., s. 51; tenże, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 403, 410; I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią*, Warszawa 2014, s. 40-42 wraz z cyt. tam piśmiennictwem. Według Instytucji: „klauzula wyroku nakazującego we wszystkich formułach odnosi się do wartości pieniężnej mienia. Dlatego jeśli domagamy się jakiegokolwiek własności fizycznej, na przykład ziemi, niewolnika, ubrania, złota lub srebra, sędzia skazuje stronę, przeciwko której wniesiono pozew, nie na dostarczenie samej rzeczy, jak to było wcześniej praktykowane, ale na jej szacunkową wartość pieniężną - *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat*: źródło Gaius: *Commentary IV* [na:] <http://www.thelatinlibrary.com/gaius4.html#48>, [dostęp: 19.07.2023 r.], tłumaczenie własne z angielskiej wersji językowej zawartej [w:] *The Institutes of Gaius* [na:] <http://thelatinlibrary.com/law/gaius4.html> [data dostępu: 19.07.2023].

⁷⁵ W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 403 i nast.; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 176. Stosownie do *formula arbitraria*, gdy sędzia nabrał przekonania o rozstrzygnięciu na korzyść powoda, przed wydaniem wyroku wzywał pozwanego do zaspokojenia żądania, np. do wydania rzeczy *in natura*. Dłużnik świadom niekorzystnych rokowań procesowych mógł realnie zastosować się do wezwania, co rzutowało na wydanie orzeczenia oddalającego żądanie.

również egzekucja osobista, polegająca na upoważnieniu przez pretora wierzyciela do rozpoczęcia egzekucji, w tym uwięzienie dłużnika przez wierzyciela do czasu spłaty lub odpracowania długu⁷⁶. Rozwój procesu kognicyjnego wiązał się z rozbudową urzędów cesarskich, co najprawdopodobniej sprzyjało realnemu wykonaniu zamówień publicznych. W okresie pryncypatu było to jeszcze postępowanie nadzwyczajne, z biegiem czasu proces kognicyjny uzyskał charakter zwyczajny, a od 342 r. stał się podstawową formą dochodzenia roszczeń prywatnoprawnych. Jego cechą charakterystyczną była pozycja sędziego, który pozostawał jednocześnie urzędnikiem cesarskim. W procesie kognicyjnym zasądzenie świadczenia *in natura* dopuszczane zostało już szerzej.⁷⁷ Zniesienie zasady kondemnacji pieniężnej poszerzyło warianty egzekucyjne świadczenia *in natura* (np. nakazanie pozwanemu wydania rzeczy spornej skutkowało dopuszczalnością odebrania rzeczy przez organ egzekucyjny *manu militari* (D. 6, 1, 68))⁷⁸. Egzekucja osobista pozostawała ostatecznym środkiem stymulacyjnym, w dobie procesu kognicyjnego występowały publiczne więzienia za długi⁷⁹. Silny związek prawa procesowego i materialnego⁸⁰ stanowi wyraźny argument na rzecz rozwoju środków ochrony prawnej, rzutującego na dojrzewanie materialnoprawnych obowiązków dotrzymania umowy. Można wnioskować, że pomimo postrzegania przez samych Rzymian niejednokrotnie niemal jedności prawa materialnego i procesowego (*ubi remedium, ibi ius*)⁸¹, treść relacji między nimi nie pozostawała tak jednoznacznie determinowana unormowaniami procesowymi. Sfery te nie były też ani zakresowo, ani treściowo tożsame. Warto bowiem zauważyć, że w ramach procesu legisakcyjnego oraz formularnego, wskutek *litis contestatio*, następowała z mocy prawa konsumpcja pierwotnego zobowiązania umownego w sposób zbliżony do nowacji procesowej, której

⁷⁶ W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 412; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 180; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 85. W okresie pryncypatu wierzyciel dysponował wyborem co do ścieżki egzekucyjnej, która mogła toczyć się w ramach środków przyznanych procesem formularnym albo kognicyjnym, zob. W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 443.

⁷⁷ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 189; I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 40-42 wraz z cyt. tam piśmiennictwem; co do szerszego dopuszczenia zasądzenia świadczenia *in natura* zob. również W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 431, według którego treść i podstawę roszczenia określało wyłącznie uregulowanie materialnoprawne, termin *actio* oznaczał już roszczenie prawa materialnego. Zob. również M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 71; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 351.

⁷⁸ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 190.

⁷⁹ W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 443; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 190; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 96.

⁸⁰ Zob. W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 367 i nast.; który wskazuje m.in. na praktykę pretorską jako genezę procesu formułkowego (formularnego), który od *Lex Aebutia* (II w. p.n.e., 169 r. a 149 p.n.e.) mógł znaleźć zastosowanie w sprawach przynależnych do postępowania legisakcyjnego, a na mocy *lex Iulia iudictorum privatorum* (17 r. p.n.e.) zastąpił proces legisakcyjny jako główne postępowanie zwyczajne; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 123 i nast., 147 i nast., 149; 185 i nast.

⁸¹ Por. R. Zimmermann, *The law...*, op. cit., s. 6; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 271; W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 367; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 123 i nast.

towarzyszyło powstanie po stronie wierzyciela uprawnienia procesowego do uzyskania wyroku określonego treścią formułki⁸² (konsumpcja skargi nie następowała w ramach procesu kognicyjnego)⁸³. Oznacza to jednak, że bez pierwotnego uprawnienia wynikającego z umowy nie byłoby dopuszczalne doprowadzenie rzymskiego sporu do stanu zawisłości. Rzecz jasna, zależność odwrotna nie występowała.

W ocenie piśmiennictwa niektóre rozwiązania w *Corpus Iuris* nie były dostatecznie jednoznaczne w kwestii uzyskiwania przez wierzyciela świadczenia *in natura*⁸⁴. Wierzycielowi uprawnienie w tym względzie zasadniczo przysługiwało, lecz było ograniczone do świadczeń *dare* (oraz *reddere*)⁸⁵. Natomiast problematyka wykonania zobowiązania *in natura* w kodyfikacjach justyniańskich pozostaje nieusystematyzowana, co uzasadnia się jej kazuistyką⁸⁶.

Po upadku rozwiązań antycznego Rzymu w kilkudziesięciu państwach szczepowych powstałych na gruzach imperium rzymskiego nastąpił regres w kierunku gospodarki naturalnej. Zamówienia publiczne zeszły na margines, w ograniczonym wymiarze zachowały się tylko zamówienia dworskie⁸⁷. Wymóg realnego wykonania przygał wskutek praktycznego zaniku stosowania umów konsensualnych.

W średniowiecznym prawie umownym, umowa wprawdzie rodziła obowiązek wykonania, ale nie skutkowała odpowiedzialnością z tytułu jego naruszenia. Niezbędne było utwierdzenie oraz przyjęcie odpowiedzialności za dotrzymanie zobowiązania⁸⁸. Występowały konstrukcje „utwierdzające” jak: przysięga, zakładnictwo, rękojemstwo, zastaw. Wśród rycerstwa oraz osób stanu szlacheckiego funkcję wzmacniającą realizację umowy mogły pełnić załoga oraz łajanie. Z czasem w średniowieczu wzrost znaczenia

⁸² W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny...*, op. cit., s. 130, 161-162; tenże, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 378, 400-402. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 157, 184; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 82.

⁸³ M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 92.

⁸⁴ Por. R. Zimmermann, *The law...*, op. cit., s. 773; H. Dondorp, *Specific Performance: A Historical Perspective*, [w:] *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia Antwerp-Oxford-Portland, 2008, s. 267 i nast.

⁸⁵ Por. R. Zimmermann, *The law ...*, op. cit., s. 773.

⁸⁶ Zob. L. Winkel, *Specific Performance...*, op. cit., s. 13-17 oraz powołane tam piśmiennictwo; H. Dondorp, *Specific Performance...*, op. cit., s. 268-269 wraz z cyt. literaturą.

⁸⁷ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 81. Aż do odkrycia Digestów występował w Europie brak głębszej znajomości i szerokiego stosowania prawa rzymskiego. Stosunki umowne w obrębie ludów germańskich cechowały się formalizmem, wymagały uroczystego rytuału, który ulegał jednak stopniowemu zanikowi wraz z rozwojem życia gospodarczego i zwiększonym wpływem prawa kanonicznego na stosunki gospodarcze, co skutkowało m.in. upowszechnianiem się umów konsensualnych kosztem umów werbalnych i realnych, zob. A. Dziadzio, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 373 i nast.; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, op. cit., s. 127. Prawa szczepowe przyjmowały, że sama wymiana obietnic między stronami nie rodziła obowiązku spełnienia świadczenia *in specie*. A. Dziadzio, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 373.

⁸⁸ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2022, s. 128.

wymogu wykonania zamówień *in natura* wiązał się z kilkoma czynnikami. Liczył się renesans prawa rzymskiego w kształcie nadanym mu przez Justyniana, a związany z ożywieniem społeczno-gospodarczym. Doniosłe były przeobrażenia po wierzycielskiej stronie zamówienia: reaktywacja samorządu miejskiego, zainicjowana w XI w. na ziemiach włoskich oraz republikański ustroj polityczny⁸⁹. Ożywienie społeczno-gospodarcze szło od włoskich państw-miast, co rzutowało na ożywienie nauki prawa na uniwersytetach samorządowych lub królewskich, głównie włoskich, ale również we Francji, Hiszpanii, Anglii, Niemczech⁹⁰. W zakresie weryfikacji wiarygodności dłużnika sięgano po instrumenty służące powierzeniu realizacji zamówienia podmiotowi wiarygodnemu zawodowo. Stosowano sondaże rynkowe, zlecenia rynkowe, tworzone rzemieślnicze manufaktury miejskie oraz królewskie. Architekci i rzeźbiarze przedstawiali próbki świadczeń w toku publicznie ogłaszanych konkursów. Realizacja niektórych kategorii zamówień (np. papier, przedmioty osobiste, rękodzieło) odbywała się na podstawie wskazania cechowego⁹¹.

Glosatorzy koncentrowali analizy na interpretacjach *Corpus Iuris*, w szczególności na potrzeby dydaktyczne⁹². Problem wykonania *in natura* nie miał charakteru uniwersalnego w zobowiązaniach. Pojawiał się na tle konkretnych umów, a nawet poszczególnych obowiązków w ich obrębie⁹³. Natomiast komentatorzy preferowali praktyczne zastosowanie prawa rzymskiego, przyznając mu prymat nad

⁸⁹ Zob. R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 82 i nast.; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 12 oraz powołane tam piśmiennictwo.

⁹⁰ W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 114 i nast.; T. Maciejewski, *Historia powszechna...*, op. cit., s. 259.

⁹¹ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 82 i nast.; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 14 oraz powołane tam piśmiennictwo.

⁹² W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 116; podobnie K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, op. cit., s. 138; nieco odmienne zapatrywanie wyraził A. Dziadzio, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 115-116.

⁹³ H. Dondorp, *Specific Performance...*, op. cit., s. 269; w szkole glosatorów konkurowały ze sobą różne stanowiska. Przykładowo, w zakresie umowy sprzedaży Accursius oraz Duranti, zwracali uwagę na różnice występujące już między zapatrywaniami Gosi a de Bulgarinusa. Chodziło o problem, czy kupujący może żądać realnego wykonania sprzedaży. W zakresie świadczenia usług wśród glosatorów panował zasadniczo konsensus co do możliwości nakazania przez sąd wykonania umowy *in natura*, jeśli okres świadczenia nie przekraczał 30 lat, chociaż dłużnik w pewnych sytuacjach mógł uwolnić się od wykonania przez zapłatę. Ta ostatnia polegała na zapłacie kwoty, którą powód subiektywnie podawał jako wartość przedmiotu sporu, a udowadniał tę wartość poprzez złożenie przyrzeczenia (*iuramentum in litem*). Ponieważ nie ponosił odpowiedzialności za krzywoprzysięstwo, mogło to skłaniać do podawania sum zawyżonych, przekraczających wysokość ewentualnego odszkodowania, zob. H. Dondorp, *Specific Performance...*, op. cit., s. 268; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 177. W obrębie zobowiązań czynienia glosatorzy nie prezentowali ogólnej, pozytywnej opinii co do egzekwowalności *in natura* tych umów, ani nie wypracowali uniwersalnego stanowiska przeciwnego. Według Azo, Hugolinusa oraz Accursiusa, umożliwienie zapłaty odszkodowania zamiast wykonania *in natura* stanowiło wyjątek od reguły ogólnej. Z kolei zgodnie z zapatrywaniem Odofredusa nie można nikogo przymusić do czynienia, chyba że świadczenie nie mogło zostać spełnione przez kogoś innego (za taką uznawano pracę skryby). Przywołana problematyka stanowiła przedmiot kontrowersji do końca XIV w. W Bolonii nauczano, że wykonanie *in natura* stanowiło wyjątek od zasady, natomiast w Modenie oraz Orleanie prezentowano stanowisko, zgodnie z którym egzekwowalność wykonania *in natura* stanowiła regułę, zob. H. Dondorp, *Specific Performance...*, op. cit., s. 271.

prawem partyklarnym⁹⁴. Kwestię wykonania *in natura* badano na tle różnych obowiązków. Według Bartolusa de Saxoferrato świadczenia czynienia podlegały wykonaniu *in natura*, jeżeli nałożone zostały orzeczeniem sądowym, w pozostałych przypadkach dłużnik zasadniczo mógł uwolnić się z zobowiązania poprzez zapłatę⁹⁵. Z kolei Bartolomeus de Saliceto dopuszczał roszczenie o wykonanie *in natura*, jeżeli osobisty interes wierzyciela przeważał nad zaspokojeniem wskutek odszkodowania (np. nauka dzieci lub świadczenie ściśle osobiste). Niektórzy przypisują szkole komentatorów nadanie znaczenia prawnego wpływu zmiany okoliczności na realne wykonanie, prowadzące później do formuły *rebus sic stantibus*⁹⁶. Doktrynie prawa kanonicznego przypisuje się rozwinięcie i uzasadnienie sformułowania *pacta sunt servanda*. Formuła ta wyrażona została w Dekretach Grzegorza IX, kodyfikacji prawa kanonicznego z 1234 r.⁹⁷, jednak zapatrywania kanonistów wymóg realnego wykonania nie były jednolite⁹⁸. Dopiero z czasem upowszechniło się podejście interpretacyjne o uniwersalnym charakterze obowiązku dotrzymywania umów prawnych⁹⁹. O ile w początkowym okresie *pacta sunt servanda* kładła akcent na konsensualność umów, to z czasem podkreślać zaczęto ogólny wymóg wykonania zobowiązania bez względu na okoliczności¹⁰⁰.

Do połowy średniowiecza zamówienia dworskie i odradzające się komunalne nie ulegały większym przeobrażeniom, zwłaszcza z uwagi na dominujące stosunki feudalne. Wspomniana recepcja prawa rzymskiego wiązała się z pewnym ożywieniem w sferze postulatu ich realnego wykonania. Na ziemiach włoskich i francuskich odrodzenie nastąpiło najszybciej (IX/X w.) w związku z powiązaniem wymogu realnego wykonania z zawarciem umowy cywilnoprawnej¹⁰¹. Działalność glosatorów oraz komentatorów

⁹⁴ A. Dziadzio, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 117; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, op. cit., s. 140; T. Maciejewski, *Historia powszechna...*, op. cit., s. 259.

⁹⁵ Zapatrywanie Bartolusa co do obowiązków wynikających z ustawy i testamentu stały się poglądami przeważającymi, z kolei jego ujęcie zobowiązań kontraktowych uznawano za zbyt restryktywne (nie dopuszczał wyłomów od reguły *nemo precise cogi potest ad factum*) - H. Dondorp, *Specific Performance...*, op. cit., s. 272 i nast.

⁹⁶ Por. R. Zimmermann, *The law...*, op. cit., s. 580-581.

⁹⁷ Artykuł I tytułu 35 księgi I stwierdzał: *pacta quancumque nuda servanda sunt*, zob. W. Uruszczak, *Znaczenie średniowiecznej kanonistyki dla prawa zobowiązań, [w:] Ex contractu, ex delicto*, Kraków 2012, s. 17; R. Zimmermann, *The Law of...*, op. cit., s. 543, 576; A. Dziadzio, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 374. Punkt wyjścia obowiązku dotrzymywania nieformalnie zawartej umowy stanowiła doniosłość odwołującej się do Boga przysięgi (*sermo, iuramentum*), tak: W. Uruszczak, *Znaczenie średniowiecznej...*, op. cit., s. 16; H. Dondorp, *Specific Performance...*, op. cit., s. 274-275. Przysięga pełniła funkcję stymulacyjną, albowiem oprócz sankcji religijnej, jej złamanie mogło skutkować odpowiedzialnością za krzywoprzysięstwo, zob. W. Uruszczak, *Znaczenie średniowiecznej...*, op. cit., s. 16; R. Zimmermann, *The Law of...*, op. cit., s. 542.

⁹⁸ Zob. w tej mierze H. Dondorp, *Specific Performance...*, op. cit., s. 275-276.

⁹⁹ W. Uruszczak, *Znaczenie średniowiecznej...*, op. cit., s. 19-20.

¹⁰⁰ Zob. R. Zimmermann, *The law of...*, op. cit., s. 576 i nast.

¹⁰¹ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 95.

stanowiła impuls do dalszej recepcji rzymskiego prawa prywatnego w Europie Zachodniej (Włochy, południowa Francja, Hiszpania, Niemcy, Niderlandy, Szkocja)¹⁰². Z uwagi na oddziaływanie Kościoła, dość ważną rolę można przypisać dorobkowi kanonistów. Regulacje prawa rzymskiego stanowiły praktyczną podbudowę rozwiązań ukierunkowanych na zaspokojenie potrzeb publicznych w ówczesnych stosunkach społeczno-gospodarczych, rozwijały się unormowania licytacyjnego nabywania towarów i usług. Renesansu, a nawet ekspansji doczekała się umowa konsensualna¹⁰³. Instytucje prawa rzymskiego w zakresie realnego wykonania umowy stosowane były w Europie zachodniej do czasu wielkich kodyfikacji XIX w.¹⁰⁴.

Okres monarchii absolutnej to czas większych zamówień, opartych na konstrukcji umowy cywilnoprawnej, odchodzenia od danin osobistych i podległości feudalnej, a także pierwszych, wycinkowych regulacji w zakresie procedur udzielania zamówień¹⁰⁵. Pionierskie w tym względzie były francuskie wytyczne z 1535 r. Z tego czasu pochodzą również instrukcje funkcjonujące na ziemiach niemieckich, które stanowiły recepcję unormowań francuskich. Formalizowanie proceduralne doboru wiarygodnego kontrahenta przebiegało w drodze ustalania wiążących instrukcji, następnie wyspecjalizowanych regulaminów, wreszcie regulacji prawa stanowionego. Ważki krok stanowił wprowadzony reformami J.B. Colberta administracyjny obowiązek licytacyjnego wyłaniania wykonawców, który zasadniczo dotyczył kontraktów na dostawę oraz roboty na potrzeby wojska i administracji królewskiej. Doświadczenia francuskie wpływały na usprawnienia procedur licytacyjnych początków XVIII w. w Austrii, Bawarii oraz państwach niemieckich, pozostających w szczególności pod silnym wpływem regulacji pruskich. Fryderyk I w 1724 r. wprowadził specjalny reglament budowlany, który nakazywał wstępne badanie wiarygodności wykonawców dopuszczalnych do licytacji. Później pojawiły się unormowania wzmacniające realne wykonanie zamówień, w szczególności wprowadzanie kar umownych, zabezpieczeń roszczeń zamawiającego, a także obostrzenia w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za wady przedmiotu zamówienia¹⁰⁶.

¹⁰² W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 117 i nast.; A. Dziadzio, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 115 i nast.

¹⁰³ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 82, 96-98; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2022, s. 156 i nast.

¹⁰⁴ W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 120.

¹⁰⁵ Szerzej: R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 94 i nast.; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 22 i nast.

¹⁰⁶ Więcej na ten temat R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 97 i nast. wraz z podaną literaturą; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 26 i nast. oraz cyt. tam piśmiennictwo.

Era państwa prawnego to dalszy rozwój i profesjonalizacja cywilnoprawnych regulacji zamawiania świadczeń na potrzeby publiczne. W następstwie wielkich kodyfikacji XIX w. obowiązek realnego wykonania uległ wyeksponowaniu, szczególnie dzięki wzrostowi znaczenia umów obligacyjnych, rozwinięciu rozwiązań prewencyjno-stymulacyjnych (kara umowna, wadium). Pojawiły się nowe typy kontraktów, w tym koncesja budowlana. Pruskie zarządzenie z 1885 r. miało charakter kompleksowy, ustanawiało ogólne warunki umów o zamówienie publiczne, nakazując wprowadzenie kar umownych, zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia (m.in. kaucja gwarancyjna, zastaw na skarbowych papierach wartościowych, weksel *in blanco*). W XIX i XX w. w Prusach oraz Austrii, a także w carskiej Rosji wykonywanie zamówień *in natura* odbywało się na podstawie umowy obligacyjnej. Występowały liczne regulacje szczególne, zwłaszcza obejmujące obowiązki w zakresie uprawnień kontrolnych zamawiającego, kar umownych, zabezpieczenia roszczeń zamawiającego, odstąpienia od umowy. Wykluczano wykonawców niewiarygodnych zawodowo¹⁰⁷.

Początkowo w państwie polskim, w okresie monarchii patrymonialnej, odpłatne zamówienia funkcjonowały marginalnie. Dominowały daniny naturalne oraz obciążające ludność świadczenia osobiste, ponieważ dużą rolę odgrywały książęce osady i wsie służebne, w których realizowano świadczenia w zakresie hodowli zwierząt, rękodzieła, myślistwa. W dobie monarchii stanowej zamówienia odgrywały nieco donioślejszą rolę z uwagi na zwiększenie znaczenia funkcji państwa oraz miast królewskich, w tym pozyskiwanie przez te ostatnie pieniądza, chociaż utrzymywały się rozległe świadczenia osobiste¹⁰⁸. Do pewnego stopnia liczyło się budownictwo obronne, rozbudowa traktów handlowych, portów rzecznych i morskich. W Rzeczypospolitej szlacheckiej ponownie nastąpił pewien wzrost zapotrzebowania na świadczenia niepieniężne nabywane w drodze zamówień publicznych. Wiązało się to z rozwojem gospodarczym kraju oraz wzrostem jego znaczenia w Europie. Niemniej jednak, był to wzrost, któremu nie towarzyszyło stworzenie prawnych i organizacyjnych mechanizmów królewskich i samorządowych zamówień publicznych. Przeciągające się utrzymywanie się ustroju feudalnego rzutowało negatywnie na rozwój zamówień publicznych przez cały okres I

¹⁰⁷ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 110 i nast.

¹⁰⁸ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 84-86; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 15 i nast. Odnośnie do periodyzacji państwa i prawa polskiego oraz odrębne ujęcie zob. J. Bardach, [w:] *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2009, s. 30 i nast.; nieco odmiennie W. Uruszczak, *Historia państwa i prawa polskiego 966-1795*, Warszawa 2021, s. 32-36.

Rzeczypospolitej¹⁰⁹. Nie sprzyjało temu postrzeganie prawa rzymskiego jako elementu wzmacniającego władzę monarszą, co – mimo popularyzacji prawa rzymskiego w nauczaniu, w funkcjonowaniu dóbr kościelnych oraz w prawie miejskim¹¹⁰ istotnie ograniczało możliwość znaczącego oparcia zamówień na umowie konsensualnej. Wzrost bogactwa magnaterii oraz stanu posiadania szlachty mniejszej nie przekładał się na zamożność państwa. Brakowało skutecznego aparatu skarbowo-podatkowego na szczeblu centralnym i lokalnym. Nieefektywne były instytucje egzekwowania prawa, w tym ściągalności podatków od szlachty. Przejście od demokracji szlacheckiej do oligarchii magnackiej piętrzyło dysfunkcje państwa, prowadzące ostatecznie do jego upadku. Niedomagania w sferze publicznoprawnej, w tym bezwład administracyjny, niesprawny sposób pozyskiwania pieniędzy skarbowego z podatków i zapewnienia odpłatnych zamówień oraz paraliż legislacyjny rzutowały brakiem narodowej legislacji w zakresie zamówień publicznych aż do odzyskania niepodległości w 1918 r.

Realizacja zamówienia podlegała ogólnym regulacjom prawa cywilnego¹¹¹. Początkowo funkcjonowały rozwiązania prawne odpowiadające prawu rzymskiemu¹¹². Z czasem, w okresie lokacji miast i wsi, nastąpiła pośrednia recepcja niektórych rozwiązań tego prawa za pośrednictwem prawa niemieckiego, w szczególności w zakresie umów konsensualnych. Pewną rolę odegrało prawo kanoniczne¹¹³. Nadal duże znaczenie miało zaufanie do zdolności realizacyjnych wykonawcy. Weryfikowano to, lecz sposoby oceny pozostawiano uznaniu urzędniczemu, co sprzyjało arbitralności i korupcji. Niekiedy pewne obwarowania opisywano instrukcjami, które jednak nie miały charakteru źródeł prawa. W zakresie szczególnie doniosłych zamówień sięgano po rekomendacje osób trzecich (np. opinie zaprzyjaźnionego dworu, instytucji kościelnych)¹¹⁴. Ogólnogospodarcze znaczenie umów wzrosło po przejściu do gospodarki towarowo pieniężnej (około XIII w.)¹¹⁵. W okresie piastowskim wymóg realnego wykonania zabezpieczano przy pomocy instytucji prawnych nawiązujących do

¹⁰⁹ M. Kuryłowicz, *Tradycje prawa rzymskiego w rozwoju polskiego prawa cywilnego*, [w:] R. Tokarczyk (red.), *Tradycja i postęp w prawie*, Lublin 1983, s. 79.

¹¹⁰ Por. S. Godek, *Prawo rzymskie w Polsce przedrozbiorowej w świetle aktualnych badań*, „Zeszyty Prawnicze” 2013, Nr 3, s. 39 i nast.

¹¹¹ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 88; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 18.

¹¹² Tak: W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 120; na ograniczony zasięg recepcji prawa rzymskiego w Polsce wskazuje W. Uruszczak, *Historia państwa...*, op. cit., s. 190; podobnie zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, op. cit., s. 103 i nast.

¹¹³ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, op. cit., s. 93 i nast.

¹¹⁴ R. Szostak, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 18.

¹¹⁵ W. Uruszczak, *Historia państwa...*, op. cit., s. 120; D. Makilla, *Historia prawa w Polsce*, Warszawa 2019, s. 38.

elementów czci, religii, majątku¹¹⁶. W okresie monarchii stanowej oraz Rzeczypospolitej szlacheckiej liczyła się możliwość przeprowadzenia dowodu na istnienie długu, w tym niepieniężnego¹¹⁷. Wierzycielowi udzielano dodatkowej ochrony w zakresie roszczenia pierwotnego, względnie zabezpieczenia naprawienia szkody, w szczególności zastawem na rzeczy, rękojmią, *vadium*. W ramach utwierdzania zobowiązań elementy mobilizujące zawierały np. łajanie, przysięga sakralna, zadatek¹¹⁸. Umowy w sprawie zamówień realizowane były w reżimie polskiego (litewskiego) prawa zwyczajowego lub miejskiego prawa niemieckiego, uzupełnianych statutami piotrkowskim, wiślickim, wareckim i litewskim¹¹⁹. Z kolei prawo miejskie rzutowało na liczniejsze regulacje w zakresie wykonywania zobowiązań kontraktowych¹²⁰. Do umów, których realne wykonanie mogło mieć większe znaczenie w zaspokajaniu ówczesnych potrzeb publicznych zaliczyć można: umowy sprzedaży (przy czym sprzedawca ponosił odpowiedzialność za wady prawne i fizyczne przedmiotu sprzedaży) oraz umowy o dzieło, w obrębie której występowała surowa odpowiedzialność nierzetelnych rzemieślników za wady fizyczne dzieła. Realizowano kontrakty nienazwane¹²¹. Niemniej, do połowy XVIII w. prawo stanowione w niewielkim stopniu regulowało zobowiązania, co zasadniczo wynikało z dominacji stosunków agrarnych, relacji poddańczych na wsi, niechęci do miast oraz sprzeciwu wobec powszechnych regulacji, które postrzegane były jako wzmacnianie władzy królewskiej kosztem wolności szlacheckiej. Magnateria oraz szlachta zasadniczo nie były zainteresowane wprowadzaniem regulacji w tym zakresie. Dopiero prace nad Kodeksem Stanisława Augusta w pewnym stopniu wyrażają szerszy obowiązek dotrzymania umowy. Przede wszystkim projekt autorstwa J. Januszewicza definiował kontrakt jako „zgłoszenie się dwóch lub kilku osób o zapłacenie, oddanie lub uczynienie czegoś w czasie w miejscu ugodzonym”¹²². Umowy podzielono na nazwane i nienazwane, te ostatnie opierając na założeniu: „daję abyś dał, daję abyś uczynił, czynię abyś dał, czynię abyś uczynił”. Projekt kodeksu regulował jedynie kilka umów nazwanych: w szczególności sprzedaż,

¹¹⁶ J. Bardach, [w:] *Historia ustroju...*, op. cit. s. 172-173; W. Uruszczak, *Historia państwa...*, op. cit., s. 120.

¹¹⁷ Nie istniał *numerus clausus* środków dowodowych, ale dostosowywano je do rodzaju transakcji (np. określona liczba świadków, cyrograf, wpisy w księgach bankowych, zapisy w księgach sądowych ziemskich lub grodzkich, rękojmią)- W. Uruszczak, *Historia państwa...*, op. cit., s. 357.

¹¹⁸ Co do sposobów: zob. J. Bardach, [w:] *Historia ustroju...*, op. cit., s. 172-174, 286; W. Uruszczak, *Historia państwa...*, op. cit., s. 361-363; D. Makiła, *Historia prawa...*, op. cit., s. 232-234.

¹¹⁹ R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 88; tenże, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 18.

¹²⁰ D. Makiła, *Historia prawa...*, op. cit. 2019, s. 277, 287.

¹²¹ W. Uruszczak, *Historia państwa...*, op. cit., s. 370.

¹²² J. Januszewicz: *Myśli do projektu rozdziału VII-go księgi I-ej o kontraktach i zapisach*, <https://iura.uj.edu.pl/dlibra/publication/4273/edition/3949/content?ref=desc>, s. 165; W. Szafrński, *Kodeks Stanisława Augusta*, Poznań 2007, s. 244 i nast.

zamianę,arendę, która skupiała w sobie najem lokalu, dzierżawę oraz najem pracy. Umową nazwaną była rękojmia rozumiana jako zabezpieczenie dane przez osobę trzecią, a także kontrakt plenipotencji, w którym dopatrywać się można elementów pełnomocnictwa. Z kolei wykonanie *in natura* w wąskim rozumieniu znalazło wyraz w propozycji dotyczącej procesu cywilnego. W przyjętym projekcie podziału kodeksu podany został cel przyszłej regulacji: „prędkie, łatwe i niekosztowne pozyskanie tego, co się komu należy”¹²³. Nie bez znaczenia była propozycja unormowań o przedawnieniu, w myśl której ze względów podyktowanych stabilnością obrotu „wierzyciel tracił dług, jeśli nie upomniał się o niego w okresie preskrypcji”¹²⁴. Jak wiadomo, rzeczony kodeks stanowił próbę uporządkowania i ujednolicenia regulacji o zobowiązaniach umownych. Skoro tak, to odzwierciedlał pewne założenia ogólne, wedle których prawidłowe wykonanie umowy pełniło doniosłą rolę w aspekcie materialnym oraz proceduralnym.

W okresie rozbiorowym żywioł polski odsunięty był od zamówień zarówno w zakresie kupiectwa jak i obsługi. Ten stan rzeczy utrzymywał się poza zakresami autonomii ziem zaboru austriackiego oraz pruskiego (Wielkie Księstwo Poznańskie). Wyjątek dotyczył Królestwa Polskiego, które funkcjonowało do utraty resztek autonomii i formalnej odrębności w 1864 r.

Tytułem konkluzji nasuwa się parę wniosków historycznych. Począwszy od okresu antycznego rola realnego wykonania zamówień publicznych wzrastała w warunkach gospodarki towarowo-pieniężnej, funkcjonującej w prawie w danym okresie zorganizowanych państw. Wymagało to skutecznego aparatu skarbowego i administracyjnego, ściągłości podatków oraz egzekwowania prawa. Na kontynencie europejskim zamawianie świadczeń niepieniężnych na potrzeby publiczne odbywało się przeważnie w reżimie cywilnoprawnym, a zasadniczą rolę w tym względzie odegrał rozwój umowy konsensualnej. Od początku liczyło się udzielanie zamówień wiarygodnym dłużnikom. W prawie rzymskim wykonalność świadczenia warunkowała powstanie zobowiązania, a odejście od warunków umowy wskutek nadzwyczajnych okoliczności było w zasadzie niedopuszczalne. Reguła *pacta sunt servanda*, sformułowana w 1234 r., jedynie poszerzyła występujący już wcześniej wymóg realnego dotrzymania umowy. W prawie rzymskim pełnił on ważną rolę zarówno w płaszczyźnie

¹²³ J. Morawski, *Prospekt prawa o procesie*, <https://iura.uj.edu.pl>, s. 310; W. Szafrński, *Kodeks Stanisława...*, s. 308 i nast.

¹²⁴ A. Reptowski, *Myśli do prospektu rozdziału IX-go księgi I-ej o preskrypcji czyli dawności*, <https://iura.uj.edu.pl>, s. 183 i nast.

prawa materialnego, jak i procesowego (środek ochrony prawnej), stanowił doniosły element społeczny (*Fides Romana*). Utrzymywał swą rolę w europejskich regulacjach osadzonych lub czerpiących inspirację z dorobku prawa rzymskiego.

2. Funkcjonowanie zasady realnego wykonania zamówienia w II RP

Odzyskanie niepodległości nastąpiło poprzez zmianę formy państwa z Królestwa na Republikę z Józefem Piłsudskim jako naczelnikiem państwa. Rzeczpospolita wybiła się na niepodległość w warunkach zniszczeń wojennych, niespójności ustrojowo-ekonomicznych, a także niespójnymi reżimami prawnymi zamówień publicznych oraz wykonywania zobowiązań. W obszarach byłych zaborów uregulowania tych pierwszych wyznaczały¹²⁵: ustawa o dostawach i robotach rządowych¹²⁶, ogólne przepisy o udzielaniu zamówień na dostawy i roboty wydane przez pruskich Ministrów Robót Publicznych oraz Handlu i Przemysłu¹²⁷, rozporządzenie tzw. pełnego ministerstwa austriackiego z 03.04.1909 r. o oddawaniu przedsiębiorstwom dostaw i robót państwowych¹²⁸. W zakresie wykonania umowy obowiązywało aż pięć porządków prawnych. Na terenie byłego Królestwa Kongresowego problematykę tę regulował Kodeks Napoleona. Na ziemiach wschodnich byłego zaboru rosyjskiego było stosowane prawo cywilne ujęte w t. X Zводу Praw. W Galicji funkcjonował austriacki Kodeks cywilny z 1811 r. (ABGB), który częściowo wprowadzony został w 1922 r. na terenie Spisza i Orawy, gdzie uzupełnił obowiązujące węgierskie prawo cywilne. Natomiast ziemie dawnego zaboru pruskiego podporządkowane były niemieckiemu Kodeksowi cywilnemu z 1896 r. (BGB)¹²⁹. Umowy w sprawach zamówień publicznych wykonywane były w oparciu o regulacje wywodzące się od państw zaborczych, lecz zamówienia rządowe, z uwagi na lokalizację stolicy państwa, zazwyczaj podlegały ujednoliconym unormowaniom administracyjnym oraz kodeksowi Napoleona¹³⁰. Wspólny mianownik

¹²⁵ Za D. Szczepański, *Zamówienia publiczne*, Pułtusk 2004, s. 17-18 oraz A. Panasiuk, *Wpływ rozwiązań przyjętych w dyrektywie 2014/23 UE na kształt pojęcia koncesji zdefiniowanego w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, t. III., s. 78 wraz z cyt. tam literaturą.

¹²⁶ Zbiór Ustaw Cesarstwa Rosyjskiego, t. X, cz. 1, 1900 r.

¹²⁷ Dziennik Urzędowy Pruskiego Ministerium dla Handlu i Przemysłu, załącznik do nr 3 z 12.02.1906 r.

¹²⁸ Dziennik Ustaw Państwa, Nr 61 z 28.04.1909 r.

¹²⁹ Tak: M. Pietrzak, [w:] *Historia ustroju...*, op. cit., s. 585; D. Makieła, *Historia prawa ...*, op. cit., s. 482 i nast.

¹³⁰ Zob. R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 119, 124; R. Antonów, [w:] P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid (red.), *Zamówienia publiczne*, Warszawa 2021, s. 28; T. Kocowski, *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze 2020, Nr 11, s. 155.

stanowił publicznoprawny obowiązek egzekwowania obowiązku należytego wykonania zamówienia. Na mocy dekretu z 07.12.1918 r. został powołany przy Ministrze Przemysłu i Handlu Urząd Rozdzielczy, którego zadanie polegało na organizowaniu zamówień centralnych na wyroby przemysłowe. Organy rządowe były obowiązane kierować zamówienia na produkty przemysłowe do Urzędu, który rozdzielał je zakładom przemysłowym. Natomiast jednostki organizacyjne nieobjęte rozdzielnictwem (np. samorządy lokalne), były obowiązane udzielać zamówień na zasadach ogólnych, przy wykorzystaniu obowiązujących regulaminów przetargowych. Ponadto, już 1919 r. utworzono Główny Urząd Zaopatrzenia Armii¹³¹, który odpowiadał za zaspokajanie potrzeb wojskowych. Zamówienia wojskowe odgrywały kluczową rolę w zwycięskiej wojnie z Rosją bolszewicką. Brak było regulacji kompleksowej. Zamówienia samorządowe funkcjonowały w oparciu o szczegółowe uchwały organów stanowiących, w praktyce dominowały przetargi otwarte.

Warunki do odrodzenia rynkowych zamówień publicznych zaistniały dopiero po zakończeniu wojny polsko-bolszewickiej. Ustawa z 15.02.1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego¹³² miała charakter ramowy. Z założenia bowiem zawarte w niej przepisy miały być rozwinięte na mocy rozporządzeń Rady Ministrów oraz szczegółowych przepisów właściwych ministrów. Potwierdzała jednak podstawowe zasady zamówień publicznych, przewidując preferencje krajowe w zakresie udzielania i wykonywania zamówień, co było efektem trwającego kryzysu gospodarczego. Zamówienia miały być wykonywane przez podmioty krajowe, względnie zagraniczne, które posiadają w odpowiedniej wysokości kapitał wydzielony w Polsce oraz zostały dopuszczone do działalności i zarejestrowane w Polsce (art. 2 ust. 1 ustawy). Dodatkowo, co do zasady, zamówienia i dostawy miały być świadczone w maksymalnym stopniu przy użyciu sił, surowców oraz wyrobów krajowych, a poszczególni ministrowie zobowiązani zostali do ustalenia w drodze rozporządzeń wymogu realizacji zamówień wyłącznie z surowców i wszelkich wyrobów polskiego pochodzenia lub wysokość obowiązującej domieszki surowców krajowych

¹³¹ Ustawa z 11.04.1919 r. o utworzeniu Głównego Urzędu Zaopatrywania Armji (Dz. Praw P. Pol. Nr 32, poz. 265).

¹³² Dz. U. 1933, Nr 19, poz. 127. Ustawa weszła w życie 24 marca 1933 r. Spod jej zakresu przedmiotowego wyłączono monopole państwowe oraz posiadające osobowość prawną państwowe przedsiębiorstwa przemysłowe, handlowe i górnicze, które zostały wydzielone z ogólnej administracji państwowej i uznane za jednostki posiadające osobowość prawną. Wskazane wydzielenie nastąpiło wskutek rozporządzeń Rady Ministrów wydawanych na mocy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 17.03.1927 r. o wydzielaniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych, przemysłowych, handlowych i górniczych oraz o ich komercjalizacji (Dz. U. Nr 25, poz. 195).

(art. 2 ust. 2 ustawy). W kwestii realizacji zamówień przewidywano obowiązek nadzoru oraz dochodzenia roszczeń.

Wymóg realnego wykonania zamówienia zgodnie z treścią zobowiązania w ujęciu powszechnym regulował Kodeks zobowiązań z 1933 r. Stanowił on nie tylko sukces unifikacji prawa obligacyjnego, ale również nowatorskie rozwiązanie legislacyjne, wzorowane na, w miarę nowoczesnym, kodeksie szwajcarskim, który stanowił syntezę najlepszych rozwiązań zaczerpniętych z prawa francuskiego oraz niemieckiego. Zasada *pacta sunt servanda* uznana została w nim za konstrukcję o fundamentalnej wadze. Obowiązek spełnienia świadczenia wyprowadzano z istoty zobowiązania, dostrzegając elementy procesowe. Na tle art. 2 § 1 KZ, Komisja Kodyfikacyjna wyraziła zapatrywanie, zgodnie z którym wierzyciel mógł zawsze w drodze powództwa oraz egzekucji wymusić spełnienie świadczenia, chyba że zaistniał przewidziany w ustawie powód wygaśnięcia zobowiązania lub zmiany świadczenia na odszkodowanie, jak również jeśli ustawa wyłączała możliwość sądowego dochodzenia wierzytelności z uwagi na rodzaj wierzytelności, upływ terminu zawitego, względnie przedawnienia¹³³. Według art. 189 KZ, strony winny wykonywać zobowiązania zgodnie z ich treścią, w sposób odpowiadający wymaganiom dobrej wiary i uczciwego obrotu. Na tle tego przepisu, zdaniem Komisji Kodyfikacyjnej, zasada realnego dotrzymania umowy wynikała z „natury rzeczy”¹³⁴. Odwołanie się do wymagań dobrej wiary i zwyczajów uczciwego obrotu odzwierciedlało potrzeby antycypowania na etapie zawierania umowy wszelkich okoliczności realizacyjnych¹³⁵. Wymóg zgodności wykonania zamówienia z treścią zamówienia ukształtowano stosunkowo surowo. Wierzyciel mógł odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, jeżeli cały dług był wymagalny (art. 206 KZ). W umowach wzajemnych niespełnienie nieznacznej części świadczenia nie uprawniało drugiej strony do wstrzymania się od spełnienia świadczenia wzajemnego, chyba że wstrzymanie usprawiedliwione byłoby okolicznościami (art. 217 KZ). Jeżeli przedmiotem zamówienia była rzecz oznaczona co do gatunku bez ściślejszego określenia, dłużnik obowiązany był świadczyć rzecz średniej jakości i dobroci (art. 209

¹³³ Zob. I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań. Komentarz; przepisy wprowadzające - wyciągi z motywów ustawodawczych – ustawy dodatkowe* T.1, „Biblioteka Wydziału Prawa i Administracji UAM” (1936), <https://www.wbc.poznan.pl/dlibra/doccontent?id=79649>, s. 11. Podobne stanowisko przyjmowała doktryna - R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo Cywilne. Zobowiązania. Wydanie anastatyczne*. Poznań 1999, Lwów 1939, s. 16; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1945, s. 3, [data dostępu: 10.12.2024].

¹³⁴ I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań...*, op. cit., s. 11; R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 320; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie...*, op. cit., s. 160.

¹³⁵ I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań...*, op. cit., s. 500.

KZ). Wierzyciel popadał w zwłokę w trzech przypadkach. Przede wszystkim, gdy bez uzasadnionego powodu uchylał się od przyjęcia świadczenia rzeczywiście mu zaoferowanego. Uzasadniony powód mogła stanowić np. choroba lub inna przemijająca przyczyna, niezgodność świadczenia z treścią zobowiązania¹³⁶. Świadczenie musiało być należyte pod względem przedmiotu, miejsca i sposobu spełnienia. Ponadto, wierzyciel popadał w zwłokę, jeśli odmawiał wykonania czynności, bez której świadczenie nie mogło zostać spełnione, a także gdy zapowiedział dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie (art. 231 KZ)¹³⁷. W razie odmowy przyjęcia przez wierzyciela świadczenia w umowach przewidujących taki obowiązek (np. art. 357, art. 495 KZ) nie mógł on być zostać przymuszony do odbioru lub współdziałania¹³⁸. Przedmiot świadczenia mógł zostać złożony do depozytu albo oddany w zarząd. W razie braku tzw. zdatności depozytowej, dłużnik uprawniony był oddać rzecz „na zachowanie”, żądając wyznaczenia przez sąd dozorcę lub zarządcę celem zachowania przedmiotu świadczenia (art. 232 KZ). Do złożenia do depozytu nie nadawały się nieruchomości oraz ruchomości, których przechowanie w sądzie z uwagi na ich właściwości było niemożliwe lub mogłoby wiązać się ze zniszczeniem lub uszkodzeniem¹³⁹. Zarządca ustanawiany był w sytuacjach, w których przedmiot świadczenia wymagał ciągłego wykonywania pewnych czynności zarządu (np. przedsiębiorstwo przemysłowe). Rzeczy, których zachowanie wymagało znacznych kosztów lub ulegające szybkiemu zepsuciu, na żądanie dłużnika i za zezwoleniem sądu, mogły być sprzedane w drodze przetargu publicznego. W takim przypadku osiągnięta cena mogła być złożona do depozytu sądowego (art. 235 §1 KZ).

Remedium na zwłokę dłużnika stanowiło oczekiwanie na wykonanie zamówienia, skorzystanie z wykonania zastępczego, roszczenie o wykonania *in natura* utrzymywało się i uzupełniane było o roszczenie odszkodowawczym (art. 244 KZ). W razie zwłoki dłużnika wydania rzeczy oznaczonych gatunkowo wierzycielowi przysługiwało roszczenie o wykonanie, nabycie zastępcze, żądanie od dłużnika wartości rzeczy (art. 246 KZ). Obok nich pojawiało się roszczenie odszkodowawcze, którego wymiar stawał się w praktyce niższy, jeśli wierzyciel sprawnie dokonał nabycia zastępczego. Z perspektywy

¹³⁶ R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 345.

¹³⁷ Ibidem, s. 345; I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań...*, op. cit., s. 597.

¹³⁸ R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 344; I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań...*, op. cit., s. 598.

¹³⁹ Dozorcą lub zarządcą mogli zostać prywatni przechowawcy, co umożliwiało wypełnienie świadczenia powinności dłużnych obejmujących danie, w tym wydanie nieruchomości - R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 346; I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań...*, op. cit., s. 601 i nast.

wierzyciela odpadały natomiast niedogodności kroków sądowych i egzekucyjnych¹⁴⁰. Nabycie zastępcze oraz żądanie wartości rzeczy nie wymagały upoważnienia sądu. Nie prowadziły one do wygaśnięcia zobowiązania. W umowach wzajemnych wierzyciel zobowiązany był spełnić swoje świadczenie¹⁴¹. Wykonanie zastępcze dotyczyło zwłoki dłużnika w wykonaniu zastępowalnego zobowiązania czynienia oraz zobowiązania polegającego na nieczynieniu, znoszeniu lub zaprzestaniu (art. 247 §1 i 2 KZ)¹⁴². Wierzyciel, po uzyskaniu upoważnienia sądowego, mógł zrealizować czynność sam lub przez inną osobę na koszt dłużnika¹⁴³. Droga sądowa nie była wymagana jedynie w przypadkach nagłych (art. 247 § 3 KZ), np. gdy skutek opóźnienia wywołanego sprawą sądową, spełnienie świadczenia nie zaspokajałoby interesu wierzyciela lub mogło spowodować powstanie znaczniejszej szkody¹⁴⁴.

Zgodnie z klauzulą *rebus sic stantibus* strona obowiązana była realnie dotrzymać umowy pomimo zmieniających się okoliczności, nawet jeśli jej wykonanie wiązałoby się z trudnościami lub stratą. Dopiero postaci kwalifikowane, czyli trudności „nadmierne” lub strata „rażąca”, wywołane nadzwyczajnymi wypadkami mogły rzutować w pierwszej kolejności na zmianę, a w ostateczności na wygaśnięcie obowiązku realnego spełnienia świadczenia (art. 269 KZ). Umowy odpłat zawierane były zazwyczaj na swego rodzaju założeniu równowartości świadczeń, lecz po powstaniu zobowiązania mogła zaistnieć zmiana realiów, w świetle której dłużnik mógłby spełnić świadczenie tylko z wielkim wysiłkiem lub znaczną stratą dla siebie, jak również z narażeniem się na niebezpieczeństwo wielkiej straty o charakterze majątkowym lub osobistym. Z drugiej strony, mogła również nastąpić deprecjacja wartości świadczenia, a spełnienie go ściśle według treści umowy mogłoby skutkować stratą po stronie wierzyciela, jeśli wierzyciel w zamian za nie realizowałby swoje pełnowartościowe świadczenie niepieniężne¹⁴⁵. Wymagało to spełnienia kilku przesłanek. Źródłem zobowiązania musiała być umowa¹⁴⁶. W toku jej realizacji musiały wystąpić nadzwyczajne wypadki, przykładowo: wojny,

¹⁴⁰ Zob. R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 365.

¹⁴¹ R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, s. 366; I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań...*, op. cit., s. 637.

¹⁴² I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań...*, op. cit., s. 640, według których nie chodziło, żeby zobowiązanie mogła wykonać każda osoba, ale jedynie podmiot inny niż dłużnik.

¹⁴³ R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 366.

¹⁴⁴ I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań...*, op. cit., s. 641.

¹⁴⁵ Ibidem, s. 703.

¹⁴⁶ Tak R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 407.

zarazy, zupełny nieurodzaj, inne klęski żywiołowe¹⁴⁷. Te z kolei musiały prowadzić do nadmiernych trudności lub zagrożenia rażącą stratą u strony umowy (związek przyczynowy). Negatywne skutki mogły wynikać w szczególności z wymogu świadczenia w realiach zagrażających dłużnikowi fizycznie¹⁴⁸, gdy następowała znaczna zwyżka cen rzeczy, które dłużnik miał dostarczyć albo powstała konieczność samodzielnego produkowania rzeczy za pomocą kosztownych urządzeń¹⁴⁹. Rażąca strata po stronie wierzyciela mogła zaistnieć, gdy wartość świadczenia otrzymanego nie pozostawała w realnym stosunku do świadczenia spełnianego (np. cena kupna wyrażona w zdevaluowanym pieniądzu)¹⁵⁰. Wreszcie, wpływ nadzwyczajnych wypadków na spełnienie świadczenia (trudność lub strata) nie mógł być do przewidzenia przez starannie działające strony przy zawarciu umowy. Jak bowiem zauważano w doktrynie, umowy zawierane są również w czasach niepewności, wojen czy zawirowań. Racjonalne strony biorą na siebie wówczas ryzyko trudności, odpowiednio je kalkulują przy ustalaniu warunków umowy, toteż zasadniczo brak podstaw do podważania umów zawieranych w takich realiach. Przywołane unormowanie obejmowało przypadki, w których strony nie przewidziały nadzwyczajnego zdarzenia, jak również sytuacje, w których strony przewidywały lub nawet zawierały umowę, w szczególności po wybuchu wojny lub klęski, ale nie mogły przewidzieć jakiejś konkretnej trudności lub strat, jakie z tego wynikły¹⁵¹. Sąd, jeśli uznawał to za konieczne z uwagi na zasady dobrej wiary¹⁵² oraz po rozważeniu interesów obu stron¹⁵³, mógł oznaczyć sposób wykonania, określić wysokość świadczenia lub nawet rozwiązać umowę¹⁵⁴. To ostatnie stanowiło środek ostateczny¹⁵⁵. Według piśmiennictwa klauzula *rebus sic stantibus* nie podważała zasady *pacta sunt servanda*, lecz sprowadzała ją do racjonalnych granic. Wskazywano na korzyści dla bezpieczeństwa obrotu, poprzez wprowadzenie normy prawnej, określającej warunki

¹⁴⁷ Przywoływano również strajk generalny oraz przerwanie komunikacji kolejowej, służącej dostarczeniu przedmiotu świadczenia, jak również znaczną i nieprzewidzianą zwyżkę cen przedmiotu świadczenia, a także dewaluację pieniądza – I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań*..., op. cit., s. 704.

¹⁴⁸ Tak: R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo*..., op. cit., s. 408; I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań*..., op. cit., s. 704.

¹⁴⁹ Ibidem, s. 708.

¹⁵⁰ Zob. R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo*..., op. cit., s. 408.

¹⁵¹ Tak Ibidem, s. 408; I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań*..., op. cit., s. 705, 708.

¹⁵² Wynikało to z zakazu przekraczania przez zobowiązanie, także współkształtowane przez sąd, zasad etycznych i dobrych obyczajów: zob. R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo*..., op. cit., s. 409; I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań*..., op. cit., s. 709.

¹⁵³ Funkcja tego wymogu polegała na zapobieganiu jednostronności rozstrzygnięć oraz np. chronieniu dłużnika przed stratą poprzez przerzucenie całego ryzyka na wierzyciela: zob. R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo*..., op. cit., s. 409; I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań*..., op. cit., s. 709.

¹⁵⁴ I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań*..., op. cit., s. 708.

¹⁵⁵ Tak: R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo*..., op. cit., s. 408; I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań*..., op. cit., s. 706.

oraz wytyczne dla rozstrzygnięcia sądowego¹⁵⁶.

Konstrukcja następczej niemożliwości świadczenia także osłabiała obowiązek wykonania zamówienia *in natura*. Według art. 267 KZ w razie niemożliwości świadczenia przede wszystkim, „z natury rzeczy” odpadało dochodzenie wykonania zobowiązania. Jeśli niemożliwość nastąpiła z przyczyn, za które dłużnik nie odpowiadał, to wygaśnięcie eliminowało więc prawną miarę między stronami. Jeżeli dłużnik odpowiadał za powołane przyczyny, to wygasał obowiązek realnego wykonania, ale pojawiał się obowiązek naprawienia szkody zgodnie z art. 239 KZ, względnie wierzyciel mógł od umowy odstąpić (w razie niemożliwości częściowej odstąpienie od umowy w całości mogło nastąpić, jeżeli z natury zobowiązania albo celu zamierzonego przez strony wynikało, że wykonanie częściowe nie ma znaczenia dla uprawnionego (art. 252 KZ))¹⁵⁷. Dłużnik tracił *ex lege* prawo do odpowiedniej części świadczenia wzajemnego, a jeśli je otrzymał, obowiązany był do zwrotu (art. 267 § 2 KZ). W zobowiązaniu wzajemnym, w razie częściowej niemożliwości świadczenia, wierzyciel co do zasady nie miał uprawnienia do odstąpienia od umowy w całości¹⁵⁸, chyba że z natury zobowiązania, z celu zamierzonego przez strony wynikał brak znaczenia dla niego zaspokojenia częściowego (art. 267 § 3 KZ)¹⁵⁹. Regulacja obejmowała zarówno niemożliwość obiektywną (przedmiotową), jak i subiektywną (niemożliwość podmiotowa). Ta pierwsza występowała, jeśli nie tylko dłużnik, ale żadna inna osoba nie była w stanie świadczenia spełnić. Niemożliwość subiektywna obejmowała przypadki, w których świadczenie nie mogło być spełnione tylko przez dłużnika ze względu na szczególne stosunki dotyczące jego osoby. Bez znaczenia pozostawało zarazem to, czy źródło niemożliwości wywodziło się z okoliczności zewnętrznych względem dłużnika czy z jego działalności¹⁶⁰. Niemożliwość podmiotowa występowała nawet, jeżeli dłużnik byłby w stanie przeszkodę przewyczyć i świadczenie spełnić, lecz takich starań nie można było od niego wymagać zgodnie z kryteriami wykonania zobowiązania, o których mowa w art. 189

¹⁵⁶ Tak: R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo*..., op. cit., s. 406 i nast.

¹⁵⁷ Zob. R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo*..., op. cit., s. 371 i nast.; I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań*..., op. cit., s. 699; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie*..., op. cit., s. 188.

¹⁵⁸ Zob. R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo*..., op. cit., s. 372.

¹⁵⁹ W piśmiennictwie podawano przykład zakupu czterech dobranych koni, z których jeden z winy sprzedawcy padł, a nabywcy chodziło, aby dobrać całą czwórkę. Dobranie konia od innego handlarza mogło być bowiem bardzo utrudnione. Sytuacja mogłaby kształtować się odmiennie w razie kupna czterech koni fornałskich, z których sprzedawca dostarczył trzy, zob. R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo*..., op. cit., s. 372.

¹⁶⁰ Zob. I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań*..., op. cit., s. 696-697; R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo*..., op. cit., s. 372; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie*..., op. cit., s. 401.

KZ¹⁶¹. Przywołana niemożliwość występowała również wówczas, gdy świadczenie wprawdzie mogło zostać spełnione, lecz innym miejscu lub czasie, a z celu umowy wynikało, że takie spełnienie nie zaspokajało interesu wierzyciela¹⁶². Obowiązek realnego wykonania utrzymywał się w sytuacjach, w których dłużnik mógł albo obowiązany był posłużyć się osobami trzecimi w celu wykonania zobowiązania¹⁶³, jak również gdy spełnienie było jedynie utrudnione lub usunięcie przeszkód realizacyjnych leżało w możliwościach dłużnika¹⁶⁴. Niemożliwość (w obu postaciach) musiała mieć charakter trwały. Przyjmowano to w szczególności, gdy z powodu zwłoki w spełnieniu zmieniała się treść świadczenia oraz gdy nie dawało się przewidzieć, kiedy usunięcie przeszkody realizacyjnej mogłoby nastąpić. Niemożliwość przejściowa zasadniczo stanowiła opóźnienie albo zwłokę, z zastrzeżeniem, że w zobowiązaniach ciągłych przejściowa niemożliwość świadczenia wyczerpywała w odpowiednim zakresie przesłanki niemożliwości częściowej¹⁶⁵.

Rozporządzenie Rady Ministrów z 29.01.1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego¹⁶⁶ wyostrzało obowiązek rzeczywistego zrealizowania zamówienia publicznego. W zakresie dotyczącym umów o zamówienie publiczne regulacje te stanowiły *lex specialis* względem kodeksu zobowiązań (§ 46 rozp. RM 1937). Unormowaniami wzmacniającymi wykonanie *in natura* były przede wszystkim regulacje dotyczące doboru wiarygodnego i rzetelnego wykonawcy, co podlegało weryfikacji. Wykonawcy, jeżeli nie byli organizacjami rzemieślniczymi o charakterze zarobkowym, powinni wykazywać się, co do zasady, co najmniej rocznym uczestnictwem w obrocie gospodarczym. Odstępstwo od tej reguły było dopuszczalne, jeśli nie było można znaleźć innej osoby lub jeżeli tego wymagał interes obrony państwa (§ 3 rozp. RM 1937). Z zamówienia eliminowano podmioty, które chociażby jednej z uprzednio powierzonych im dostaw lub robót nie wykonały z własnej winy albo wykonały je w sposób niesumienny. Po upływie trzech lat od dnia stwierdzenia odchylenia udzielenie kolejnych zamówień było już dopuszczalne (§ 5 ust. 1 pkt 3 rozp. RM 1937). Rozporządzenie przewidywało obowiązek wprowadzenia przez zamawiającego kontraktowych instrumentów stymulacyjno-prewencyjnych. Liczyły się

¹⁶¹ R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 372; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie...*, op. cit., s. 401; niewypłacalność dłużnika nie mieściła się w kategorii niemożliwości subiektywnej.

¹⁶² Zob. I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań...*, op. cit., s. 697.

¹⁶³ Tak: R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 402.

¹⁶⁴ I. Rosenblueth, J. Korzonek, *Kodeks zobowiązań...*, op. cit., s. 696-700.

¹⁶⁵ Ibidem, s. 700; R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 402.

¹⁶⁶ Dz. U. Nr 19, poz. 127.

przede wszystkim postanowienia dotyczące odszkodowania umownego za niedotrzymanie umowy bądź uchybienie terminom częściowym rozpoczęcia lub zakończenia prac, a także odstępstw od terminu ostatecznego, uprawnienie do domagania się przez zamawiającego odszkodowania uzupełniającego względem odszkodowania umownego. Umowa musiała określać wysokość odszkodowania umownego, odnoszonego do wartości zamówienia oraz jego (zamówienia) doniosłości, zakreślając pułap procentowy odszkodowania umownego (§41 rozp. RM 1937). Wymagano wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania warunków umowy, jak również wprowadzenia przesłanek, sposobu, miejsca oraz terminu przyjęcia bądź odrzucenia zaoferowanych świadczeń (§ 40 rozp. RM 1937). Niezłożenie w terminie zabezpieczenia powodowało rozwiązanie stosunku prawnego z oferentem z utratą przez niego wadium. Poszczególni ministrowie zobowiązani zostali do ustalenia w drodze zarządzeń warunków, sposobów oraz terminów częściowego i ostatecznego odbioru zamówienia. Wymagano, żeby z każdej czynności odbiorczej sporządzać protokół, którego treść powinna obejmować decyzję o przyjęciu albo odrzuceniu bezwarunkowym lub warunkowym wykonanej dostawy lub roboty, względnie wniosek o przyjęcie lub odrzucenie, jeżeli decyzja w tej mierze zastrzeżona została jednostkom wyższego szczebla. Opisane wyżej uregulowania wykonania zamówień *in natura* znajdowały zastosowanie relatywnie krótko, do wybuchu II wojny światowej¹⁶⁷, chociaż moc obowiązującą utrzymały ponad trzy lata po jej zakończeniu.

Przedstawione uwagi prowadzą do kilku konkluzji. W prawie polskim wymóg realnego wykonania zamówienia pojawił się szerzej dopiero w okresie II Rzeczypospolitej. Wyrastał bezpośrednio z umowy cywilnoprawnej, regulowanej początkowo przepisami państw zaborczych, a następnie Kodeksem zobowiązań. Ten ostatni uznawał zasadę *pacta sunt servanda* za czołową zasadę prawa obligacyjnego. Wyprowadzał ją z natury zobowiązania jako takiego. Zakres wymogu realnego wykonania zamówienia wyznaczały przede wszystkim okoliczności zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* oraz dość szeroko ujmowanej niemożliwości świadczenia. Wzmocnienie obowiązku realnego wykonania zamówienia wynikało z przepisów stanowiących *lex specialis* względem Kodeksu zobowiązań. Na ich mocy wprowadzono wymóg udzielania zamówienia wykonawcy wiarygodnemu, czemu służyło wymaganie pewnego

¹⁶⁷ Więcej odnośnie zamówień publicznych w II RP zob. R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 121.; T. Kocowski, *Rozwój prawa...*, op. cit., s. 154 i nast. i powołana tam literatura; D. Szczepański, *Zamówienia publiczne w II Rzeczypospolitej (cz. I)*, „ZP Doradca” 2000, nr 9, s. 59 i nast. oraz cytowane tam piśmiennictwo.

doświadczenia oraz eliminowane z zamówień podmiotów, które z zawinionych przyczyn nieprawidłowo zrealizowały choćby jedną umowę o zamówienie publiczne. Obligatoryjnymi elementami zamówienia publicznego było odszkodowanie umowne oraz uprawnienie do domagania się przez zamawiającego odszkodowania uzupełniającego, a także klauzule wykonania zastępczego. Umowy musiały precyzować przesłanki akceptacji bądź odrzucenia świadczenia niepieniężnego. Wymagano zabezpieczenia należytego wykonania warunków zamówienia.

Upadek rozwiązań przedwojennych nastąpił pod wpływem regulacji wprowadzonych w latach 1946-1947. Nastąpiło odejście od rynkowego nabywania świadczeń na potrzeby publiczne, preferowano podmioty uspołecznione, choć likwidacja sektora prywatnego trwała do końca lat 40 XX w. Umowy i procedury przedwojenne zastąpione zostały kontraktowaniem na zasadach umów planowych¹⁶⁸. Jednostki gospodarki uspołecznionej realizowały zadania planowe, pozostając w rozlicznych relacjach umownych z innymi j.g.u., uzyskanie przez nie świadczeń *in natura* warunkowało realizację kolejnych zadań przypisywanych tym jednostkom w gospodarce planowanej¹⁶⁹. Systemowa nieprzychylność wobec rynkowego nabywania świadczeń na potrzeby publiczne utrzymywała się przez cały okres socjalizmu. Dość liczne przeobrażenia unormowań co do odpłatnego nabywania świadczeń niepieniężnych w sektorze uspołecznionym nie skutkowały wskrzeszeniem zamówień publicznych aż do okresu przemian gospodarczych¹⁷⁰. Doniosłe zmiany w tym zakresie nastąpiły dopiero

¹⁶⁸ Co do zamówień publicznych w ustroju socjalistycznym zob. D. Szczepański, *Zamówienia publiczne...*, op. cit. s. 44-49; R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 127-130; R. Antonów, [w:] *Zamówienia publiczne*, op. cit., s. 32-34.

¹⁶⁹ Zob. W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań i skutki ich niewykonania*, Katowice 1966, s. 12; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Cywilnego. Tom III. Cz. 1*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1981, s. 717; W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1983, s. 42.

¹⁷⁰ Regulacją, która formalnie uchylała przepisy ustawy z 15.02.1933 r., była ustawa z 18.11.1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. Nr 63, poz. 494). Zgodnie z jej przepisami, zamówienia powinny być w zasadzie planowane oraz udzielane bezprzetargowo przedsiębiorstwom szeroko rozumianego sektora publicznego oraz spółdzielczego. Obwarowania te ukierunkowały zamówienia publiczne w stronę sektora uspołecznionego. Inne podmioty mogły uzyskać zamówienie w drodze wyjątku, jeżeli dane dostawy lub roboty nie mieściły się w działalności przedsiębiorstw państwowych, albo gdy nie mogły one podjąć się ich wykonania w ilości i terminach oczekiwanych przez zamawiającego. Wskazanej ustawy nie stosowano do umów planowych. Te z kolei wprowadzono ustawą z 19.04.1950 r. o umowach planowanych w gospodarce socjalistycznej (Dz. U. Nr 21, poz. 180). Jak wiadomo, ustawa przewidywała zawieranie umów generalnych, szczegółowych oraz bezpośrednich. Umowy generalne musiały zostać zawarte terminie 30 dni od podjęcia uchwały Rady Ministrów w przedmiocie narodowego planu gospodarczego na dany rok, a umowy szczegółowe i bezpośrednie w terminie kolejnych 60 dni. Zgodnie z tą ustawą, ustawy o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa nie stosowało się do umów planowych, natomiast stosowało się je do umów jednorazowych, sezonowych i specjalnych, chyba że wydane zostało odpowiednie zarządzenie oparte na delegacji ustawowej. W 1958 r. weszła w życie ustawa z 28.12.1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz. U. z 1958 r., Nr 3, poz. 7), która derogowała przytoczoną wyżej ustawę z 18.11.1948 r. Administracyjne formy reglamentacji świadczeń na cele publiczne, w postaci skorelowanych z planami gospodarczymi rozdzielników i uzgodnień dostaw (robót) oraz rozmaitych urzędowych cenników, utrzymały się aż do końca lat osiemdziesiątych (K. Sobczak, *Zamówienia rządowe (kwestie administracyjno-prawne)*, „PUG” 1984, nr 2, s. 38 i nast.; R. Szostak, *Zarys rozwoju...*, op. cit., s. 129).

po roku 1990 i były związane z transformacją ustrojową.

Zasada realnego wykonania umowy uzyskała w kodeksie cywilnym doniosłe znaczenie. Systematyka regulacji świadczyć miała nie tylko o awansie tej problematyki¹⁷¹, jak również o różnicy natury koncepcyjnej¹⁷², uwypuklającej wykonanie jako pierwszorzędny sposób wygaśnięcia zobowiązania¹⁷³. Źródła wymogu realnego wykonania upatrywano w istocie zobowiązania¹⁷⁴. Wskazana zasada stanowić miała element charakterystyczny socjalistycznego prawa obligacyjnego¹⁷⁵, wyrażając funkcję stosunku obligacyjnego w gospodarce socjalistycznej jako narzędzia realizowania celów społeczno-gospodarczych co najmniej niesprzecznych z centralnymi planami gospodarczymi¹⁷⁶. Jej zakres nie ograniczał się do wymiany uspołecznionej. Wskazywano na jej uniwersalny charakter również w obrocie powszechnym¹⁷⁷. Brak podstaw do oczekiwania realnego wykonania umowy niweczyłby sens wchodzenia w stosunki zobowiązaniowe. Umowom towarzyszy bowiem element co najmniej programowania i oczekiwania na spełnienie świadczenia w przyszłości celem realizacji mniejszych lub większych zamierzeń indywidualnych¹⁷⁸. Źródeł zasady realnego wykonania upatrywano zasadniczo w art. 354 KC¹⁷⁹, doniosłą rolę odgrywał również art. 353 KC. Wzmacniał ją obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem w wykonaniu zobowiązania (art. 354 § 2 KC), niekiedy unoszony do rangi samodzielnej zasady¹⁸⁰, szczególnej między j.g.u. (art. 386 KC)¹⁸¹.

Według zasady realnego wykonania zobowiązania, dłużnik powinien wykonać

¹⁷¹ W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań* ..., op. cit., s. 11; W. Siuda, *Treść zasady realnego wykonania zobowiązań w obrocie uspołecznionym*, „RPEiS” 1974, Nr 3, s. 224 i nast.

¹⁷² W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań*..., op. cit., s. 11.

¹⁷³ Zob. Ibidem, s. 11; W. Siuda, *Treść zasady*..., op. cit., s. 223 i nast.; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 718.

¹⁷⁴ Zob. W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań*..., op. cit., s. 11; W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 302.

¹⁷⁵ A. Ochanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1972, s. 164.

¹⁷⁶ W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań*..., op. cit., s. 15. Wypada odnotować przywołanie w piśmiennictwie odrębnej zasady wykonania świadczenia należytego. Ta ostatnia, przez wzgląd na to, że świadczenie *in natura* mogło spełnione zostać w sposób należyty albo nienależyty – miała wyraz szerszy, a przy tym uzupełniający zasadę realnego wykonania. W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań*..., op. cit., s. 16; W. Siuda, *Treść zasady*..., op. cit., s. 224 i nast.

¹⁷⁷ J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 718; W. Siuda, *Treść zasady*..., op. cit., s. 226; W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań*..., op. cit., s. 21. W. Warkało wskazywał ponadto na zasady: współdziałania stron, szczególnej ochrony własności społecznej, dyscypliny umownej, a także zasadę należytego wykonania zobowiązań.

¹⁷⁸ W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań*..., op. cit., s. 13, W. Siuda, *Treść zasady*..., op. cit., s. 226.

¹⁷⁹ W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań*..., op. cit., s. 22; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 718; W. Siuda, *Treść zasady*..., op. cit., s. 223; W. Czachórski, *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 303.

¹⁸⁰ W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań*..., op. cit., s. 16; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 718; W. Siuda, *Treść zasady*..., op. cit., s. 223.

¹⁸¹ W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań*..., op. cit., s. 16; W. Siuda, *Treść zasady*..., op. cit., s. 223; J. Trojanek, *Obowiązek współdziałania jednostek gospodarki uspołecznionej przy zawieraniu i wykonywaniu umów*, Warszawa 1971, s. 43 i nast.

zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje, także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel, jeżeli prawidłowe wykonanie zobowiązania wymaga z jego strony aktywności, w postaci dokonania czynności prawnych lub faktycznych¹⁸². Pierwszoplanowe znaczenie miał obowiązek świadczenia przez dłużnika realnie tego, co strony ustaliły w umowie. O właściwym kryterium szczegółowości w ocenie realności spełnionego świadczenia powinny przesądzać w danym przypadku charakter świadczenia, jego przeznaczenie, potrzeby wierzyciela, jeżeli wyrażone zostały w umowie, a – na płaszczyźnie formalnej – treść umowy. Precyzyjne i wyczerpujące ustalenie w umowie wszystkich szczegółów świadczenia, takich jak ilość, jakość, asortyment, opakowanie, kolor i inne cechy stanowiło jeden z czynników stymulujących rzeczywiste wykonanie. Ułatwiała dłużnikowi spełnienie świadczenia *in natura* w sposób uzgodniony, eliminując m.in. odstępstwa niezawinione. Ocena, które kryteria, w jakiej liczbie winny zostać zastosowane w umowie i pozostają najbardziej celowe z perspektywy realnego wykonania zobowiązania miała być dokonywana *in casu*¹⁸³.

Zasada realnego wykonania zobowiązania przenikała do szeregu konstrukcji oraz formuł prawnych kodeksu cywilnego, które pośrednio potwierdzały jej występowanie. Literatura przedmiotu zaliczała do nich: obowiązek współdziałania (art. 354 §2 KC oraz art. 486 KC), wymóg przyjęcia przez wierzyciela świadczenia częściowego (art. 450 KC)¹⁸⁴, ograniczenie prawa odmowy przyjęcia świadczenia z uwagi na zwłokę „tylko co do części świadczenia” (art. 477 § 2 KC) oraz prawa do odstąpienia od umowy wzajemnej z uwagi na zwłokę „tylko co do części świadczenia” (art. 491 § 2 *in fine* KC), jak również prawa do odstąpienia w razie częściowej niemożliwości świadczenia jednej ze stron (art. 493 § 2 i art. 495 § 2 KC)¹⁸⁵. W stosunkach między jednostkami gospodarki uspołecznionej wyłączono zarzut *exceptio non adimpleti contractus* (art. 489 KC). W myśl tego przepisu, w stosunkach między j.g.u. strona zobowiązana do świadczenia

¹⁸² W. Siuda, *Treść zasady...*, op. cit., s. 223.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ W. Warkalło, *Wykonanie zobowiązań...*, op. cit., s. 24-29, który co do art. 450 KC wskazywał, że wymierzony jest w zasadę *pacta sunt servanda*, ale pozostaje w zgodzie z zasadą realnego wykonania zobowiązania; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański, *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 718; W. Czachórski, *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 306. Jak wiadomo, na gruncie kodeksu zobowiązań wierzyciel mógł odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, jeżeli cały dług był wymagalny (art. 206 § 1 KZ).

¹⁸⁵ W. Warkalło, *Wykonanie zobowiązań...*, op. cit., s. 25.

wzajemnego niepieniężnego powinna spełnić świadczenie wcześniej, chyba że zgodnie z przepisami o rozliczeniach zapłata ma nastąpić gotówką, albo że przepisy szczególne inaczej regulują kolejność świadczeń. Odmienna kolejność świadczeń mogła być ustalona również przez umowę, z wyjątkiem sytuacji, w których wyłączał to przepis szczególny. Jednak w razie istotnego uchybienia zobowiązaniu przez drugą stronę, strona zobowiązana do świadczenia niepieniężnego mogła powstrzymać się ze spełnieniem, dopóki druga strona nie zaofiaruje świadczenia wzajemnego lub nie da zabezpieczenia. Podyktowaną tytułową zasadą była regulacja o nabyciu oraz wykonaniu zastępczym (art. 479, art. 480 KC), zniesienie występującego na gruncie kodeksu zobowiązań priorytetu odszkodowania w pieniądzu (art. 363 § 1 KC)¹⁸⁶, jak też odmienna regulacja o karze umownej (art. 481 § 1 oraz art. 483 § 2 KC), która konstrukcyjnie powiązana została wyłącznie ze świadczeniami niepieniężnymi¹⁸⁷. Z kolei wprowadzenie w przepisach o rękojmi (art. 561 § 2 KC) i gwarancji jakości (art. 577 § 1 KC) obowiązku usunięcia wad fizycznych uznawano przykłady zastosowania zasady realnego wykonania na tle konkretnych umów.

Reaktywowanie rynkowych zamówień w latach 1990-1993 nastąpiło z zachowaniem w znacznej mierze wzorców i zasad przedwojennych. Zmiany ustrojowe skutkowały derogacją regulacji o j.g.u.¹⁸⁸, co pociągnęło za sobą eliminację wspomnianej zasady w obszarze sektora uspołecznionego. Wprawdzie część piśmiennictwa poddawała pod wątpliwość doniosłość zasady realnego wykonania zobowiązania w nowej rzeczywistości prawno-gospodarczej¹⁸⁹, choć w aktualnej literaturze docenia się jej wagę z nieco odmiennych względów. Zapatrywania krytyczne w okresie przemian niewątpliwie znajdowały pewne uzasadnienie, lecz w społecznej gospodarce rynkowej (art. 20 Konstytucji RP¹⁹⁰) kwestia wykonywania zamówień publicznych *in natura* zachowuje pierwszorzędne znaczenie. Zasada realnego wykonania zobowiązania

¹⁸⁶ Według art. 159 KZ odszkodowanie należało się w pieniądzu, jednak na żądanie poszkodowanego sąd mógł, stosownie do okoliczności, nakazać naprawienie szkody poprzez przywrócenie do stanu poprzedniego – por. R. Longchamps de Berier, *Polskie Prawo...*, op. cit., s. 289, według stanowiska tego autora, wymóg orzekania na żądanie dłużnika podyktowany był względami ochronnymi, dotyczącymi dłużnika (przywrócenie wbrew jego woli mogłoby powodować uciążliwość).

¹⁸⁷ W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań...*, op. cit., s. 26. Na gruncie art. 83 § 1 KZ dłużnik również nie mógł zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę umówionego odszkodowania.

¹⁸⁸ Uchylenie nastąpiło na mocy ustawy z 28.07.1990 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny (Dz. U. 1990, Nr 55, poz. 321).

¹⁸⁹ Zob. D. Opalska, *Lojalność i staranność jako kryteria określające sposób wykonywania zobowiązań*, „MoP” 2013, Nr 5, s. 234; M. Bujalski, F. Zoll A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 6*, 2023, s. 1216.

¹⁹⁰ Co do wymiaru unormowania w zakresie wolności umów zob. K. Zaradkiewicz, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, art. 20, pkt C. oraz powołana tam literatura, Legalis.

wskazywana była jako instrument zapewnienia *effect utile* prawa UE w umowach konsumenckich¹⁹¹. Chroni interes strony tam, gdzie świadczenie odszkodowawcze nie jest wystarczające. Z kolei na gruncie zamówień publicznych służy ochronie praw wykonawców oraz interesu publicznego już w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (stosunek przetargowy). W orzecznictwie KIO trafnie wyrażono stanowisko, zgodnie z którym genezy celu postępowania odwoławczego upatrywać można w zasadzie realnego wykonania zobowiązania, a zadaniem środków korygujących ustawy Pzp jest zabezpieczenie interesów wykonawców-wierzycieli poprzez doprowadzenie do realnego wypełnienia zobowiązania proceduralnego przez zamawiającego-dłużnika¹⁹². Element ten ma znaczenie praktyczne, albowiem Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała 4.836 odwołań w 2024 r., z czego w 1.716 z nich nastąpiło uwzględnienie zarzutów odwoławczych¹⁹³. Dochodziło zatem do korekty czynności w stosunku przetargowym poprzez realne wykonanie obowiązków zgodnie z jego treścią. Niezależnie od tego, że prawo zobowiązań pozostaje poza regulacją dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, tytułowa zasada pełni na etapie realizacji zamówienia szczególną rolę dla prawidłowego funkcjonowania sektora zamówień publicznych. Stanowi warunek *sine qua non* eksponowanej zasady efektywności zamówień, co opisane zostaje w rozdziale II.4 opracowania. Realne wykonanie zamówienia w sposób oczywisty chroni interes zamawiającego, lecz także pozytywnie wpływa na konkurentów dłużnika-wykonawcy, który musi spełnić to, co obiecał za tyle, ile obiecał w zmieniających się warunkach oraz przy niejednokrotnie silnej konkurencji. Wyraz analizowanej zasady znaleźć można nie tylko w prawie polskim, ale w orzecznictwie TSUE, w szczególności w tych, które akcentują wybór wiarygodnego wykonawcy, podkreślają obowiązek wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, jak również limitują istotne zmiany umowy, co przedstawione zostanie w kolejnych rozdziałach pracy. Wprawdzie odnosi się ono do zamówień transgranicznych, lecz rzutuje na zasady krajowe.

¹⁹¹ Zob. E. Łętowska, K. Osajda, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 5, Warszawa 2020*, s. 62.

¹⁹² Wyrok KIO z 23.05.2011 r., KIO 973/11 www.szukio.pl.

¹⁹³ Sprawozdanie Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2024 r., s. 84, www.uzp.gov.pl

3. Wymóg realnego wykonania kontraktu w prawie konwencyjnym i modelowym

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)¹⁹⁴ nie zawiera kompleksowej regulacji dotyczącej wykonania umowy. W myśl art. 12 tego rozporządzenia, prawo właściwe dla umowy znajduje zastosowanie do wykonywania zobowiązań z niej wynikających oraz do sposobu wygaśnięcia zobowiązań kontraktowych, jak również skutków całkowitego lub częściowego niewykonania zobowiązań w granicach uprawnień przyznanych sądom przez przepisy prawa procesowego. Natomiast w zakresie sposobu wykonania umowy oraz środków przysługujących wierzycielowi w razie nienależytego wykonania, rozporządzenie nakazuje „brać pod uwagę” prawo państwa, w którym następuje realizacja umowy¹⁹⁵. Na tle powyższego przepisu zauważyć można wyszczególnienie skutków umowy, oczywiście czyniąc obowiązek wykonania jednym z nich. Przedstawiciele doktryny systemów prawa kontynentalnego wyrazili na tym tle zapatrywanie, według którego obowiązek wykonania wyraża istotę zobowiązania, stanowiąc rację jego bytu¹⁹⁶, choć samo rozporządzenie w tej kwestii, jak wiadomo, odsyła do prawa właściwego¹⁹⁷. Spostrzeżenie to z pewnością jednak jest prawidłowe w odniesieniu do prawa polskiego. Wykonanie zobowiązania na gruncie rozporządzenia ujmowane było szeroko, obejmując dwa elementy. Po pierwsze, to pewien program realizacji, określający powinności dłużne wynikające z umowy, a po drugie – oznacza poszczególne, realne czynności wykonawcze (akty wykonania), z wyłączeniem jednak sposobu realizacji (art. 12 rozporządzenia). Muszą one wypełniać cel danego zobowiązania, który zasadniczo polega na zaspokojeniu

¹⁹⁴ Dz.Urz.UE.L 2008 Nr 177, s. 6.

¹⁹⁵ Co do wykładni art. 12 rozporządzenia Rzym I zob. M. Zachariasiewicz, [w:] Ł. Żarnowiec, M. A. Zachariasiewicz, M. Kropka, M. Jagielska, M. Zachariasiewicz, *Komentarz do rozporządzenia nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)*, art. 12 oraz wskazane tam piśmiennictwo, Lex; M. Wojewoda, [w:] M. Pazdan (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 12 oraz powołana tam literatura; idem, [w:] M. Pazdan (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. System Prawa Prywatnego. Tom 20B*, Warszawa 2015, s. 570 i nast.; J. Krysa, *Prawo właściwe dla umów realizowanych w trybie zamówień publicznych*, Warszawa 2019, rozdział II. §3, Legalis.

¹⁹⁶ W. Popiołek, *Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania: zagadnienia kolizyjnoprawne*, Katowice 1989, s. 101; M. Wojewoda, [w:] M. Pazdan (red.), *Prawo prywatne ...*, op. cit., s. 570 oraz cyt. tam piśmiennictwo; tenże [w:] M. Pazdan (red.), *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Komentarz*, [w:] *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 12, pkt III.A.1, Legalis; podobnie M. Czepelak, 3. *Statut kontraktowy*, [w:] *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, Lex.

¹⁹⁷ Wykonanie zobowiązania umownego do zapłaty podlega prawu właściwemu dla umowy stanowiącej podstawę prawną tego zobowiązania - wyrok TS z 22.04.2021 r., C-73/20, pkt 36, ECLI:EU:C:2021:315.

usprawiedliwionych oczekiwań wierzyciela. Termin „sposób wykonania” interpretowany jest szeroko, obejmując m.in. kwestię dni wolnych o pracę, godzin urzędowania, technicznych wymagań prawidłowego zbadania towaru w miejscu dostarczenia¹⁹⁸, nie pokrywa się z zatem rozumieniem tego pojęcia na gruncie art. 354 KC. Szczegółowa analiza przekracza jednak ramy opracowania. Centralne miejsce wykonania rzutuje na statut kontraktowy szeregu innych zagadnień z nim powiązanych, takich jak prawidłowość wykonania, wymagana staranność, skutki niewykonania, w tym egzekwowanie spełnienia świadczenia w naturze, sposoby wygaśnięcia zobowiązania, w szczególności wskutek wykonania, ale także w następstwie innych zdarzeń prawnych, na przykład, niemożliwości świadczenia¹⁹⁹. Z perspektywy tematu pracy ważna jest rola, którą rozporządzenie nadaje świadczeniu „wiodącemu” w zobowiązaniu. Wysuwa je na przód, determinując perspektywę normatywną, a co za tym idzie również orzeczniczą oraz doktrynalną. Łatwo dostrzec, że w myśl przepisów rozporządzenia świadczeniem wiodącym jest świadczenie niepieniężne, wyróżniające dany typ umowy (sprzedaż, usługa) lub świadczenie charakterystyczne, również w przypadku umów o wzajemnym charakterze (zob. pkt 19 preambuły, art. 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia).

Zamówienia publiczne obejmujące elementy obce, dla których strony nie wybrały prawa, w przeważających przypadkach podlegać będą prawu państwa właściwego według siedziby zamawiającego²⁰⁰. Polski status wskazuje na prawo polskie, co potwierdza art. 8 Pzp, choć na tle wspólnych zamówień dopuszczalne jest poddanie pewnych aspektów realizacji zamówienia publicznego regulacjom prawnym innego państwa członkowskiego UE (motyw 73, art. 39 ust. 4 dyrektywy 2014/24 oraz art. 42 Pzp). Wykonanie zamówienia zgodnie z jego treścią w myśl art. 354 i art. 355 KC, w pewnych aspektach, oznacza ocenę realizacji powinności dłużnych z uwzględnieniem prawa obcego (np. przestrzeganie zagranicznych regulacji portowych, drogowych). Według prawa polskiego, zamawiający udzielający zamówień za granicą (placówki dyplomatyczne), może uwzględnić w warunkach zamówienia uwarunkowania lokalne, jeżeli nie kolidują z *ius cogens*.

Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży

¹⁹⁸ M. Wojewoda, [w:] M. Pazdan (red.), *Rozporządzenie Parlamentu ...*, op. cit., art. 12, pkt VIII.B.1 i nast, Legalis.

¹⁹⁹ Zob. *Oficjalne sprawozdanie do Konwencji rzymskiej*, M. Giuliano, P. Lagarde, Report, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01), s. 32, M. Wojewoda, [w:] M. Pazdan (red.), *Rozporządzenie Parlamentu ...*, op. cit., art. 12, pkt III.B. 1 i nast, Legalis; A.J. Bělohlávek, *Rozporządzenie Rzym I. Konwencja rzymska. Tom 2. Komentarz*, 2010, art. 12, pkt 12.II.6., Legalis.

²⁰⁰ Tak: J. Krysa, *Prawo właściwe ...*, op. cit., rozdział III. §4.III, Legalis.

towarów, sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r.²⁰¹ zawiera w analizowanej kwestii rozwiązane kompromisowe między modelami systemów prawa cywilnego a *common law*²⁰², choć zasada *pacta sunt servanda* pojawia się na jej tle od początku. Już w toku prac konwencyjnych pojawiło się zapatrywanie, według którego uprawnienie do realnego świadczenia wynika z mocy samej umowy²⁰³. Systematyka konwencji umieszcza żądanie wykonania *in natura* jako pierwszy instrument w rozdziale o środkach ochrony prawnej, a przepis art. 28 odsyła do prawa krajowego w kwestii dopuszczalności zasądzenia świadczenia *in natura*, ale dotyczy tylko roszczenia ogólnego, z wyłączeniem roszczeń o doprowadzenie świadczenia do zgodności z umową – te bowiem podlegają uregulowaniom konwencji²⁰⁴. Ostatnio, stanowisko Komitetu Doradczego Konwencji Wiedeńskiej (CISG Advisory Council) uznało powszechny zasięg zasady *pacta sunt servanda*, względnie „świętości umowy” („*sanctity of contract*”) za punkt wyjścia rozważań o wykonaniu umowy w zmieniających się okolicznościach²⁰⁵. Wskazuje się, że zasada ta odzwierciedlona została w szczególności w art. 28, art. 46 oraz art. 62 konwencji. W myśl przywołanej opinii, na gruncie konwencji dłużnik zobowiązany jest dotrzymać umowy, nawet jeśli spełnienie świadczenia stało się dla niego bardziej uciążliwe, chyba że zaistniał przypadek kwalifikowany, wywołany nieprzewidzianymi trudnościami, rzutującymi na sens ekonomiczny transakcji (*hardship*)²⁰⁶. Z perspektywy sądu polskiego sytuacja wygląda zatem interesująco. Roszczenie o wykonanie *in toto* może zostać zasądzone stosownie do przepisów prawa polskiego, natomiast roszczenia o

²⁰¹ Dz.U. 1997 Nr 45, poz. 286 ze sprostowaniami; konwencja nie znajdzie zastosowania do umów zawartych w reżimie ustawy Pzp – tak: J. Krysa, *Prawo właściwe ...*, op. cit., rozdział III. §2.III, Legalis.

²⁰² O. Lando, *Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with the UCC*, „Pace International Law Review” 2001, T. 13, Nr 2, s. 350 i nast.; I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 78 oraz powołana tam literatura; M. Müller-Chen, W. Plesiński, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 28 pkt 1 oraz cyt. tam źródła, Legalis; na kwestię uwzględniania systemów *common law* wskazuje również G. Gorczyński, W. Popiołek, [w:] W. Popiołek (red.), *Międzynarodowe prawo handlowe. System Prawa Handlowego. Tom 9*, Warszawa 2013, s. 644.

²⁰³ A. H. Kastely, *The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention on International Interpretation of the Vienna Convention*, „Washington Law Review”, 607 (1988), s. 614.

²⁰⁴ Osiągnięcie konsensusu w tej mierze ułatwiło stanowisko przedstawicieli systemów *common law*, według którego roszczenia te nie kwalifikowały się jako roszczeniami o świadczenie w naturze (specific performance) – zob. CISG Advisory Council Opinion No 21 – CISG-AC, pkt I.

²⁰⁵ CISG-AC Opinion No. 20, *Hardship under the CISG*, Rapporteur: Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, Mexico. Adopted by the CISG Advisory Council following its 27th meeting, in Puerto Vallarta, Mexico on 2 – 5 February 2020, <https://ciscgac.com/opinions/ciscgac-opinion-no-20>, s. 4 oraz powołane tam piśmiennictwo i judykatura; CISG-AC Opinion No. 21, *Delivery of Substitute Goods and Repair under the CISG*, Rapporteurs: Professor (em.) Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., University of Basel, Switzerland, and Dr. Ilka H. Beimel, Germany. Adopted unanimously by the CISG Advisory Council following its 27th meeting in Puerto Vallarta, Mexico, on 3 and 4 February 2020, s. 7 i nast., <https://ciscgac.com/opinions/ciscgac-opinion-no-21>.

²⁰⁶ Sformułowanie „hardship” przetłumaczone zostało jako nieprzewidziane trudności w ślad za wypowiedziami na tle konwencji wiedeńskiej zawartymi w I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r. Komentarz*, [w:] *Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG). Komentarz*, 2021, Legalis.

„naprawę” świadczenia, a także przypadki nieprzewidzianych trudności oceniane są na podstawie przepisów konwencji. Łączą one z obowiązkiem realnego wykonania jeszcze kilka innych kwestii: istnienie ogólnego żądania spełnienia świadczenia *in natura*, a także jego pierwszoplanowe znaczenie²⁰⁷, obowiązek współpracy stron²⁰⁸, możliwość „przymuszenia” kupującego do odbioru towaru, a także wzmocnienie roszczenia przez ograniczenie prawa do swobodnego odstąpienia od umowy.

Dłużnik obowiązany jest dostarczyć towary i przenieść prawo ich własności, jak również przekazać wszelkie istotne dokumenty z nimi związane²⁰⁹. Jeśli umowa nie stanowi inaczej, to prawidłowe wykonanie następuje wyłącznie, gdy dostarczony towar spełnia ustalone w niej warunki dotyczące ilości, jakości, rodzaju oraz opakowania lub umieszczenia, a także, gdy pozostaje wolny od praw i roszczeń osób trzecich (art. 35 (1), art. 41 konwencji)²¹⁰. Dopiero w razie braku ustaleń stron co do określenia parametrów świadczenia prawidłowego w grę wchodzi uregulowania konwencji wiedeńskiej. Akcentują one aspekt użytkowy (funkcjonalny) towaru, a nie jego wartość *stricto* pieniężną. W ich myśl, zgodność z kontraktem wystąpi tylko wówczas, gdy rzecz nadaje się do użytku w celach, w jakich zwykle służą towary tego samego rodzaju. Jeśli kupującemu chodziło o cele specjalne, to wymaga się, żeby podane zostały zbywcy przynajmniej w sposób dorozumiany w chwili zawarcia umowy, z wyłączeniem sytuacji, gdy w świetle towarzyszących okoliczności kupujący nie polegał lub byłoby z jego strony nierozsądne polegać na kompetencji i ocenie sprzedającego. Chodzi tutaj o przypadki asymetrii informacyjnej na korzyść wierzyciela. Kolejna postać zgodności z umową to

²⁰⁷ M. Müller-Chen, K. Zawislak, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 46 pkt 1 oraz powołana tam literatura, Legalis, którzy opowiadając się za zasadą pierwszeństwa uprawnienia do żądania świadczenia przywołują również zapatrywania przeciwne; UNCITRAL *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts of International Sale of Goods*, 2016 edition, s. 221, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg_digest_2016.pdf; L. Ogiegło, [w:] *Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz*, M. Pazdan (red.), Kraków 2001, s. 468; W. J. Kocot, *Cywilne prawo – umowa sprzedaży - Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu w 1980 r. - uprawnienia kupującego z tytułu naruszenia umowy. Glosa do wyroku SN z dnia 11 maja 2007 r., V CSK 456/06*; OSP 2008, nr 12, s. 126; M. Pilich, *Prawo kupującego do wstrzymania się z zapłatą ceny w razie dostarczenia towarów niezgodnych z umową na tle art. 46 ust. 2 i 3 Konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów*, „PPrPM” 2009, Nr 4, s. 90, Lex; M. Drózdź, *Podstawowe środki systemu ochrony prawnej w razie naruszenia zobowiązania na gruncie konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej umowie sprzedaży*, „PS” 2014, nr 5, s. 98-114; wyrok SN z 11.05.2007 r., V CSK 456/06, OSNC 2008, nr 6, poz. 65.

²⁰⁸ M. Pazdan, [w:] M. Pazdan (red.), *Konwencja wiedeńska...*, op. cit., s. 134; Ł. Żarnowiec, *Glosa do wyroku SN z dnia 27 stycznia 2006 r.*, III CSK 103/05, „PS” 2008, nr 11-12, s. 205-216; wyrok SN z 11.05.2007 r., V CSK 456/06, OSNC 2008, nr 6, poz. 65; wyrok SN z 02.06.2017 r., II CSK 603/16, Legalis.

²⁰⁹ G. Gorczyński, W. Popiołek, [w:] W. Popiołek (red.), *Międzynarodowe prawo...*, op. cit., s. 614, Legalis; A. H. Kastely, *The Right to Require...*, op. cit., s. 613; UNCITRAL *Digest...*, op. cit., s. 221.

²¹⁰ UNCITRAL *Digest...*, op. cit., s. 140 i nast. Więcej na temat zgodności towaru z umową zob. I. Schwenzer, K. Zawislak, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 35 oraz powołane tam piśmiennictwo.

posiadanie przez towar właściwości, który sprzedający zademonstrował kupującemu jako próbki lub wzory. W ten sposób wierzyciel uzyskuje wiedzę co do użytecznych parametrów przedmiotu umowy na podstawie realnie zademonstrowanej jakości. Ostatni przejaw zgodności to umieszczenie lub opakowanie towaru w sposób zwyczajowo przyjęty dla przedmiotów tego rodzaju lub – gdy to nie zachodzi – w sposób pozwalający na odpowiednie utrzymanie i zabezpieczenie (art. 35(2) konwencji). Występuje również niezgodność towaru z kontraktem, za którą sprzedawca nie odpowiada. Dotyczy ona sytuacji, w których kupujący w chwili zawarcia umowy, co najmniej, nie mógł nie mieć świadomości, że towary jednak nie nadają się do zwykłego użytku towarów takiego rodzaju lub jeśli, co najmniej, nie mógł nie wiedzieć, że nie zostały opakowane lub umieszczone w nieprawidłowy sposób.

Na tle analizy postanowień konwencji widać trzy przejawy roszczenia wykonania umowy zgodnie z jej treścią: wykonanie *in toto*, wymianę towaru oraz jego naprawę. Każda z tych form zakłada istnienie umowy oraz brak świadczenia z nią zgodnego²¹¹. To ostatnie należy rozumieć szeroko, skupia w sobie niewykonanie zobowiązania oraz różne postaci wykonania nieprawidłowego²¹², w szczególności, gdy towar nie odpowiada wymaganiom jakościowym, ilościowym lub asortymentowym. Po pierwsze, według art. 46 (1) konwencji, kupującemu służy żądanie realnego spełnienia świadczenia, chyba że skorzystał ze środka ochrony prawnej nie do pogodzenia z tym żądaniem. Chodzi tutaj o domaganie się obniżenia ceny oraz o odstąpienie od umowy²¹³. Kupujący nie może żądać realnego wykonania w zakresie, w którym brak świadczenia wynika z jego zachowania (art. 80 konwencji). Po drugie, oprócz wskazanego wyżej roszczenia o wykonanie *in toto*, kupującemu przysługuje uprawnienie do żądania wymiany (dostawa towarów zastępczych), ale wyłącznie w sytuacji, gdy niezgodność z umową ma charakter kwalifikowany – stanowi istotne naruszenie (art. 46 (2) konwencji). Występują trzy zasadnicze ograniczenia tego uprawnienia. Przede wszystkim nie są nim objęte braki ilościowe, kupujący może w tym względzie realizować roszczenie ogólne, o którym mowa w art. 46(1) konwencji²¹⁴. Kolejny wyjątek stanowi niewłaściwe opakowanie towaru, chyba że prowadzi do istotnych braków jakościowych. Dalej, żądanie wymiany

²¹¹ J. Napierała, *Odpowiedzialność odszkodowawcza sprzedawcy w świetle postanowień Konwencji Wiedeńskiej*, „RPEiS” 1993, nr 4, s. 77; UNCITRAL *Digest...*, op. cit., s. 221.

²¹² Tak wyrok SN z 11.05.2007 r., V CSK 456/06, OSNC 2008, nr 6, poz. 65; wyrok SN z 02.06.2017 r., II CSK 603/16, Legalis; wyrok SN z 02.06.2017 r., II CSK 603/16, Legalis.

²¹³ M. Müller-Chen, K. Zawiślak, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 46 pkt II.2.(a) oraz cytowana tam literatura, Legalis; UNCITRAL *Digest...*, op. cit., s. 221.

²¹⁴ Zob. CISG Advisory Council Opinion No 21 – CISG-AC, pkt 3.10 i nast., pkt 3.10 i nast.

zostało co do zasady wykluczone, jeśli niemożliwy jest zwrot towarów przez kupującego w stanie, w którym je otrzymał (art. 82 (1) konwencji). Ostatnie istotne wyłączenie dotyczy nieproporcjonalności żądania w danych okolicznościach. Jak łatwo zauważyć, nie jest to element wynikający z literalnego brzmienia art. 46(2) konwencji i stanowi dorobek doktryny oraz praktyki. Nieproporcjonalność oceniana jest z perspektywy obiektywnej, z uwzględnieniem interesu stron w wymianie towaru, charakteru rzeczy oraz ich zastępowalności, a także realnych możliwości dłużnika w tym zakresie²¹⁵. Poniżej progu „istotnego naruszenia umowy”, a więc w sytuacjach tzw. niezgodności zwykłej, kupującemu przysługuje inna postać roszczenia „korekcyjnego”. Może domagać się bowiem naprawy, a i to pod warunkiem, że żądanie nie byłoby, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, „nierozsądne” (art. 46(3) konwencji). Kwestię racjonalności ocenia się *in casu* z uwzględnieniem czynników, których katalog nie jest ograniczony. Jeśli kupujący byłby podmiotem w lepszej pozycji do zorganizowania naprawy, w tym za pomocą osób trzecich, wówczas naprawa przez dłużnika może być uznana za nieracjonalną. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w których sprzedawca nie jest producentem rzeczy, jeśli naprawa jest dlań zbyt złożona technicznie, gdy dłużnik nie świadczy usług w zakresie napraw, ani nie ma dostępu do wykonywania ich przez osoby trzecie. Kolejny czynnik stanowić może zaoferowanie przez dłużnika zaliczki na poczet pokrycia kosztów naprawy przez kupującego. Ostatni element podlegający ocenie to dysproporcja kosztów naprawy w stosunku do strat lub korzyści po stronie wierzyciela, w szczególności, jeśli koszt naprawy przewyższa koszt zakupu zastępczego po stronie wierzyciela²¹⁶. Roszczenia o wymianę lub naprawę nie podlegają ograniczeniom wpływającym z art. 28 konwencji oraz uwarunkowane zostały aktem staranności polegającym na zgłoszeniu przez kupującego zawiadomienia o braku zgodności zgodnie z art. 39 konwencji. Według przywołanego przepisu, kupujący traci prawo do powoływania się na brak zgodności towarów, jeżeli nie zawiadomi sprzedającego o niezgodności w rozsądnym terminie od chwili, w której zostały przez niego wykryte lub powinny być zostać wykryte. Konkretyzacja żądania kupującego musi nastąpić wraz ze wspomnianym zawiadomieniem lub – jeśli dłużnik nie łączy tych czynności – w rozsądnym czasie po jego dokonaniu. Ani sprzedający, ani kupujący nie mogą podjąć skutecznych kroków prawnych przed zakreślonymi przez wierzyciela, dodatkowymi terminami spełnienia świadczenia, chyba że otrzymają od kontrahenta zawiadomienie,

²¹⁵ Zob. Ibidem pkt 3.27 i nast.

²¹⁶ Zob. Ibidem pkt 3.30 i nast.

w świetle którego nie wykona on swoich zobowiązań w tym terminie (art. 47 (2) oraz art. 63(2) konwencji). Liczy się więc zaufanie co do woli zrealizowania umowy przez dłużnika.

Formuła realnego wykonania umowy przenika również z prawa do „naprawy” świadczenia sprzedawcy na mocy art. 48 konwencji. Zgodnie z tym przepisem, bez uszczerbku dla uprawnienia kupującego do odstąpienia od umowy, sprzedający może nawet po upływie terminu dostawy naprawić na swój koszt wszelkie nieprawidłowości realizacyjne, o ile nie pociąga to za sobą nieuzasadnionego opóźnienia i nie stwarza dla kupującego nierozsądnych niedogodności lub niepewności co do zwrotu przez sprzedającego kosztów, które powstają po stronie kupującego. Ten ostatni zachowuje prawo do odszkodowania zgodnie z przepisami konwencji. Naprawa nieprawidłowości może dotyczyć obowiązków głównych oraz ubocznych, w szczególności niezgodności towaru z umową, obciążenia wadą prawną, przedłożenia nieprawidłowych dokumentów²¹⁷. Jeśli sprzedający oczekuje od kupującego deklaracji, czy przyjmie on korektę wykonania *in natura*, a kupujący nie odpowiada na takie żądanie w rozsądnym terminie, sprzedający może wykonać dany obowiązek w terminie określonym w żądaniu, przy czym w tym okresie kupujący nie może skorzystać ze środka ochrony prawnej, który jest nie do pogodzenia z realnym wykonaniem obowiązku przez sprzedającego. Uznaje się, że zawiadomienie sprzedającego o zamiarze wykonania zobowiązań w określonym terminie zawiera żądanie, aby kupujący powiadomił go o swej decyzji. Wybór, czy nastąpi wymiana czy naprawa przedmiotu obowiązku, zasadniczo należy do sprzedawcy, niezbędna jest zdatność wybranego środka do usunięcia niezgodności z umową²¹⁸.

Wyegzekwowanie wykonania *in toto* dodatkowo może podlegać ograniczeniom wynikającym z prawa krajowego. Według art. 28 Konwencji Wiedeńskiej, sąd może nałożyć na stronę obowiązek konkretnego działania wówczas, jeśli na mocy własnego prawa mógłby orzec w ten sposób co do podobnych umów sprzedaży, które przepisom konwencji nie podlegają. Sądy polskie w sposób oczywisty mogą odwołać się do zasady realnego wykonania umowy. Dotyczy to obowiązków głównych, jak i ubocznych²¹⁹.

²¹⁷ M. Müller- Chen, U. Cekiera, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów ...*, op. cit., art. 48, pkt II.z., Legalis.

²¹⁸ CISG Advisory Council Opinion No 21 – CISG-AC, pkt 3.60.

²¹⁹ M. Müller-Chen, W. Plesiński, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 28 pkt 2 oraz powołana literatura, Leaglis; G. Gorczyński, W. Popiołek, [w:] W. Popiołek (red.), *Międzynarodowe prawo ...*, op. cit., s. 644 wraz z cyt. piśmiennictwem, Legalis.

Kwestia czy przeszkoda leżąca poza kontrolą dłużnika wytycza granice realnego wykonania umowy nie jest jednolicie ujmowana w doktrynie. Problem dotyczy wykładni art. 79 konwencji²²⁰, którego brzmienie łączy się z odpowiedzialnością odszkodowawczą, w tym za działania pomocników w realizacji zobowiązania. W myśl wskazanego przepisu, sprzedawca nie ponosi odpowiedzialności za naruszenie umowy, jeśli wykaze, że nastąpiło to z powodu przeszkody niezależnej od niego, i że nie można było od niego rozsądnie oczekiwać wzięcia tej przeszkody pod uwagę przy zawarciu umowy lub uniknięcia przeszkody, względnie przewyciężenia jej następstw²²¹. Jeśli niewykonanie przez dłużnika nastąpiło wskutek niedopełnienia zobowiązań przez osobę, którą zaangażował do realizacji choćby części kontraktu, to sprzedawca uwalnia się od odpowiedzialności wyłącznie, gdy kumulatywnie: znajdą do niego zastosowanie przesłanki wynikające z art. 79 (1) konwencji, a ponadto zaangażowana osoba trzecia również zostałaby zwolniona od odpowiedzialności, gdyby art. 79(1) miał do niej zastosowanie. W efekcie, w takim przypadku sprzedawca uwolniony zostaje od odpowiedzialności w dwóch krokach. Po pierwsze, wyłącznie w razie udowodnienia, że przeszkoda związana ze zdarzeniami po stronie osoby trzeciej spełniała przesłanki art. 79(1), a po drugie, że sama osoba trzecia, gdyby była dłużnikiem, również zostałaby zwolniona od odpowiedzialności na mocy art. 79 (1) konwencji. Istotnie obostrza to odpowiedzialność za podmioty wykonawcze, do których zalicza się co do zasady podwykonawców oraz inne osoby, jeśli tylko realizują część obowiązków dłużnika. Stali dostawcy nie są zaliczani do tego grona, albowiem stwarzają dłużnikowi jedynie warunki dla działania lub wspierają go w przygotowywaniu świadczenia²²². Pierwotne podejście interpretacyjne do przesłanek art. 79 konwencji było rygorystyczne. Obecnie w piśmiennictwie zdaje się przeważać jednak zapatrywanie, zgodnie z którym przeszkoda w rozumieniu art. 79(1) konwencji ogranicza również roszczenie o wykonanie²²³, zawieszając możliwość skutecznego domagania się go przez czas jej

²²⁰ I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 153 oraz powołana tam literatura; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Klauzula rebus sic stantibus*, Warszawa 2014, pkt II.2, Legalis; CISG-AC Opinion No. 20, *Hardship under ...*, op. cit., s. 1 i nast.

²²¹ Za przeszkody przyjmuje się w szczególności zjawiska naturalne oraz katastrofy (chyba, że były do przewidzenia), a także interwencje władzy państwowej, zob. I. Schwenzer, K. Zawiślak, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 79 pkt III.2 oraz powołane tam piśmiennictwo, Legalis. Co do rozstrzygnięć sądowych na tle art. 79 konwencji wiedeńskiej – zob. UNCITRAL *Digest...*, op. cit., s. 374 i nast.

²²² I. Schwenzer, K. Zawiślak, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 79 pkt IV.1 oraz cyt. literatura, Legalis.

²²³ CISG-AC Opinion No. 7, *Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007, s. 1 i nast.; CISG-AC Opinion No. 20 ..., op. cit., s. 12 i nast. wraz z powołanym piśmiennictwem; I. Schwenzer, P. Hachem, A. Koziół, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit. art. 4, pkt 4.2.dd, Legalis; odmiennie A. H. Kastely, *The Right to Require...*, op.

trwania (art. 79(3) konwencji). Chodzi tutaj również o zmianę okoliczności, której zaistnienie fundamentalnie modyfikuje równowagę umowy, czyniąc świadczenie jednej ze stron znacznie bardziej uciążliwym lub istotnie redukującym wartość świadczenia otrzymywanego w zamian (*hardship*).

Jak wiadomo, ogólne przesłanki zwolnienia na mocy art. 79(1) konwencji są kumulatywne i wymagają: zaistnienia przeszkody poza kontrolą dłużnika (niezależny charakter), nierozsądnosci oczekiwania co do wzięcia przez sprzedawcę tej przeszkody pod uwagę w chwili zawierania umowy, alternatywnie nieracjonalności oczekiwania co do uniknięcia bądź przewyciężenia przeszkody lub jej następstw przez sprzedawcę i wreszcie związek przyczynowy między przeszkodą a naruszeniem obowiązku²²⁴. Nadmierne trudności (*hardship*) są zatem ujmowane jako zmiana okoliczności pozostająca poza kontrolą strony, która powoduje, że wykonanie umowy staje się nadmiernie uciążliwe w przywołanym wyżej rozumieniu, jeżeli nie można racjonalnie oczekiwać, że strona wzięła tę zmianę pod uwagę, względnie, aby uniknęła jej lub przewyciężyła zaistniałe skutki. Liczą się jedynie sytuacje wykraczające poza zwykłe ryzyka kontraktowe, w tym poza umowny rozkład ryzyk²²⁵. Literatura przedmiotu do okoliczności leżących poza kontrolą strony zalicza zazwyczaj zdarzenia obiektywne (zewnętrzne) takie jak przypadki siły wyższej obejmujące powodzie, pożary, katastrofy naturalne, epidemie. W zakresie zjawisk pogodowych bada się, czy rzeczywiście były nie do przewidzenia, co wskazuje na ograniczenie przeszkody do zjawisk anormalnych. Przeszkodę może powodować działalność organów państwowych, tym wprowadzenie nowej regulacji, wybuch konfliktów zbrojnych, lecz również ataki terrorystyczne i inne podobne zdarzenia. Zasadniczo przyjmuje się, że strona powinna ponosić ryzyko zdarzeń, pochodzących od własnego personelu lub organizacji, co dotyczy strajków, trudności finansowych, zajęcia mienia, lecz także aresztowania lub śmierci osób kluczowych dla należytego wykonania umowy²²⁶. Pojęcie nadmiernych trudności rozumie się szeroko, obejmując wszelkie zmiany okoliczności po zawarciu umowy, a także początkowe okoliczności powodujące, że wykonanie umowy jest nadmiernie uciążliwe (jeśli strona

cit., s. 621; J. Klatka, *Odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, „Rejent” 1997, Nr 4, s. 138; I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 153 oraz powołana tam literatura.

²²⁴ M. Jagielska, W. Popiołek (red.), *Międzynarodowe prawo ...*, op. cit., s. 900; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, op. cit., pkt II.2, Legalis; I. Schwenzer, K. Zawiślak, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 79, pkt III, Legalis.

²²⁵ CISG-AC Opinion No. 20 ..., op. cit., s. 6, 15 i nast. wraz z powołanym piśmiennictwem.

²²⁶ Ibidem, s. 15; I. Schwenzer, K. Zawiślak, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 79 pkt III, Legalis.

nie miała ich świadomości).

Druga przesłanka, czyli brak możliwości przewidzenia przeszkody oznacza, że jeśli rozsądna osoba – znalazłszy się w sytuacji, w której znalazł się dłużnik oraz wzięwszy pod uwagę zwyczaje handlowe – mogła uwzględnić dane ryzyko w chwili zawarcia umowy, a mimo to nie poczyniła co do niego zastrzeżenia umownego, to oznacza, że przyjęła na siebie niebezpieczeństwo wykonania umowy w razie zmaterializowania się ryzyka. Z kolei brak możliwości uniknięcia przeszkody lub jej następstw dodatkowo oznacza, że nawet jeśli przeszkoda była nie do przewidzenia, lecz przewyciężenie jej samej lub jej następstw było możliwe, to sprzedawca obowiązany jest spełnić świadczenie. W tym miejscu zazwyczaj pojawia się kwestia nadmiernych kosztów ekonomicznych w razie wykonania umowy. Zasadniczo oczekuje się, że dłużnik przewycięży przeszkodę by zobowiązanie wykonać, nawet jeśli spowoduje to stratę transakcyjną. Niemniej jednak, jej nadmierny poziom, co określane jest *in casu*, uwolni dłużnika od obowiązku świadczenia. Można odnaleźć rozstrzygnięcia, w których wzrost lub spadek wartości świadczenia o 100% nie był uznawany za wystarczający do odpadnięcia roszczenia *in natura*, a w przypadku transakcji o charakterze spekulacyjnym niedostateczne były zmiany rzędu 300% ceny transakcji. Z kolei w stosunkach długoterminowych, próg zastosowania nadmiernej uciążliwości co do zasady jest niższy²²⁷.

Ostatnia przesłanka, czyli wymóg związku przyczynowego oznacza, że opisana przeszkoda musi stanowić wyłączną przeszkodę realizacyjną. W efekcie, pojawienie się przeszkody, która nie wpłynęłaby na zobowiązanie, np. utrata towaru wskutek siły wyższej po popadnięciu sprzedawcy w zwłokę, nie uzasadnia wyłączenia odpowiedzialności dłużnika²²⁸. Zaistnienie przeszkody leżącej poza kontrolą dłużnika nie powoduje obowiązku podjęcia renegotjacji umowy. Nie upoważnia również sądu do zmiany umowy ani do jej zakończenia. Konkludując, zmiana okoliczności skutkująca nadmiernymi trudnościami lub kosztami świadczenia po stronie dłużnika albo zbyt wysoką deprecjacją świadczenia należnego może stanowić przeszkodę w rozumieniu art. 79(1) konwencji, która zarazem wytycza granicę obowiązku realnego wykonania umowy sprzedaży.

²²⁷ CISG Advisory Council Opinion No 20..., op.cit., pkt 7.2.; 7.8; pkt 7.13.

²²⁸ I. Schwenzer, K. Zawiślak, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 79 pkt III.1., Legalis.

Sprzedawca może doprowadzić do realnego wykonania obowiązków niepieniężnych przez kupującego. W myśl art. 62 konwencji, sprzedający może zażądać od kupującego oprócz zapłacenia ceny również odbioru towarów, jak też faktycznego zrealizowania innych obowiązków, chyba że sprzedający skorzystał ze środka ochrony prawnej, którego nie da się z nimi pogodzić. Konkurencyjny środek prawny stanowi oczywiście rozwiązanie umowy, ale także zażądania odszkodowania za całkowite niewykonanie umowy. Granicę żądania wyznaczają postanowienia o nadużyciu prawa (art. 7 (1) konwencji)²²⁹ oraz przybliżony powyżej art. 28 konwencji, czyli prawo właściwego sądu²³⁰.

Formuła realnego wykonania umowy umocniona została poprzez ograniczenia prawa kupującego do odstąpienia od umowy. Liczy się przede wszystkim uprawnienie do odstąpienia w razie odstępstw kwalifikujących się jako istotne naruszenie umowy. Mniejsze znaczenie ma odstąpienie w razie bezskutecznego upływu terminu dodatkowego na dostarczenie towarów, który zgodnie z art. 47 konwencji kupujący określił w związku z bezskutecznym upływem terminu pierwotnego. Kupujący nie musi czekać do upływu terminu dodatkowego, jeśli sprzedawca oświadczył, że go nie dotrzyma. Przepis art. 47(2) konwencji dodatkowo limituje odstąpienie od umowy, lecz wymogi skupiają się na odpowiednim czasie oświadczenia kupującego, a tym samym pozostają poza zakresem niniejszego opracowania. W myśl art. 25 konwencji, istotne naruszenie to odstępstwo powodujące uszczerbek, w sposób zasadniczy pozbawiający kupującego tego, czego zgodnie z umową mógł oczekiwać, chyba że sprzedawca nie przewidywał takiego skutku i osoba rozsądna tego samego rodzaju i w tych samych okolicznościach również nie przewidziałaby wspomnianego efektu. Jakie oczekiwania byłyby uzasadnione zależy w pierwszej kolejności od treści konkretnej umowy oraz zawartej w niej alokacji ryzyka, jak również zwyczajów, praktyki stron, a także postanowień konwencji wiedeńskiej. Interpretacja powołanego pojęcia stanowi przedmiot licznych kontrowersji w literaturze²³¹, przyjąć jednak można, że przywołany uszczerbek wystąpi w razie niemożliwości osiągnięcia celu umowy zakładanego przez

²²⁹ F. Mohs, M. Durbas, [w:] I. Schwenzer, K. Iwiński (red.), *Konwencja Narodów...*, op. cit., art. 62, pkt II, Legalis.

²³⁰ Ibidem, pkt III.2; zob. Komentarz Sekretariatu do art. 58 projektu nowojorskiego z 1978 r., poprzednika art. 62 konwencji wiedeńskiej, *Secretariat-Commentary_Article_62_CISG.pdf*; 2016 UNCITRAL Digest of case law on Art. 62 CISG, s. 287.

²³¹ Co do rozlicznych trudności interpretacyjnych na tle art. 25 Konwencji zob. np. M. Pilich, *Prawo kupującego...*, op. cit., s. 92 oraz cytowane tam piśmiennictwo; J. Bełdowski, *Pojęcie istotnego naruszenia umowy. Praktyczne uwagi prawnoporównawcze i ekonomiczne*, Warszawa 2022, rozdział IV. §3.2.1-3.2.2 oraz przywołana tam literatura, Legalis; wyrok SN z 11.05.2007 r., V CSK 456/06, OSNC 2008, nr 6, poz. 65.

stronę dotkniętą naruszeniem, która z tego względu nie byłaby zainteresowana dalszym wykonaniem. Nade wszystko doniosły jest cel, dla którego towary są nabywane. Ważne czy towary kupiono w celu odsprzedaży i zachowują ku temu zdolność bez uszczerbku dla reputacji kupującego, czy zakup miał na celu wykorzystywanie przedmiotu umowy na własne potrzeby, a w efekcie czy mają one prawidłowe walory użytkowe. Istotne naruszenie nie wystąpi, jeśli niezgodność może być usunięta przez którąkolwiek ze stron bez „nierozsądnych niedogodności” po stronie kupującego lub bez nadmiernej nieterminowości ocenianej z perspektywy wagi umówionego terminu spełnienia świadczenia²³². Kwalifikowane naruszenie obejmować może sytuacje takie, jak brak świadczenia, nieprzeniesienie własności, zignorowanie wezwania do wykonania umowy, odmowę sprzedawcy dostawy, a także uzasadnioną pewność co do utrzymywania się stanu niewykonania zobowiązania²³³. Dostarczenie towaru nienadającego się do użytku w celach, do jakich zwykle służą towary tego samego rodzaju, albo też nienadającego się do szczególnych celów podanych do wiadomości sprzedającego w chwili zawarcia umowy, zasadniczo wyczerpuje przesłanki istotnego naruszenia²³⁴. Nie stanowią go z kolei odchylenia jakościowe pod warunkiem, że nabywca – bez nadmiernych trudności – może korzystać z towarów lub odsprzedać je ze zniżką²³⁵.

Poczynione ustalenia prowadzą do kilku konkluzji. Rozporządzenie Rzym I oraz Konwencja Wiedeńska oparte zostały na zasadzie realnego dotrzymania umowy. Na gruncie ich przepisów dostrzegalny jest pewien kompromis, lecz dotyczy on honorowania zarówno perspektywy materialnoprawnej, jak i proceduralnej świadczenia *in natura*, umożliwiając sądom w systemach *common law* zasądzenie go stosownie do przepisów krajowych. Punkt wyjścia stanowi jednak wymóg dotrzymania kontraktu, co nade wszystko oznacza osiągnięcie celu umowy. Granice świadczenia *in natura* w Rozporządzeniu Rzym I pozostawione zostały prawu właściwemu. Natomiast w myśl przepisów Konwencji Wiedeńskiej granice wytyczane są przepisami sądu orzekającego, lecz w zakresie świadczenia *in toto* lub braków ilościowych. Kwalifikowane przeszkody leżące poza kontrolą sprzedawcy zwalniają z obowiązku świadczenia przez okres ich trwania, przy czym mieszczą się w nich przypadki nieprzewidzianych trudności (*hardship*). Konwencja wiedeńska, pod pewnymi warunkami, dopuszcza „przymuszenie”

²³² Zob. <https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no-5>, pkt 4; <https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no-21>, pkt 3.20 i nast.

²³³ J. Beldowski, *Pojęcie istotnego...*, op. cit., rozdział IV. §4.1, Legalis; M. Pilich, *Prawo kupującego...*, op. cit., s. 93.

²³⁴ Tak: W.J. Kocot, *Cywilne prawo...*, op. cit., s. 126.

²³⁵ UNCITRAL *Digest...*, op. cit., s. 114 i nast.

kupującego do odbioru świadczenia niepieniężnego. Żaden ze wspomnianych aktów nie ogranicza swobody stron co do doboru kontrahenta ani zmian lub nawet uchylania obowiązku dotrzymania umowy. Na tle konwencji wiedeńskiej niewiarygodność sprzedawcy może jednak wykluczać niezgodność towarów z umową, jeśli nie można było traktować poważnie jego zapewnień co do zdatości towaru do celów specjalnych.

Obowiązek dotrzymania umowy *in natura* zajmuje szczególne miejsce w europejskich aktach prawa modelowego²³⁶. Principles of European Contract Law (Zasady Europejskiego Prawa Umów, PECL²³⁷) uznają *pacta sunt servanda* za formułę podstawową²³⁸. Wymóg dotrzymania umowy przenika z kilku unormowań, lecz najwyraźniej wyraża go art. 6:111(1) PECL²³⁹. Zgodnie z tym przepisem, strona obowiązana jest wypełnić zobowiązania nawet jeśli ich spełnienie stało się bardziej uciążliwe, czy to z powodu wzrostu kosztów świadczenia spełnianego, czy też redukcji wartości świadczenia należnego. Przepis ten pośrednio wyraża zatem zasięg powinności dłużnych. Z kolei projekt Wspólnych Ram Odniesienia (Draft Common Frames of Reference -DCFR)²⁴⁰ umieszcza problematykę realnego wykonania umowy w obrębie dwóch z pięciu zasad podstawowych. Jak wiadomo, zasady to fundamentalne wartości, w pewnym sensie „wydestylowane” z reguł modelowych, nie charakteryzujące się nadrzędnością nad tymi ostatnimi, lecz stanowiące źródło takich reguł. W analizowanym przypadku chodzi o zasady bezpieczeństwa oraz efektywności²⁴¹. Zrealizowanie obowiązków kontraktowych zgodnie z treścią umowy stanowi ważny element bezpieczeństwa kontraktowego²⁴². Ta centralna powinność dłużna ogólnie polega na

²³⁶ Europejskie akty prawa modelowego, o których mowa w tym rozdziale pracy przywoływane są w tłumaczeniu własnym z języka angielskiego.

²³⁷ Co do genezy Zasad Europejskiego Prawa Umów zob. O. Lando, *How the Principles of European Contract Law (PECL) Were Prepared*, *European Journal of Law Reform* 2006, T. 8, Nr 4, s. 477-478; J. Bełdowski, *Europejskie prawo umów*, KPP 2004, z. 3, s. 801-805; J. Bełdowski, M. Zachariasiewicz, *Nowy etap harmonizacji prawa umów w UE*, cz. I., „EPS” 2012, nr 6, s. 4-11.

²³⁸ O. Lando, *Salient Features...*, op. cit., s. 344-352; J. Bełdowski, *Europejskie prawo...*, op. cit., s. 806, 810; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, op. cit., pkt III.2, Legalis.

²³⁹ O. Lando, *Salient Features...*, op. cit., s. 344; J. Bełdowski, *Europejskie prawo...*, op. cit., s. 810 oraz cyt. tam literatura; R. M. Uribe, *Change of Circumstances...*, op. cit., s. 246; co do art. 6:111, M.W. Hesselink, *The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission*, *Global Jurist Frontiers: Vol. 1: No. 1, Article 4*, s. 40, który upatruje tej zasady w klauzuli 6:111 PECL; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, op. cit., pkt III.2, Legalis.

²⁴⁰ H. Beale i in., *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Monachium 2009, s. 10; Hesselink M.W., *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law Symposium: The Challenge of Recodification Worldwide*, „Tulane Law Review” 2008, T. 83, Nr 4, s. 925; M. Wilejczyk, *Zasady Draft Common Frame of Reference na tle zasad polskiego prawa prywatnego*, „PiP” 2018, nr 1, s. 51-65.

²⁴¹ Zob. M. Wilejczyk, *Zasady Draft...*, op. cit., s. 51-65. Na gruncie DCFR za fundamentalne wartości uznać można: wolność, bezpieczeństwo, sprawiedliwość oraz efektywność, zob. H. Beale i in., *Principles. Definitions...*, op. cit., s. 13; M. Wilejczyk, *Zasady Draft...*, op. cit., s. 51-65; nieco odmiennie zasady ujmują E. Łętowska, K. Osajda, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 85 i nast.

²⁴² H. Beale i in., *Principles. Definitions...*, op. cit., s. 72; M. Wilejczyk, *Zasady Draft...*, op. cit., s. 51-65.

uczynieniu przez obowiązane go, co zgodnie z zobowiązaniem powinno zostać uczynione lub nieuczynienie tego, co ma nie być czynione (art. III.-102(2) DCFR). W dodatku oba akty prawa modelowego akcentują obowiązek współpracy kontraktowej, przy czym PECL ukierunkowuje go wyraźnie na zapewnienie pełnej realizacji kontraktu²⁴³. Natomiast Projekt Wspólnych Ram Odniesienia wymaga współdziałania, jeśli kooperacji można racjonalnie oczekiwać dla spełnienia przez dłużnika świadczenia (odpowiednio art. 1:202 PECL oraz art. III.-1:104 DCFR)²⁴⁴.

Wymóg realnego wykonania zobowiązania daje o sobie znać w trzech aspektach. Pierwszy obejmuje rozwiązania łączące się ze zmianą okoliczności, rzutującą na trudności lub ekonomiczny wymiar świadczenia dłużnika. Oba akty modelowe punktem wyjścia czynią to, że umowę trzeba wykonać, choćby zwiększyła się uciążliwość świadczenia, czy to wskutek wzrostu kosztów świadczenia własnego, czy zmniejszenia wartości świadczenia otrzymanego (art. 6:111 PECL, art. III.-1:110 DCFR). Dopiero zaistnienie sytuacji niezwyklej wytycza granice właściwego wykonania umowy. Według DCFR, jeśli wykonanie umowy staje się nadmiernie uciążliwe wskutek zmiany okoliczności, strony mają obowiązek podjęcia renegotjacji, ukierunkowanej na zmianę kontraktu, a nawet jego rozwiązanie. Zmiana okoliczności musi nastąpić po zawarciu umowy. Następnie, wskazana zmiana nie mogła, przy rozsądnej ocenie sytuacji, zostać wzięta pod uwagę w chwili zawierania kontraktu. Element ten skupia się na samej zmianie, a nie na jej konsekwencjach, a także rzuca na konieczność badania stanu rzeczy, który istniał na datę zawarcia umowy. Wreszcie, ryzyko zmiany okoliczności nie stanowi ryzyka, które stosownie do danej umowy powinna ponosić strona nim dotknięta (art. 6:111 ust. 2 (a)-(c)). Ważnym elementem realnego wykonania umowy jest zatem ponoszenie przez stronę trudności i ciężarów wynikających z przypisywalnego jej ryzyka kontraktowego, nawet jeśli wiążą się z nim zmiany okoliczności. Rozkład tego ostatniego zależy w szczególności od treści umowy, typu kontraktu, jak również okoliczności zawierania. Dopiero jeśli strony nie dojdą do porozumienia, sąd może zmodyfikować zobowiązanie, rozkładając między strony, stosownie do reguł słuszności i sprawiedliwości, straty oraz korzyści wpływające ze zmiany uwarunkowań

²⁴³ Art. 1: 202 PECL: Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract. Zwrot “to give full effect to the contract” może być również tłumaczony jako zapewnić pełen skutek umowie. Wydaje się jednak, że przywołanym przepisem objęte jest wykonanie umowy.

²⁴⁴ W przypadku braku umownego określenia jakości tego ostatniego, dłużnik obowiązany jest spełnić świadczenie średniej jakości (art. 6:108 PECL). Stosownie do DCFR, w razie niemożności określenia jakości na podstawie ustaleń stron, przepisów prawa, zwyczajów lub praktyk, dłużnik obowiązany jest spełnić świadczenie o jakości, której wierzyciel mógłby rozsądnie oczekiwać w danych okolicznościach (art. II.-9:108).

realizacyjnych. Jeśli to okaże się nieuzasadnione, sąd może rozwiązać umowę na dzień i na warunkach przez siebie ustalonych²⁴⁵. Wymóg realnych renegotjacji obostrzony został dopuszczalnością zasądzenia odszkodowania od strony, która ich nie podjęła lub zerwała je w złej wierze oraz niezgodnie z zasadami uczciwego obrotu. W świetle PECL, negocjacje stron mają na celu zmianę, względnie rozwiązanie umowy, natomiast w przypadku sporu sądowego, kolejność preferowanych rozwiązań prawnych jest odmienna²⁴⁶. DCFR przyjmuje w analizowanej kwestii odmienne rozwiązanie prawne. Zmiana okoliczności oraz jej następstwa muszą mieć formy kwalifikowane. Ingerencja w obowiązek wykonania *in natura* jest uzasadniona wyłącznie w razie zmiany okoliczności, która jest nadzwyczajna. Ponadto zmiana musi sprawiać, że wykonanie umowy staje się na tyle uciążliwe, że utrzymanie dłużnika w niezmienionym zobowiązaniu byłoby niesprawiedliwe w sposób oczywisty. Dłużnik zobowiązany jest w pierwszej kolejności podjąć w dobrej wierze rozsądną próbę wynegocjowania racjonalnego i sprawiedliwego dostosowania warunków zobowiązania do nowych warunków (art. III-1:110). Oznacza to, że inaczej niż w PECL, obowiązek renegotjacji zastąpiony został wymogiem próby renegotjacji i to inicjowanej przez dłużnika. Interwencja sądu jest dopuszczalna przy braku konsensusu. Sąd może zmienić zobowiązanie w celu rozsądnego i godziwego dostosowania go do nowych okoliczności albo rozwiązać umowę na datę i warunki określone przez siebie. Zasięg obowiązku umowy wykonania *in natura* wytycza kilka przesłanek. Po pierwsze, podobnie jak w PECL, zmiana okoliczności musi nastąpić po zaciągnięciu zobowiązania. Drugi element został już ukształtowany inaczej. Mianowicie wymaga się, aby dłużnik, zaciągając zobowiązanie, nie wziął pod uwagę, ani nie mogło być racjonalnie oczekiwane od niego, aby wziął pod uwagę prawdopodobieństwo lub skalę zmiany okoliczności. Jak widać, bada się nie tylko możliwość antycypacji zmiany okoliczności, lecz również jej skali. Trzecią przesłankę stanowi to, że w umowie dłużnik nie przyjął, ani nie można racjonalnie założyć, że przyjął na siebie ryzyko wystąpienia zmiany okoliczności (art. III-1:110(2)(a)-(c)). Tym samym, na gruncie DCFR liczącym się elementem dotrzymania umowy jest ponoszenie przez dłużnika ciężarów, które wynikają ze ziszczenia się ryzyk kontraktowych, które można mu przypisać, a ryzyka te mogą obejmować sytuacje nadzwyczajne. Decydujące znaczenie ma w tym względzie umowny rozkład ryzyk.

²⁴⁵ W każdym z opisanych wyżej orzeczeń, sąd może również zasądzić odszkodowanie od strony odmawiającej negocjacji lub zrywającej negocjacje w sposób sprzeczny z zasadami dobrej wiary i uczciwego obrotu (art. 6:111 PECL).

²⁴⁶ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, op. cit., s. 51.

Natomiast kolejny aspekt wymogu realnego wykonania kontraktu wynika wyraźnie z regulacji o tzw. usprawiedliwionym niewykonaniu umowy. W ujęciu europejskiego prawa umów niewykonanie obejmuje każde naruszenie obowiązku wykonania zgodnego z umową, tak uzasadnione, jak i nieuzasadnione, bez rozróżnienia na niewykonanie i niewykonanie nienależyte. Skupia w sobie wykonanie spóźnione, wadliwe, a także brak współdziałania (art. 1:301(4))²⁴⁷. Dotyczy również odchyłeń od obowiązków pobocznych, pozostających bez wpływu na prawidłowość świadczenia²⁴⁸. Brak prawidłowego świadczenia jest usprawiedliwiony, gdy dłużnik wykaże przeszkodę, która znajdowała się poza jego kontrolą, a przy tym – rozsądnie rzecz oceniając – nie można było od niego oczekiwać, że ową przeszkodę weźmie pod uwagę w czasie zawierania umowy albo samej przeszkodzie lub jej skutków uniknie, względnie przeszkodę lub skutki przezwycięży (art. 8:108(1)). Przeszkoda o charakterze trwałym, a przy tym „zupełnym”, przez co rozumieć trzeba negatywny wpływ na obowiązek główny, prowadzi do wygaśnięcia obowiązku świadczenia (art. 9:303(4)). Natomiast przeszkoda przemijająca ma jedynie skutek dylatoryjny. Gdyby jednak opóźnienie prowadzić miało do niewykonania fundamentalnego, to wierzyciel może korzystać ze środków prawnych przyznanych na tę okazję, co w szczególności dotyczy prawa do antycypacyjnego odstąpienia od umowy. Wierzyciel uprawniony jest żądać realizacji *in specie*, w tym „naprawy” świadczenia wadliwego pod warunkiem, że nie korzysta z wykluczających się środków ochrony prawnej (art. 8:102 w zw. art. 9:012)²⁴⁹, czyli odstąpienia od umowy lub obniżenia ceny (9:401(1)). W świetle poczynionych uwag, zakres obowiązku realnego wykonania umowy wytyczony zostaje zaistnieniem trwałej przeszkody usprawiedliwiającej niewykonanie, co powoduje wygaśnięcie zobowiązania. W razie przeszkody przemijającej, obowiązek realnego wykonania ulega zawieszeniu, chyba że oczekiwanie na świadczenie dłużnika pozbawiałoby wierzyciela osiągnięcia celu, dla którego zawierał umowę. Dopiero wówczas, może od niej odstąpić. Z perspektywy tematu pracy ważne są również rozwiązania prawne łączące się z tzw. niewykonaniem fundamentalnym (*fundamental non-performance*), które występuje obok naruszenia „zwykłego” i przybiera trzy postaci. Po pierwsze, pojawia się w razie niezgodności

²⁴⁷ V. Heutger, J. Oosterhuis, *Specific Performance within the Hierarchy of Remedies in European Contract Law*, [w:] *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia Antwerp - Oxford - Portland 2008, s. 153.

²⁴⁸ Jako przykład podawano malarza, który prawidłowo wykonuje prace malarskie, lecz kilkakrotnie uszkadza drabiną drzwi, żyrandol oraz inne meble wierzyciela: zob. R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2010, s. 55 wraz z przywołaną literaturą.

²⁴⁹ A także, że nie występują dalsze, szczególne ograniczenia tego żądania w świetle PECL: zob. art. 9:102(2).

wykonania z umową, gdy ścisła zgodność ze zobowiązaniem stanowi istotę umowy. Po drugie, jeśli znacząco pozbawia stronę tego, czego zgodnie z umową mogła oczekiwać, chyba że dłużnik nie przewidział i rozsądnie rzecz oceniając, nie mógł przewidzieć takiego skutku. Tutaj liczy się nade wszystko wyczerpująca wiedza dłużnika o celu zobowiązania, a zwłaszcza szczególnym przeznaczeniu przedmiotu świadczenia lub wadze świadczenia w konkretnym terminie. Trzecia forma występuje, jeśli niewykonanie było zamierzone i zrodziło u wierzyciela przekonanie, że nie może polegać na przyszłym świadczeniu dłużnika (art. 8:103). Tym samym wiarygodność realizacyjna dłużnika przez cały okres wykonania stanowi ważny element więzi obligacyjnej. Konkluzję tę wzmacnia uprawnienie do odstąpienia od umowy, jeśli jeszcze przed terminem wykonania staje się jasne, że dojdzie do niewykonania fundamentalnego (art. 9:304 PECL). W efekcie, nawet w przypadku zwykłego naruszenia obowiązków kontraktowych, dopóki istnieje realna szansa na zaspokojenie interesu wierzyciela przez dłużnika, ten pierwszy nie może od umowy odstąpić pod warunkiem jednak, że dłużnik utrzymuje prawidłową postawę realizacyjną. Rozwiązania prawne przyjęte w DCFR w zakresie następstw usprawiedliwionego niewykonania pozostają w pewnym zakresie odmienne. Niewykonanie to każde uchybienie w wykonaniu umowy niezależnie od tego czy usprawiedliwione, czy nieusprawiedliwione, bez rozróżnienia na niewykonanie oraz nienależyte wykonanie. Żądanie świadczenia *in natura* wykluczone zostaje w razie niewykonania usprawiedliwionego (art. III.-3:101 (2))²⁵⁰. Występuje ono, gdy zaistniało wskutek przeszkody leżącej poza kontrolą dłużnika oraz gdy od dłużnika nie można było rozsądnie oczekiwać, żeby tej przeszkody lub jej konsekwencji uniknął lub je przezwyciężył²⁵¹. Usprawiedliwiona przeszkoda o charakterze permanentnym skutkuje wygaśnięciem obowiązku świadczenia bez obowiązku składania oświadczenia w tym zakresie. Natomiast w razie przeszkody przemijającej, żądanie świadczenia ograniczone zostaje do okresu jej trwania (art. III.-3:104). Gdyby jednak świadczenie opóźnione prowadziło do niewykonania o charakterze fundamentalnym, wierzyciel uprawniony jest skorzystać ze środków ochrony prawnych przysługujących w takich przypadkach, może zatem od umowy odstąpić. Tzw. niewykonanie fundamentalne (*fundamental non-performance*), które występuje obok naruszenia „zwykłego” i przybiera dwie postaci. Po pierwsze, jeśli w znacznym stopniu pozbawia wierzyciela tego, czego miał prawo

²⁵⁰ I. Karasek-Wojciechowicz, 4. DCFR, [w:] *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 154-155.

²⁵¹ W sytuacjach, w których od dłużnika można było rozsądnie oczekiwać wzięcia pod uwagę przeszkody w czasie zaciągania zobowiązania, kwalifikacja niewykonania jako usprawiedliwionego zostaje wykluczona (art. III.-3:104(2)).

oczekiwać według umowy w odniesieniu do całości lub odpowiedniej części świadczenia, chyba że w chwili zawarcia umowy dłużnik nie przewidywał i nie można było od niego rozsądnie oczekiwać, aby przewidział taki rezultat. Drugą postać stanowi brak wykonania, który ma charakter umyślny lub lekkomyślny i daje wierzycielowi powód, by sądzić, że nie może polegać na przyszłym świadczeniu dłużnika (art. III.-3:502). Tym samym wiarygodność realizacyjna dłużnika przez cały okres wykonania stanowi ważny element więzi obligacyjnej. Konkluzję tę wzmacnia uprawnienie do odstąpienia od umowy, jeśli jeszcze przed terminem wykonania staje się jasne, że dojdzie do niewykonania fundamentalnego (art. III.-3:504 DCFR).

Wreszcie unormowania o środkach ochrony prawnej uznać można także za wyznaczające zakres obowiązku realnego wykonania umowy. Doniosła jest reguła, zgodnie z którą punkt wyjścia stanowi prawo do żądania realnego spełnienia świadczenia, w tym doprowadzenia go do stanu wymaganego zobowiązaniem. Zaspokojenie żądania wykluczone zostaje w kilku przypadkach. Po pierwsze, gdy wykonanie byłoby niezgodne z prawem lub niemożliwe²⁵², niezgodność z prawem nie może powodować nieważności umowy²⁵³. Po drugie, żądanie realnego wykonania podlega wyłączeniu, gdy naraziłoby dłużnika na nieracjonalne trudności lub koszty²⁵⁴. Po trzecie, nie można domagać się świadczenia *in natura*, jeżeli jego przedmiot stanowią usługi lub praca o charakterze osobistym albo wykonanie zależy od osobistych więzi między stronami. Po czwarte, osobne wyłączenie obejmuje sytuacje, w których wierzyciel mógłby – według rozsądnej oceny – uzyskać świadczenia z innego źródła (art. 9:102). Ostatni wyjątek to utrata prawa wskutek bierności wierzyciela, jeżeli nie zgłosił żądania w rozsądnym czasie od chwili, w której dowiedział się lub powinien był dowiedzieć o niewykonaniu²⁵⁵. Z kolei na gruncie DCFR prawo do dochodzenia (*right to enforce*) realnego spełnienia świadczenia również stanowi pierwszoplanowy środek ochrony prawnej. Obejmuje świadczenie główne, jak również jego doprowadzenie do stanu zgodności z treścią zobowiązania (np. naprawa, wymiana, uzupełnienie braków ilościowych)²⁵⁶. Granice wyegzekwowania realnego wykonania wyznacza kilka elementów. Przede wszystkim, określa ją

²⁵² R. Zimmermann, *The New German...*, op. cit., s. 45.

²⁵³ V. Heutger, J. Oosterhuis, *Specific Performance...*, op. cit., s. 149.

²⁵⁴ Wskazane wyłączenie motywowane jest zasadą proporcjonalności, zob. O. Lando, *Salient Features...*, op. cit., s. 361, 365.

²⁵⁵ Kwestie orzekania oraz egzekwowania świadczenia *in natura* PECL pozostawiło systemom krajowym, Ibidem.

²⁵⁶ P. Varul, *Performance and Remedies for Non-Performance: Comparative Analysis of the PECL and DCFR*, „Juridica International” 2008, T. 14, s. 107.

niemożliwość świadczenia lub jego niezgodności z prawem²⁵⁷. Następnie, żądanie wierzyciela nie podlega ochronie, gdy świadczenie *in natura* byłoby dla dłużnika nieracjonalnie uciążliwe lub kosztowne. Wyjątek ten skupia w sobie subiektywną oraz gospodarczą niemożliwość świadczenia, a także o nieracjonalność gospodarczą²⁵⁸. Poza tym, kolejną barierę wytycza osobista natura świadczenia, która winna rzutować na nieracjonalność przymuszania dłużnika do wykonania²⁵⁹. Zasadniczo odnosi się to do stosunków pracy, usług opartych na zaufaniu, usług, których wykonania przez wzgląd na ich charakter nie można powierzyć osobie trzeciej²⁶⁰. Nie bez znaczenia jest brak zgłoszenia przez wierzyciela żądania w rozsądnym czasie po faktycznym dowiedzeniu się o naruszeniu umowy lub po tym, kiedy mógł się dowiedzieć o niewykonaniu zobowiązania niepieniężnego (art. III.-3:302).

Akty prawa modelowego pozwalają wymusić na wierzycielu przyjęcie świadczenia niepieniężnego. Według europejskiego prawa kontraktów dłużnik świadczenia niepieniężnego (wierzyciel co do świadczenia pieniężnego), który nie spełnił jeszcze świadczenia, w okolicznościach wskazujących w sposób oczywisty, że druga strona nie zechce tego świadczenia, może je spełniać i żądać zapłaty. Uprawnienie to nie występuje, jeśli może on dokonać transakcji zastępczej bez nadmiernego wysiłku lub nakładów lub świadczenie *in natura* byłoby nierozsądne w danych okolicznościach (art. 9:101(2) PECL). Podobnie w świetle DCFR przyszedł wierzyciel świadczenia pieniężnego – dłużnik świadczenia niepieniężnego – może kontynuować wypełnianie tego drugiego i otrzymać zapłatę, chyba że mógł dokonać rozsądnej transakcji zastępczej bez istotnego wysiłku lub kosztu lub wykonanie – w danych realiach – byłoby nierozsądne (art. III.-3:301(2) DCFR). Transakcja zastępcza nie jest bliżej dookreślana przez PECL ani DCFR. W ogólnym ujęciu, to umowa zawierana, wykonywana, a także przynosząca dłużnikowi świadczenia niepieniężnego korzyści w miejsce tej, z której wykonania rezygnuje wierzyciel świadczenia niepieniężnego, przy czym wspomniane uchylanie się od realizacji otwiera drogę do dokonania transakcji zastępczej. Możliwość transakcji zastępczej podlega ocenie *in concreto*, uzależniona jest od szeregu czynników, w szczególności przedmiotu świadczenia, czy chodzi o rzeczy oznaczone gatunkowo, czy

²⁵⁷ Tak: I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 413 i nast.

²⁵⁸ Tak: Ibidem, s. 354 i nast., 413 i nast. wraz z powołanym piśmiennictwem.

²⁵⁹ Osobisty charakter świadczenia *per se* nie niweczy możliwości domagania się realnego wykonania, konieczne jest wystąpienie przywołanego, negatywnego skutku, zob. I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 416 i nast. oraz cyt. piśmiennictwo.

²⁶⁰ P. Varul, *Performance and...*, op. cit., s. 107.

określone co do tożsamości, typu umowy²⁶¹. W żadnym razie nie może ona jednak pociągać za sobą nadmiernych wysiłków lub kosztów dla uprawnionego. Natomiast świadczenie „nierozsądne” stawia na czele odmienne kryterium. Uzależnione jest od konkretnych okoliczności, wchodzi w grę zazwyczaj, jeśli wierzyciel świadczenia niepieniężnego jednoznacznie stwierdza, że świadczenie jest niepożądane²⁶². Przywołane rozwiązania modelowe przyjmują zatem brak pełnej swobody wierzyciela co do decydowania o wykonaniu *in natura*, uwzględniając interesy dłużnika świadczenia niepieniężnego, co umacnia wymóg realnego wykonania.

Przedstawione uwagi nasuwają kilka wniosków. Na gruncie europejskich aktów prawa modelowego realne wykonanie umowy ma znaczenie pierwszoplanowe. Na tle zamówień publicznych roli tej nie sposób bagatelizować, albowiem dyrektywa 2014/24 nie reguluje wprost wymogu realnego wykonania zamówienia. Tym samym nabiera znaczenia teoretycznego oraz praktycznego to, że zasada dotrzymywania umów przenika europejskie rozwiązania modelowe i stanowi w nich istotną wartość. Świadczenie niepieniężne należy spełnić tak, jak się umówiono nawet, jeśli realizacja stała się bardziej kosztowna lub uciążliwa dla dłużnika na skutek niekorzystnej zmiany wartości świadczenia własnego lub świadczenia należnego. Świadczenie *in natura* musi osiągnąć stan zgodności z treścią zobowiązania, co zasadniczo obejmuje obowiązek korekty w razie wykonania nieprawidłowego. Do ważnych elementów zaliczyć należy powinność poniesienia przez dłużnika ciężarów wynikających ze zmaterializowania się ryzyk kontraktowych, które można mu przypisać. Przez okres wykonywania umowy liczy się wiarygodność realizacyjna dłużnika. Utrata zaufania daje podstawę do odstąpienia od umowy w razie tzw. fundamentalnego niewykonania, wywołanego naruszeniem, które uzasadnia przeświadczenie wierzyciela, że nie może polegać na przyszłym świadczeniu dłużnika. Zasady Europejskiego Prawa Kontraktów wymagają w tym zakresie, aby niewykonanie umowy miało charakter zamierzony, natomiast Projekt Wspólnych Ram Odniesienia obejmuje zarówno naruszenie umyślne, jak i lekkomyślne (niedbalstwo). Wierzyciel, pod pewnymi warunkami, może zostać przymuszony do przyjęcia świadczenia niepieniężnego.

²⁶¹ Tak I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 298 i nast.

²⁶² P. Varul, *Performance and...*, op. cit., s. 107.

4. Wykonanie umowy w zgodzie z jej treścią w prawie niemieckim i holenderskim - w zarysie

W niemieckiej doktrynie dominuje zapatrywanie, zgodnie z którym obowiązek realnego wykonania umowy stanowi inherentną cechę zobowiązania²⁶³. Łączy się go z zasadą *pacta sunt servanda*²⁶⁴, źródła upatrując w § 241 (1) BGB²⁶⁵. Według tego przepisu wierzyciel jest uprawniony żądać od dłużnika przymusowego spełnienia świadczenia dłużnego, w tym zaniechania²⁶⁶. Z pojęciem zobowiązania powiązany jest termin „roszczenie” („Anspruch”), które w myśl § 194 I BGB oznacza prawo do żądania od innej osoby zrobienia czegoś lub powstrzymania się od zrobienia czegoś. Roszczenie o świadczenie *in natura* stanowi roszczenie podstawowe (pierwotne), natomiast roszczenia podyktowane naruszeniem kontraktu kwalifikuje się jako wtórne²⁶⁷. Formuła wykonania umowy *in natura* jest rozległa, jej granice wytyczają klauzula *rebus sic stantibus*, regulacje o nadmiernych trudnościach w spełnianiu świadczenia, a także szeroko rozumianej – niemożliwości wykonania.

Klauzula *rebus sic stantibus* wynika z § 313 BGB. Według tego przepisu, jeżeli okoliczności, które stanowiły podstawę umowy, uległy istotnej zmianie po jej zawarciu i jeżeli strony nie zawarłyby umowy lub zawarłyby ją na odmiennych warunkach, gdyby przewidziały tę zmianę, można żądać dostosowania umowy, o ile biorąc pod uwagę okoliczności konkretnego przypadku, w szczególności umowny lub ustawowy rozkład ryzyka, nie można racjonalnie oczekiwać, że jedna ze stron powinna pozostawać związana umową w niezmienionym kształcie. Jeśli dostosowanie umowy nie jest

²⁶³ Tak: F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia Antwerp-Oxford-Portland 2008, s. 48, 50 i nast.; G. Bachmann, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, 2016, s. 22 i nast.; R. Zimmermann, *The New German...*, op. cit., s. 43; R. Schulze, [w:] *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Volume I: Books 1-3, Article - by - Article Commentary* (ed. G. Dannemann, R. Schulze), Monachium 2020, s. 309 i nast.

²⁶⁴ Tak F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance...*, op. cit., s. 50; B.S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, Oxford and Portland, Oregon 2006, s. 398 i nast.

²⁶⁵ Tak F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance...*, op. cit., s. 50 i nast.; R. Zimmermann, *The New German...*, op. cit., s. 43; B.S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law...*, op. cit., s. 386; R. Schulze, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 308 i nast.; I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 66 wraz z powołanym piśmiennictwem.

²⁶⁶ §241 I BGB: – tekst BGB zaczerpnięty z BGB - nichtamtliches Inhaltsverzeichnis, [na:] <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, [dostęp 26.07. 2023 r.]. Tekst niemieckiego kodeksu cywilnego cytowany w niniejszym rozdziale ustalany był na podstawie tłumaczenia na język polski dokonywane przez autora rozprawy z wykorzystaniem platformy <https://www.deepl.com/translator>.

²⁶⁷ F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance...*, op. cit., s. 50; B.S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law...*, op. cit., s. 399 i nast.

możliwe lub zmiany kontraktu nie można racjonalnie oczekiwać od jednej ze stron, strona, która dotknięta została negatywnymi konsekwencjami może od umowy odstąpić (w przypadku zobowiązań ciągłych strona uprawniona jest złożyć oświadczenie o wypowiedzeniu). Jest to uregulowanie bezwzględnie obowiązujące²⁶⁸. Według niektórych autorów § 313 BGB ogranicza zasadę *pacta sunt servanda*. W świetle § 313 BGB przyjmuje się zasadniczo, że chodzi o istotne zmiany okoliczności lub założenie, a pomocnym kryterium ich stwierdzenia jest kwestia czy strony zawarłyby umowy o tej samej treści, gdyby o wystąpieniu wskazanych czynników wiedziały²⁶⁹. Istotne założenia muszą istnieć w dacie zawierania, a nadto wymaga się, żeby obie strony opierały zawarcie umowy na, jak się później okazało, wskazanych, mylnych przypuszczeniach²⁷⁰. Co do zasady, założenie wyrasta z rozumienia przez jedną lub obie strony okoliczności przyszłych, na których oparły zamiar kontraktowania. Rozumienie to nie może zostać objęte treścią umowy (wówczas wchodzi w grę rozkład praw i obowiązków wynikających z wykładni oświadczeń woli). Dodatkowo, wskazane rozumienie powinno być dostrzegalne dla kontrahenta. W doktrynie wypracowane zostało również obiektywne, w myśl którego wszystkie obiektywne okoliczności oraz jej generalne otoczenie stanowią podstawę kontraktu. Dopuszczenie przypadków podstawy o charakterze subiektywnym może nastąpić, jeśli obie strony – do pewnego stopnia – uznawały doniosłość danych, subiektywnych okoliczności dla zaciąganego zobowiązania²⁷¹. Zauważyć należy, że umowny rozkład ryzyka stanowi zagadnienie kluczowe dla utrzymania roszczenia o wykonanie *in natura* w stanie niezmienionym. Ocenia się bowiem rozkład ryzyka wynikający z regulacji ustawowej, w szczególności określającej dany typ umowy, a następnie bada się kontraktową alokację. W ten sposób wyłącza zastosowanie § 313 BGB w sytuacjach, w których strona wyraźnie zaakceptowała ryzyko w kontrakcie, jak również jeśli strony antycypowały zmiany okoliczności²⁷². Kwestia umownego rozkładu ryzyka rzutuje na zakres ingerencji sądu w

²⁶⁸ M. Oehm, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 505 wraz z uzasadnieniem obligatoryjnego charakteru tej regulacji; T. Finkenauer, [w:] *Münchener Kommentar ...*, op. cit., s. 1885 i nast.

²⁶⁹ M. Oehm, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 504, 507, który przywołuje przykład odmowy wydania pozwolenia na budowę w zawarciu umowy o roboty budowlane; T. Finkenauer, [w:] *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 1885 i nast. Przykładowo, typowa deprecjacja pieniądza nie uzasadnia zastosowania art. 313 BGB – tak E. Hondius, C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law (The Common Core of European Private Law, pp. I-Iv)*, Cambridge 2011., s. 183.

²⁷⁰ M. Oehm, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 508; T. Finkenauer, [w:] *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 1885 i nast.

²⁷¹ M. Oehm, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 505 i nast. wraz z powołaną literaturą i orzecznictwem; E. Hondius, C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances...*, op. cit., s. 182; T. Finkenauer, [w:] *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 1885 i nast.

²⁷² M. Oehm, [w:] *German Civil...*, op. cit., 507 i nast.; T. Finkenauer, [w:] *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 1885 i nast.

treści umowy. Chodzi bowiem o to, żeby w maksymalnym stopniu podtrzymać pierwotne ustalenia stron²⁷³. Przedterminowe zakończenie umowy dopuszczone zostało, jeżeli dostosowanie umowy do zmienionych okoliczności pozostaje niemożliwe lub jeżeli nie można od strony racjonalnie oczekiwać, aby zaakceptowała daną modyfikację. Zniesienie zobowiązania stanowi środek ostateczny²⁷⁴, co stanowi wyraz doniosłości obowiązku wykonania umowy *in natura*.

Nadmierna uciążliwość świadczenia to przyczyna rzutująca na wymóg realnego wykonania umów. Na gruncie BGB przybiera dwie postaci. Pierwszą wyraża § 275 (2) BGB, zgodnie z którym dłużnik może odmówić spełnienia świadczenia w zakresie, w jakim dotrzymanie zobowiązania wymaga wydatków i wysiłku, które przy uwzględnieniu treści zobowiązania oraz wymogów dobrej wiary są rażąco niewspółmierne do interesu wierzyciela w otrzymaniu świadczenia. Przy określaniu wydatków i wysiłku oczekiwanych od dłużnika bierze się pod uwagę, czy pozostaje on odpowiedzialny za przeszkodę w wypełnieniu kontraktu. W tym ostatnim przypadku wymaga się od dłużnika, aby podjął zwiększone wysiłki celem jej przewyciężenia²⁷⁵. Dłużnik nie zostaje zwolniony z obowiązku spełnienia świadczenia *ipso iure*, lecz musi podnieść zarzut, którego skuteczność opiera się na „teście równoważenia”²⁷⁶. W pierwszej kolejności określone zostają wydatki i wysiłek konieczne do realnego spełnienia przez dłużnika świadczenia oraz interes wierzyciela w jego otrzymaniu. Następnie ustalenia w obu tych płaszczyznach zostają ze sobą skonfrontowane. Dłużnik może odwołać się do ochrony w § 275 (2) BGB, jeśli jego wydatki i wysiłki w sposób rażąco dysproporcjonalny przewyższają interes wierzyciela. Ilustrację powołanych dysproporcji stanowią koszty naprawy rzeczy rażąco przekraczające jej wartość lub „podręcznikowy” pierścionek, który wpadł do jeziora przed dostawą, a którego wydobywanie wymagałoby rażąco wysokich kosztów, płynących z osuszenia jeziora. Nadmierną uciążliwość należy zarazem odróżniać od tzw. „ekonomicznej niemożliwości świadczenia”, przywoływanej na tle § 313 BGB. Ta ostatnia wiąże się bowiem z odpadnięciem podstawy transakcji i występuje, jeśli wysiłki dłużnika niezbędne do spełnienia świadczenia pozostają w dysproporcji do jego własnego interesu w spełnieniu świadczenia, a nie względem

²⁷³ M. Ochm, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 508; E. Hondius, C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances...*, op. cit., s. 184.

²⁷⁴ M. Ochm, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 509; T. Finkenauer, [w:] *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 1885 i nast.

²⁷⁵ R. Schulze, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 402; W. Ernst, [w:] *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 765 i nast.

²⁷⁶ F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance...*, op. cit., s. 55; R. Schulze [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 402; W. Ernst, [w:] *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 764 i nast.

interesu kontrahenta²⁷⁷. Druga postać polega na nadmiernej uciążliwości świadczenia osobistego²⁷⁸. Zgodnie z § 275 (3) BGB, dłużnik może odmówić spełnienia świadczenia, jeśli obowiązany jest spełnić je osobiście, a wykonania nie można od niego rozsądnie oczekiwać po rozważeniu przeszkody, której zaznał i interesu wierzyciela w otrzymaniu świadczenia. Świadczenia osobiste niejednokrotnie występują w świadczeniu pracy lub usług²⁷⁹. Wymagany przywołanym unormowaniem „test równoważenia” kładzie większy akcent na interes dłużnika niż przywołane wyżej badanie wynikające z regulacji § 275 (2) BGB²⁸⁰. Bez znaczenia pozostaje również, czy dłużnik pozostaje odpowiedzialny za zaistnienie ewentualnych utrudnień²⁸¹. Przywołane rozwiązanie normatywne w dawniejszym prawie niemieckim określano jako „moralną niemożliwość”, wynikającą z osobistych przeszkód w dotrzymaniu umowy²⁸².

Niemożliwość świadczenia w tradycyjnym ujęciu uregulowana została § 275 (1) BGB. Niemożliwość nie rzutuje na nieważność umowy. *Ex lege* wygasza obowiązek świadczenia *in natura* bez względu na to, czy dłużnik ponosi odpowiedzialność za przyczynę niewykonalności²⁸³. BGB wyróżnia kilka postaci niemożliwości. Wyjściową postać stanowi niewykonalność obiektywna, fizyczna (naturalna), która pojawia się, jeśli spełnienie świadczenia jest niemożliwe z uwagi na prawa przyrody²⁸⁴. Tego typu przypadki stwierdzano np. gdy przedmiot świadczenia utracił byt, co objęło m.in. zobowiązanie do przeniesienia hipoteki, która została wykreślona, dzierżawę magazynu po jego spaleniu, czy też wykonanie koncertu po śmierci znanego dyrygenta, którego uczestnictwo wyrażało sens artystyczny przedstawienia²⁸⁵. Niemożliwość w tym ujęciu może również wystąpić z uwagi na fakt, że cel umowy przestał istnieć lub został osiągnięty. Na przykład, zniszczenie domu, który miałby podlegać renowacji, śmierć lub

²⁷⁷ Zob. R. Schulze, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 402; F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance...*, op. cit., s. 60.

²⁷⁸ F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance...*, op. cit., s. 59.

²⁷⁹ R. Schulze, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 402; W. Ernst, [w:] *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 772 i nast.

²⁸⁰ F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance...*, op. cit., s. 59; R. Schulze, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 402; W. Ernst, [w:] *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 772 i nast.

²⁸¹ R. Schulze, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 402.

²⁸² F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance...*, op. cit., s. 59 i nast.; licznie podawany przykład stanowi śpiewak, który z uwagi na poważną chorobę dziecka odmawia występu. Na podstawie „moralnej niemożliwości” nastąpiło natomiast zwolnienie angielskiej spółki z obowiązku zorganizowania importu towarów do Niemiec w okresie I wojny światowej, mimo że angielskie regulacje zakazujące handlu z krajami nieprzyjacielskimi nie zostały oficjalnie uznane w Niemczech za wiążące.

²⁸³ R. Zimmermann, *The New German Law...*, op. cit., s. 44; B.S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law...*, op. cit., s. 387, 408 i nast.; R. Schulze, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 399-400; W. Ernst, [w:] *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 754 i nast.

²⁸⁴ F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance...*, op. cit., s. 51; R. Zimmermann, *The New German Law...*, op. cit., s. 44; R. Schulze, [w:] *German Civil...*, op. cit., s. 400 i nast.

²⁸⁵ F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance...*, op. cit., s. 51 oraz powołane tam orzecznictwo i literatura.

wyzdrowienie pacjenta, który otrzymać miał świadczenie zdrowotne²⁸⁶. Osobna grupa obiektywnej niewykonalności dotyczy sytuacji, w których świadczenie byłoby niezgodne z prawem²⁸⁷, co obejmuje m.in. wzniesienie budynku, które technicznie byłoby wykonalne, lecz sprzeciwiałoby się mu prawo. Samodzielnym źródłem niewykonalności może być czynnik czasu: jeśli w świetle ustaleń stron czas świadczenia *in natura* pozostaje kluczowy, to świadczenie spóźnione uznaje się za niemożliwe. Tego typu umowy określane są jako *absolutes Fixgeschäfte*, a za ilustrację może służyć rezerwacja podróży w czasie urlopu, upływ czasu na spełnienie świadczenia w zobowiązaniach o charakterze ciągłym (np. najem, stosunek pracy)²⁸⁸. Niemożliwość subiektywna stanowi drugą, uznawaną postać niemożliwości świadczenia. Polega na tym, że dłużnik nie może spełnić świadczenia, natomiast może je zrealizować inny podmiot²⁸⁹. Łączy się to w szczególności z przyczynami natury prawnej, takimi jak dwukrotna sprzedaż lub najem tej samej rzeczy. Nie dotyczy to jednak sytuacji, w których dłużnik może zabezpieczyć lub odzyskać przedmiot świadczenia od osoby trzeciej lub zachęcić taką osobę do spełnienia świadczenia poprzez wpływ prawny lub faktyczny. BGB przed reformą wyróżniało tzw. ekonomiczną niemożliwość świadczenia, natomiast *de lege lata* pojęcie to łączone jest raczej z klauzulą *rebus sic stantibus*²⁹⁰.

Holenderski kodeks cywilny (*Burgerlijk Wetboek*²⁹¹, „BW”)²⁹² wysuwa na czoło rozwiązania łączące się z obowiązkiem dotrzymywania umów. Źródła tej powinności oraz pewnych jej granic upatruje się w art. 3: 296 BW²⁹³, wedle którego, jeśli

²⁸⁶ Zob. F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance*..., op. cit., s. 51 i nast. oraz powołane tam piśmiennictwo; R. Schulze, [w:] *German Civil*..., op. cit., s. 400.

²⁸⁷ F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance*..., op. cit., s. 52 oraz powołane tam piśmiennictwo i judykatura; R. Schulze, [w:] *German Civil*..., op. cit., s. 401; W. Ernst, [w:] *Münchener Kommentar*..., op. cit., s. 754 i nast.

²⁸⁸ Zob. F. Faust, F. Wiese, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance*..., op. cit., s. 52; R. Schulze, [w:] *German Civil*..., op. cit., s. 401.

²⁸⁹ R. Schulze, [w:] *German Civil*..., op. cit., s. 401; W. Ernst, [w:] *Münchener Kommentar*..., op. cit., s. 759 i nast.

²⁹⁰ R. Schulze, [w:] *German Civil*..., op. cit., s. 401 i nast.

²⁹¹ Burgerlijk Wetboek Boek 3 - Parlementaire monitor [na:] <https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vvij5epmj1ey0/vi5cg76u9vs7>. Tekst holenderskiego kodeksu cywilnego cytowany w niniejszym rozdziale opracowania ustalany był na podstawie tłumaczenia Burgerlijk Wetboek na język angielski przedstawionego na: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Tłumaczenia z języka angielskiego na język polski dokonywane były samodzielnie przez autora opracowania z wykorzystaniem platformy: https://www.deepl.com/translator_na podstawie której badano zgodność własnego tłumaczenia z języka angielskiego na język polski z tłumaczeniem uregulowań w języku holenderskim na język polski.

²⁹² Dutch Civil Law - Legislation, [na:] <http://www.dutchcivillaw.com/LegislationContent.html>, [data dostępu 20.12.2024 r.].

²⁹³ D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance in Dutch Law*, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Antwerpen 2008, s. 14 i nast.; V. Mak, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oxford and Portland, Oregon 2009, s. 91; A.W. Jongbloed, *Specific Performance Procedural Aspects in Dutch Law*, [w:] J. Smiths, D. Haas, G. Heslen (red.), *Specific Performance in Contract law: National and Other Perspectives*, Antwerpen-Oxford-Portland 2008, s. 171, 182 i nast. Szerzej w zakresie literatury holenderskiej odnośnie roszczenia o wykonanie zobowiązania *in natura* zob. M.B.M. Loos, *Right to Performance*, [w:] Busch D., Hondius E.H., Van Kooten H., Schelhaas H.N. & Schrama W., (red.), *The Principles*

podmiot jest prawnie zobowiązany względem innej osoby do dania, czynienia lub nieczynienia, sąd na żądanie uprawnionego nakaze jej spełnienie świadczenia *in natura*, chyba że co innego wynika z przepisu prawa, z właściwości (natury) zobowiązania albo z czynności prawnej. Co do charakteru wskazanego obowiązku zarysowały się w doktrynie holenderskiej konkurencyjne stanowiska. Według pierwszego z nich, powołany przepis łączy się wprost z regułą *pacta sunt servanda*, która nie została jednak wyraźnie przywołana w kodeksie holenderskim. Jak twierdzi się niekiedy: z uwagi na oczywistość tego obowiązku dla prawodawcy holenderskiego²⁹⁴. Odmienne zapatrywanie uznaje roszczenie o wykonanie za środek ochrony prawnej²⁹⁵. Stanowisko pośrednie przyjmuje, że art. 3:296 BW opiera się na założeniu istnienia roszczenia materialnoprawnego, stanowiąc zarazem wyraz ścisłego powiązania między tym pierwszym a środkiem ochrony prawnej²⁹⁶. Przywołany przepis wytycza trzy ogólne granice wymogu dotrzymania umowy. Liczą się przede wszystkim przepisy ustawy. W szczególności chodzi o przypadki dotyczące dawności oraz reguł słuszności. Te ostatnie uregulowano szeroko, akcentując względy racjonalności oraz uczciwości. Nadużycie prawa przez wierzyciela wiązać się może z taką dysproporcją między interesem wierzyciela w uzyskaniu świadczenia *in natura* a interesem dłużnika, który doznałby uszczerbku wskutek realnego wykonania, że świadczenia, racjonalnie, nie można spełnić (art. 3: 13 BW). Dodatkowo, zgodnie z art. 6:2 BW, obowiązek na linii wierzyciel-dłużnik, wynikający z przepisu prawa, zwyczaju lub czynności prawnej, nie podlega wykonaniu w zakresie, w jakim byłoby to niedopuszczalne w danych okolicznościach ze względu na wymagania racjonalności i uczciwości. Wreszcie, na tle zobowiązań kontraktowych nie bez znaczenia pozostaje unormowanie art. 6:248 kodeksu. Według tego unormowania, obowiązek kontraktowy nie podlega wykonaniu między stronami w zakresie, w jakim w danych okolicznościach byłoby to niedopuszczalne z punktu widzenia wymagań racjonalności i uczciwości (może to dotyczyć żądania spełnienia świadczenia *in natura*)²⁹⁷. Drugie ograniczenie wynikające z art. 3:296 BW stanowi właściwość (natura) zobowiązania. Skupiają się w nim w szczególności przypadki ściśle osobistego

of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary, Nijmegen/The Hague-London-New York: Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, 2002, s. 347-358.

²⁹⁴ Zob. P.C.M. Kemp, *Enforced performance of commercial sales contracts in the Netherlands, Singapore and China*, Haga 2019, s. 109; co do nieprzywołania zasady zob. D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance...*, op. cit., s. 15.

²⁹⁵ D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance...*, op. cit., s. 14 oraz powołane tam zapatrywanie odmienne; podobnie co do uznania art. 3:296 BW za dotyczący środka ochrony prawnej A.W. Jongbloed, *Specific Performance...*, op. cit., s. 172 i nast.

²⁹⁶ D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance...*, op. cit., s. 14.

²⁹⁷ Ibidem, s. 15.

charakteru świadczenia²⁹⁸, zobowiązania naturalne. Trzecie ograniczenie łączy się z czynnością prawną. Na gruncie holenderskiego kodeksu cywilnego dopuszczona została konstrukcja umownego wyłączenia uprawnienia do domagania się przed sądem realnego wykonania zobowiązania, któremu zazwyczaj towarzyszy pozostawienie innego środka, w szczególności odszkodowania²⁹⁹. W takim przypadku sąd nie może zasądzić wykonania *in natura*.

Klauzula *rebus sic stantibus* łączy się z kilkoma przepisami kodeksu holenderskiego. Ogólna regulacja zawarta została w art. 6: 258 (1), art. 6:259 oraz art. 6:260 BW, przy czym za najdonioślejszy uznaje się pierwszy z nich. Strony nie mogą wyłączyć jego zastosowania³⁰⁰. Według tego przepisu, sąd może zmodyfikować skutki prawne (nie jest to zmiana treści umowy) lub rozwiązać umowę w całości lub w części, w tym ze skutkiem retroaktywnym, jeżeli wystąpią nieprzewidziane okoliczności takiej natury, że druga strona umowy, zgodnie z wymaganiami racjonalności i uczciwości, nie może oczekiwać kontynuacji umowy w niezmienionym kształcie. Wymóg wykonania *in natura* pozostanie jednak niezmieniony, gdy dane ryzyko kontraktowe powinno być ponoszone przez i na rachunek strony domagającej się zmiany lub rozwiązania umowy (art. 6:258(2) BW). Wprawdzie literalne brzmienie nie zobowiązuje stron do podjęcia renegocjacji, ale piśmiennictwo wyprowadza taką powinność z przywołanego wyżej art. 6: 248 BW związanym z przestrzeganiem wymagań racjonalności oraz uczciwości. Kwalifikowaną cechą zmienionych okoliczności stanowi ich „nieprzewidziany” charakter. W literaturze zwraca się uwagę na potrzebę stwierdzenia w tym względzie dwóch elementów. Po pierwsze, okoliczności powinny być następne względem zawarcia umowy. Po drugie, nie mogą być objęte porozumieniem stron, czyli, że nie zostały bezpośrednio lub pośrednio wprowadzone do treści umowy, względnie, że umowa nie alokowała ryzyka określonych okoliczności w żaden sposób³⁰¹. Przybliżana regulacja przyznaje dość szerokie uprawnienia sądowi, który uprawniony jest m.in. wprowadzić dodatkowe warunki towarzyszące ingerencji w zobowiązanie (art. 6:260(1) BW). Jeżeli orzeka o częściowej zmianie lub rozwiązaniu umowy, może przyznać każdej ze stron

²⁹⁸ Jako przykład podano umowę zawartą między autorem a wydawnictwem w przedmiocie napisania dzieła, ale nie jest już świadczeniem osobistym, jeżeli umowa dotyczyłaby praw do dzieła już napisanego. D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance*..., op. cit., s. 16; P.C.M. Kemp, *Enforced performance*..., op. cit., s. 113.

²⁹⁹ D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance*..., op. cit., s. 17 wraz z powołanym tam piśmiennictwem.

³⁰⁰ Podobne uregulowania zawarte zostały na gruncie szczególnych stosunków cywilnoprawnych lub umów w art. 1:159, art. 3:168(3), art. 5:78, art. 5:97, art. 6:259, art. 7:753, art. 7:503-504 zob. E. Hondius, C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances*..., op. cit., s. 71-74.

³⁰¹ E. Hondius, C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances*..., op. cit., s. 73.

uprawnienie do odstąpienia od umowy w określonym terminie, a zmiana lub rozwiązanie umowy nie wejdzie w życie przed upływem terminu określonego na zakończenie umowy przez uprawnionego (art. 6:260(2) BW).

Trwała niemożliwość świadczenia stanowi osobną granicę obowiązku dotrzymania umowy³⁰². Holenderski kodeks cywilny nie definiuje niemożliwości, lecz doktryna i judykatura uwzględniają dwie postaci, obie wyznaczają granice roszczenia o wykonanie. Niemożliwość absolutna polega na niemożności świadczenia *in natura* przez kogokolwiek. Występuje w szczególności w przypadku zniszczenia unikalnego przedmiotu świadczenia przed jego spełnieniem, a także w razie upływu okresu, w czasie którego świadczenie miało znaczenie dla wierzyciela (np. dostarczenie sukni ślubnej po terminie ślubu). Natomiast niewykonalność względna zazwyczaj wchodzi w rachubę, gdy świadczenie *in natura* wiązałoby się z nierozsądnie wysokim uszczerbkiem lub trudnościami po stronie dłużnika, natomiast ktoś inny w praktyce mógłby je zrealizować³⁰³. Ta konstrukcja prawna obejmuje niewykonalność świadczenia ze względów prawnych (prawna niemożliwość), praktycznych (praktyczna niemożliwość), jak również etycznych (moralna niemożliwość świadczenia)³⁰⁴. Pierwsza wchodzi w rachubę, gdy realne świadczenie zostaje zakazane przez prawo, w szczególności w razie wprowadzenia embarga na towary określonego dłużnika. Niewykonalność praktyczna występuje, jeżeli świadczenie jest technicznie wykonalne, ale w danych okolicznościach byłoby „absurdem” domaganie się od dłużnika określonych poświęceń celem realnego wypełnienia umowy³⁰⁵. Ostatnia postać pojawia się, gdy spełnienie świadczenia wiązałoby się z uszczerbkiem dla zdrowia lub bezpieczeństwa dłużnika lub w nierozsądnie znaczącym stopniu kolidowałoby ze sferą jego wolności (np. dostawa w pobliżu uszkodzonej elektrowni jądrowej)³⁰⁶. Wystąpienie niewykonalności umowy zasadniczo nie niweczy zobowiązania, co pozwala zachować stosunek obligacyjny i zapobiec roszczeniu zwrotnemu dłużnika na wypadek, gdyby świadczenie zdołał jednak

³⁰² D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance...*, op. cit., s. 17 i nast. oraz cytowana tam literatura i orzecznictwo; P.C.M. Kemp, *Enforced performance...*, op. cit., s. 255 i nast.

³⁰³ D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance...*, op. cit., s. 17 i nast. oraz cytowana tam literatura i orzecznictwo; P.C.M. Kemp, *Enforced performance...*, op. cit., s. 255 i nast.

³⁰⁴ Ch. Sieburgh, Mr. C. Assers, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte* Wolters Kluwer 2016, s. 343, 355, 382; G.P.J. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, s. 18; D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance...*, op. cit., s. 18; P.C.M. Kemp, *Enforced performance...*, op. cit., s. 264 i nast.

³⁰⁵ W doktrynie holenderskiej również przytacza się przykład upuszczenia pierścionka do zbiornika wodnego podczas transportu.

³⁰⁶ D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance...*, op. cit., s. 19.

spełnić³⁰⁷. Odrębne sytuacje stanowią przypadki niemożliwości o charakterze przemijalnym, spowodowanych w szczególności czasowymi ograniczeniami prawnymi lub warunkami pogodowymi. Wówczas sąd nie wykluczy żądania spełnienia świadczenia *in natura*, natomiast zaznaczy w orzeczeniu, że obowiązek aktualizuje się po ustaniu przejściowej niewykonalności³⁰⁸.

Uwagi na tle prawa niemieckiego oraz holenderskiego prowadzą do kilku wniosków. Roszczenie o wykonanie umowy *in natura* ma naturę materialnoprawną, wynika z istoty zobowiązania, przy czym zapatrywanie to jest wyraźniejsze w prawie niemieckim. Obowiązek ten zasadniczo polega na świadczeniu tego, na co strony się umówiły, w czasie, miejscu oraz w sposób, który uzgodniły. Ważny element stanowi ponoszenie ryzyka kontraktowego, nawet nietypowego, jeśli tylko można je przypisać danej stronie. Główne granice wymogu realnego wykonania wytyczają konstrukcje prawne: szeroko ujmowanej niemożliwości świadczenia, klauzuli *rebus sic stantibus*, jak również formuły oparte na zasadach racjonalności oraz słuszności. Te ostatnie, siłą rzeczy są blisko związane z aksjologią, specyfiką oraz funkcjonowaniem obrotu prawnego w danym kraju. Niebagatelną rolę odgrywają tradycje prawne. Rozwiązania funkcjonujące we wspomnianych jurysdykcjach stanowić mogą źródło informacji. Natomiast, krytycznie należałoby ocenić przyjmowanie ich jako swego rodzaju „drogowskazy” dla ewentualnych działań legislacyjnych w zakresie problematyki realnego wykonania umowy.

³⁰⁷ G.J.P. De Vries, *Recht op nakoming...*, op. cit., s. 26 i nast.; D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance...*, op. cit., s. 19 oraz cytowane tam piśmiennictwo; Ch. Sieburgh, Mr. C. Assers, *Handleiding tot de beoefening...*, op. cit. s. 371 i nast.; P.C.M. Kemp, *Enforced performance...*, op. cit., s. 266 oraz powołana tam literatura.

³⁰⁸ D. Haas, C. Jansen, *Specific Performance...*, op. cit., s. 19; P.C.M. Kemp, *Enforced performance...*, op. cit., s. 254-257.

II ZAKRES WYMOGU REALNEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA

1. Założenia podstawowe

Przedmiot rozprawy stanowi zasada w ujęciu dyrektywnym³⁰⁹. Wprawdzie zasada realnego wykonania zamówienia nie została potwierdzona *expressis verbis* w prawie zamówień publicznych, lecz na tle odesłania z art. 8 Pzp nie ma wątpliwości, że znajduje pełne zastosowanie w sferze realizacji świadczeń zamawianych na potrzeby publiczne. Ustawodawca zaakceptował kodeksowy katalog zasad wykonywania zobowiązań. Poza tym szereg unormowań nawiązuje pośrednio do realnego wykonania zamówienia lub jest nim motywowany. Przede wszystkim, zasada efektywności zamówień zakłada realne dotrzymanie zamówienia (art. 17 Pzp). Ponadto, wykonanie zamówienia *in natura* zastrzone zostało przez bezwzględny obowiązek współdziałania zamawiającego i wykonawcy, który *expressis verbis* ukierunkowany został na prawidłowe wykonanie zamówienia. (art. 431 Pzp). Istotne znaczenie ma wymagana ustawą zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 112 Pzp), jak również wykluczanie z ubiegania się o zamówienie podmiotów niewiarygodnych, w tym z uwagi na kwalifikowane naruszenia powinności zawodowych lub kwalifikowane odchylenia od realizacji uprzednich zamówień publicznych lub koncesji (art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp). Odnotować trzeba unormowania zabezpieczające właściwe zrealizowanie zamówienia (art. 255 pkt 7, art. 455 ust. 1, art. 449 i nast. Pzp). Rozwiązania te potwierdzają występowanie przedmiotowej zasady. Wzmacniają kodeksowe roszczenie wierzyciela o wykonanie umowy zgodnie z jej treścią³¹⁰, a także obostrzają negatywne

³⁰⁹ S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 28, 57; M. Zieliński, *Zasady i wartości konstytucyjne*, [w:] A. Bałaban, P. Mijał (red.), *Zasady naczelne Konstytucji RP z 2 kwietnia 1991 roku. Materiały 52 Zjazdu Katedr Prawa Konstytucyjnego w Międzyzdrojach 27 – 29 maja 2010 r.*, Szczecin 2011, s. 22-24; M. Safjan, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna System Prawa Prywatnego Tom 1*, Warszawa 2012, s. 321. Niekiedy na gruncie zamówień publicznych termin „zasada” rozumie się odmiennie, ale ze względu na temat rozprawy, najwłaściwsze wydaje się znaczenie dyrektywne. Charakteryzuje się ono pewną tradycją na gruncie prawa cywilnego, tak Z. Radwański, M. Zieliński [w:] M. Safjan (red.) *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 499 oraz powołana tam literatura, którzy wskazują na częściową nieadekwatność znaczeń zaczerpniętych z poglądów m.in. R. Dworkina oraz R. Alexy’ego. Szerzej na temat zastrzeżeń co do ujęcia R. Dworkina i R. Alexy’ego na gruncie prawa polskiego, zob. M. Zieliński, *Zasady i wartości...*, op. cit., s. 24 i nast. Z kolei za definicją zasad według przywołanych R. Dworkina i R. Alexy’ego opowiedziała się M. Wilejczyk w publikacji: M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014, rozdział V.§1, Legalis. Na tle zamówień publicznych do koncepcji R. Dworkina nawiązał P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019, rozdział I.§3.I.2, Legalis; na zapatrywaniach R. Dworkina oraz R. Alexy’ego wsparł się również M. Kania, *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 1, s. 3 i nast.; podobnie P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych*, Toruń 2019.

³¹⁰ I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie ...*, op. cit., s. 231; wskazuje na to również model należytego wykonania zobowiązania umownego, zob. T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*,

konsekwencje braku prawidłowej realizacji, co poprzez prewencyjną funkcję odpowiedzialności kontraktowej stimuluje realne wykonanie zamówienia³¹¹.

Obowiązek dotrzymania zobowiązania od dawna w piśmiennictwie i judykaturze łączony jest zasadą *pacta sunt servanda*³¹². Zasada realnego wykonania zobowiązania, pomimo ukształtowania jej w roli nadrzędnej reguły kodeksowej w poprzednich realiach ustrojowo-gospodarczych (1964), jest nadal obecna w doktrynie³¹³. Ponadto znajduje dostateczny wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego³¹⁴. Na gruncie zamówień publicznych uznaje się ją za jedną z ważniejszych zasad wykonania świadczeń zamawianych na potrzeby publiczne³¹⁵, rozwijającą zasadę *pacta sunt servanda*. Formuły prawne obu zasad nie pokrywają się jednak ze sobą, ale nie pozostają w sprzeczności. Funkcjonalnie odgrywają doniosłą rolę prawną, rzutując na pewność i bezpieczeństwo

Warszawa 1982, s. 113; M. Pecyna, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych System Prawa Handlowego Tom 5a*, Warszawa 2020, s. 132, gdzie przywołuje się art. 354 KC jako regulację formułującą zasadę należytego wykonania zobowiązania; A. Doliwa, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych System Prawa Handlowego Tom 5a*, Warszawa 2020, s. 252, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 354, pkt 2, Legalis. Jak wskazano wcześniej w rozdziale I.2 pracy w dawniejszej literaturze na zasadę należytego wykonania zobowiązania, jako zasadę odrębną, wskazywał W. Warkalło, *Wykonanie zobowiązań i skutki ich niewykonania*, Katowice 1966, s. 15.

³¹¹ Należyte wykonanie jako kontrapunkt niewykonania lub nienależytego wykonania przywołuje T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 64.

³¹² Por. uchwała SN z 30.03.1992 r., III CZP 24/92, OSNC 1992, nr 11, poz. 189; realne wykonanie zobowiązania zgodnie z zasadą *pacta sunt servanda* przyjął wyrok SA w Lublinie z 12.05.2022 r., I AGa 129/21, Lex. W wyroku SA w Katowicach z 25.10.2018 r., V AGa 18/18, Lex, zasadę *pacta sunt servanda* uznano za jedną z zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (art. 1206§2 pkt 2 k.p.c.); zob. również K. Kruczałak, *Skutki niemożliwości świadczenia według prawa cywilnego*, Warszawa 1983, s. 8 i nast.; J. Rajski, *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, „PPH” 2010, nr 3, s. 5; T. Wiśniewski, *Kilka słów na temat prawa sędziowskiego w postaci moratorium sędziowskiego*, „PPC” 2016, nr 3, s. 558-576; S. Prutis, *Instytucje podstawowe prawa prywatnego*, Białystok 2018, s. 126, według którego zasada *pacta sunt servanda* należy do fundamentalnych zasad prawa cywilnego; A. Doliwa, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 249; M. Lemkowski, *O konieczności uelastycznienia zasad wykonywania zobowiązań*, [w:] K. Bilewska, D. Krekora-Zajac (red.), *Wykonanie zobowiązań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Adamowi Brzozowskiemu*, Warszawa 2021, pkt I, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Część ogólna. Tom II. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 477, pkt I.3, Legalis.

³¹³ Zob. S. Prutis, *Instytucje podstawowe...*, op. cit., s. 122 i nast.; A. Doliwa, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 249; P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 174; A. Janiak, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2022, art. 450, pkt 3, Legalis; E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule generalne a wykonanie zobowiązania (z uwzględnieniem koncepcji systemu klauzul generalnych w projekcie KC)*, [w:] E. Gniewek, K. Górka, P. Machnikowski, *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25-27.09.2008 r.)*, Warszawa 2010., s. 327; R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 149; tenże, *Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2013, Nr 1, str. 17; W. Robaczyński, *Uwagi na temat obowiązku dochodzenia przez zamawiających roszczeń wynikających z umów w sprawach zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2017, Nr 2, s. 64; M. Czerwiński, *Obniżenie wynagrodzenia wykonawcy ze względu na wady przedmiotu zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2024, Nr 1, s. 37.

³¹⁴ Postanowienie SN z 16.05.2018 r., III PK 89/17, Lex, w którym SN stwierdził, że art. 354 KC ustanawia ogólną dyrektywę interpretacyjną, którą należy stosować przy ocenie sposobu wykonania zobowiązania, będąc konsekwencją obowiązywania zasady *pacta sunt servanda* i zarazem wykraczając poza jej zasięg; zob. również wyrok SN z 25.02.2015 r., IV CSK 395/14, Lex; uchwała SN z 22.11.2013 r., III CZP 72/13, OSNC-ZD 2014/2/40; wyrok SN z 26.04.2007 r., II CSK 544/06, Lex, w którym SN przywołał zarówno zasadę *pacta sunt servanda* jak i zasadę realnego wykonania zobowiązania; wyrok SN z 12.09.2003 r., I CK 32/02, Lex; wyrok SN z 12.09.2003 r., I CK 7/02, Lex; wyrok SN z 7.10.2016 r., I CSK 626/15, Lex; wyrok SA w Łodzi z 7.02.2020 r., I ACa 220/19, Lex.

³¹⁵ R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 149; K. Horubski, *Zwalczanie klauzul abuzywnych w umowach o zamówienia publiczne*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 3, s. 12-13.

obrotu³¹⁶. Jak wiadomo, wierzycielowi przysługuje roszczenie o wykonanie *in natura*³¹⁷, ma ono charakter pierwotny³¹⁸, wynika z istoty zobowiązania³¹⁹. Roszczenie pierwotne obejmuje również roszczenie o doprowadzenie świadczenia nieprawidłowego do stanu zgodności z treścią zobowiązania (roszczenie *in toto* oraz roszczenie o usunięcie niezgodności świadczenia z zobowiązaniem – „naprawienie” świadczenia)³²⁰. Wydaje się, że najbardziej ogólnych podstaw obowiązku dotrzymania umowy poszukiwać można w art. 56 KC. Oprócz woli stron decydujących się nałożyć na siebie normy wzajemnego (z reguły) postępowania, powinność dotrzymania umowy znajduje uzasadnienie w każdym z czynników wymienionych w tym przepisie, a najszersze – w zasadach współżycia społecznego.

W najogólniejszym ujęciu realne wykonanie zamówienia polega na postawieniu wierzyciela przez dłużnika we właściwej sytuacji prawnej i faktycznej poprzez wykonanie zamówienia publicznego zgodnie z treścią zobowiązania, w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu, zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym względzie ustalone zwyczaje – także w sposób z nimi zgodny (art. 354 KC). Uwzględniać również należy uniwersalny obowiązek dochowania należytej staranności (art. 355 KC), a także wymóg ponoszenia trudności oraz kosztów ryzyk kontraktowych, które wiążą się z konkretną umową (art. 357¹ KC). Jak wiadomo, pojęcie wykonanie umowy nie jest w doktrynie ujmowane jednolicie. Wykonanie zobowiązania zgodnie z art. 354§1 KC polega na wypełnieniu przez dłużnika wszystkich obowiązków dłużnych³²¹. Stosownie do nieco odmiennego stanowiska, podstawowy

³¹⁶ M. Safjan, *O klauzulach generalnych w prawie polskim*, „PiP” 1990, Nr 11, s. 55; idem, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne*..., op. cit. s. 291.

³¹⁷ T. Pajor, *Roszczenie o spełnienie świadczenia in natura*, [w:] E. Gniewek, K. Górka, P. Machnikowski (red.), *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25-27.9.2008 r.)*, Warszawa 2010, s. 261 i nast.; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna System Prawa Prywatnego Tom 6*, Warszawa 2018, s. 1145; R. Szostak, *Umowy o zamówienia*..., op. cit., s. 150; I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie*..., op. cit., s. 118 i nast. W literaturze przedmiotu występują konkurencyjne zapatrywania w kwestii „zaskarżalności” uprawnienia jako elementu roszczenia. Wskazuje się jednak, że w zakresie uprawnienia do żądania rzeczywistego wykonania zobowiązania „zaskarżalność” co do zasady występuje, zob. I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie*..., op. cit., s. 103, 118-119.

³¹⁸ Tak m.in. F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 1145.

³¹⁹ W. Warkalło, *Wykonanie zobowiązań*..., op. cit., s. 13; J. Rąjski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1994, s. 178; T. Pajor, *Roszczenie o spełnienie*..., op. cit., s. 261; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 1145; M. Lemkowski, *O konieczności uelastycznienia zasad wykonywania zobowiązań*, [w:] K. Bilewska, D. Krekora-Zajac (red.), *Wykonanie zobowiązań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Adamowi Brzozowskiemu*, Warszawa 2021, pkt I, Legalis.

³²⁰ I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie*..., op. cit., s. 231, według której pierwotne roszczenie o wykonanie zobowiązania to roszczenie o należyte wykonanie zobowiązania, a nie o wykonanie jakiegokolwiek. W tym ujęciu, przepisy o rękojmi precyzyjniej określają granice tej postaci roszczenia pierwotnego; odmiennie co do kwestii objęcia roszczeniem o wykonanie obowiązku usunięcia niezgodności z zobowiązaniem F. Zoll, [w:] *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 173.

³²¹ A. Pyrzyńska, *Uwagi o wykonaniu zobowiązania*, [w:] K. Bilewska, D. Krekora-Zajac (red.), *Wykonanie zobowiązań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Adamowi Brzozowskiemu*, Warszawa 2021, pkt 7, Legalis.

sposób wykonania zobowiązania polega na spełnieniu świadczenia; zobowiązanie wygasa, gdy dłużnik świadczył do rąk osoby uprawnionej, we właściwym miejscu, w odpowiednim czasie, a jego zachowanie odpowiada art. 354 § 1 oraz art. 355 KC³²². Zdaniem niektórych utożsamienie spełnienia świadczenia z wykonaniem umowy nie jest właściwe. To ostatnie następuje w razie wykonania przez dłużnika wszystkich ciężących na nim obowiązków zarówno związanych funkcjonalnie z długiem, jak i funkcjonalnie z nim niezwiązanych, przy czym dla wykonania umowy niezbędne jest również wykonanie powinności kontraktowych przez wierzyciela³²³. Wreszcie według innego zapatrywania, wykonanie umowy obejmuje zasadniczo dwa elementy: polega na spełnieniu świadczenia przez dłużnika i zaspokojeniu w ten sposób roszczenia wierzyciela. Następuje, gdy wynikające z treści zobowiązania świadczenie zostaje zrealizowane³²⁴. Jak łatwo zauważyć, najprostszy „model” stosunku zamówienia publicznego (art. 7 pkt 32 Pzp) obejmuje więcej elementów niż podstawowy stosunek obligacyjny (art. 353 KC), w szczególności uzupełniony został o wymóg pierwszeństwa świadczenia niepieniężnego oraz bezwzględny obowiązek współdziałania w celu należytej realizacji zamówienia. Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego dodatkowe powinności w zakresie podwykonawstwa oraz utrzymania pierwotnej korelacji wymiarów świadczenia niepieniężnego (obligatoryjne klauzule waloryzacyjne). Jak już była wyżej o tym mowa (rozdz. I.1 opracowania), w centralnym punkcie prawidłowego wykonania zamówienia umieścić należy spełnienie świadczenia niepieniężnego. Pozwala to przyjąć, że realne wykonanie zamówienia polega zatem przede wszystkim na rzeczywistym spełnieniu przez wykonawcę świadczenia niepieniężnego i zaspokojeniu w ten sposób oznaczonego interesu zamawiającego, przy czym wskazanym elementom towarzyszy wykonanie również przez zamawiającego, jako wierzyciela, pewnych obowiązków łączących się ze świadczeniem dłużnym, a także dopełnieniu przez dłużnika powinności, które nie będą polegać na realizacji świadczenia. Realne wykonanie zamówienia opisać można również przez zmianę, którą powoduje w sytuacji prawnej i faktycznej wierzyciela, rzutującą pozytywnie na interesy, które realizacja zamówienia publicznego ma zaspokoić. Co do zasady korzystna dla wierzyciela zmiana musi następować już w toku wykonywania zamówienia poprzez zachowanie wykonawcy zgodne z kryteriami należytego wykonania zobowiązania. W przypadku umów

³²² F. Zoll, [w:] A. Olejniczak, *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1060 i nast.

³²³ Zob. Tracz G., *Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązań w polskim prawie cywilnym*, „KPP” 2009, Z.1, s. 177, 181-182, 202; A. Szejna, *Charakter prawny wykonania zobowiązania*, „PiP”, 2010, nr 12, s. 85.

³²⁴ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 64.

nazwanych prawidłowa sytuacja prawna i faktyczna, w której zamawiający powinien się znaleźć określona zostaje elementami konstrukcyjnymi danego typu zobowiązania, a z uwagi na dynamiczny charakter stosunku obligacyjnego, wykonywanie zamówienia *in natura* również ma taki charakter, toteż wierzyciel musi być w sytuacji prawnej i faktycznej stosownie do aktualnej treści zobowiązania i prawidłowego na dany moment sposobu wykonywania.

Dodatkowo, na tle niektórych umów, w szczególności przy świadczeniu rozłożonym w czasie, wyodrębnić należy pojęcia: należyte wykonywanie zamówienia *in natura* oraz nienależyte, realne wykonywanie zamówienia publicznego. Oba stanowią stany niedokonane, przy czym pierwszy polega na faktycznej realizacji zamówienia w danym etapie realizacji zgodnie z art. 354. To drugie polega na odchyleniach od wskazanego wzorca. Na gruncie zamówień publicznych uzasadnienia do tego wyodrębnienia dostarcza przede wszystkim art. 456 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym wykonawcy przysługuje wyłącznie wynagrodzenie z tytułu wykonania części umowy w razie odstąpienia przez zamawiającego od umowy z uwagi na zaistnienie istotnej okoliczności powodującej, że jej realizacja nie leży w interesie publicznym. Pełna część wynagrodzenia nie powinna przysługiwać wykonawcy, jeśli odstąpienie od umowy skorelowało się ze stanem nienależytego wykonywania zamówienia. Ponadto należy mieć na względzie przepisy art. 611 oraz art. 636 KC wskazujące na wadliwe lub sprzeczne z umową wykonywanie przedmiotu umowy, jak również art. 610 oraz art. 635 KC dotyczące odchyień od wymagań temporalnych.

Wynikający z treści zamówienia publicznego stan docelowy to stan należytego wykonywania i należytego wykonania zamówienia. Charakteryzuje się brakiem rozbieżności między zakresem zaspokojenia przewidzianym w treści zamówienia publicznego a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. W związku z tym, realne wykonanie zamówienia *sensu stricto* obejmuje należyte wykonanie zamówienia publicznego, natomiast realne wykonanie zamówienia w ujęciu szerszym łączy się z wykonaniem nienależytym. W tym ostatnim przypadku dochodzi bowiem do spełnienia świadczenia pierwotnego i zaspokojenia interesu wierzyciela, ale występuje rozbieżność między zaspokojeniem określonym w treści zobowiązania a zaspokojeniem faktycznym³²⁵. Przywrócenie pełnej równowagi interesów stron może nastąpić poprzez

³²⁵ Por. T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 113.

roszczenia wtórne, przy czym przez wzgląd na przewagę elementów utylitarnych w interesie wierzyciela, o czym niżej, pierwszorzędne znaczenie przypisać trzeba restytucji naturalnej. Przeciwnieństwem realnego wykonania zamówienia w obu znaczeniach jest niewykonanie zamówienia.

Konkretny obowiązek dłużny dotyczy zindywidualizowanego działania, które zdeterminuje, jakie określone zachowanie dłużnika (niekiedy wierzyciela) ze względu na treść zamówienia ocenione zostanie jako wypełnienie określonej powinności dłużnej. Ustalenie konkretnych obowiązków oraz ich przedmiotu w danym stosunku pozwala z kolei ustalić wzorzec, pozwalający ocenić, czy zostały albo czy nie zostały realnie wykonane poszczególne, konkretne obowiązki kontraktowe³²⁶. Te ostatnie funkcjonują w prawie cywilnym w sposób zróżnicowany³²⁷. Wobec odwołania się przez prawodawcę do kryterium wagi poszczególnych powinności realizacyjnych (art. 25 ust. 1 pkt 1, art. 27, art. 109 ust. 1 pkt 7, art. 214 ust. 9, art. 246 ust. 2 Pzp) najwłaściwsze wydaje się nawiązanie do dwóch podziałów. Realizacja obowiązków głównych (zasadniczych, podstawowych) prowadzi do spełnienia podstawowego celu zobowiązania, co przede wszystkim łączy się ze spełnieniem świadczenia³²⁸. Obowiązki uboczne służą zaś jedynie pomocniczo celom głównym zobowiązania³²⁹. Mogą one w szczególności przygotowywać, uzupełniać lub wzmacniać realizację głównych powinności dłużnych. W tym układzie, realne wykonanie zamówienia oznacza faktyczne zrealizowanie obowiązków głównych i ubocznych, jak również zrealizowanie obowiązków głównych z niewielkimi odchyleniami od treści zobowiązania (w szczególności jakość, termin, miejsce, sposób wykonania) lub odstępstwami w zakresie obowiązków ubocznych. Osobne kryterium podziału odwołuje się do relacji natury funkcjonalnej między danym

³²⁶ Zob. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego...*, op. cit., s. 55 i nast.

³²⁷ Część piśmiennictwa kwestionuje celowość dokonywania podziału w tym względzie, uznając jednak przydatność dla celów dydaktycznych: P. Machnikowski, [w:] *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 156 i nast. Co do rozumienia w literaturze obowiązków głównych (zasadniczych, podstawowych) i ubocznych (pomocniczych) zob. np. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego...*, op. cit., s. 41-43 oraz powołane tam piśmiennictwo; I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit. s. 121 i nast.; P. Drapała, *Przejęcie długu, przejęcie praw i obowiązków z umowy (zmiana strony umowy)*, Warszawa 2016, s. 140 i nast. wraz z cytowaną literaturą. Na gruncie zamówień publicznych R. Szostak przywołuje obowiązki główne, uboczne, akcesoryjne, zob. R. Szostak, *Umowy w sprawach...*, op. cit., s. 153, 169.

³²⁸ Zob. S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski (red. tomu), W. Czachórski (red. nacz.), *System Prawa Cywilnego. Tom I. Część ogólna*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985, s. 44-46; P. Drapała, *Przejęcie długu...*, op. cit., s. 140 i nast.; P. Machnikowski, [w:] *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 156; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 353, pkt I. F.1-2, Legalis.

³²⁹ Tak: P. Drapała, *Przejęcie długu...*, op. cit., s. 142, odmiennie I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 353 pkt I.F.-2, Legalis.

obowiązkiem a długiem³³⁰. Ten ostatni bywa w doktrynie ujmowany rozmaicie, w tym jako obowiązek spełnienia świadczenia, składający się z szeregu pomniejszych obowiązków³³¹, względnie jako syntetycznie ujęty zbiór obowiązków dłużnika, w tym powiązanych i niepowiązanych funkcjonalnie z długiem³³². Z tej perspektywy, realne wykonanie *sensu stricto* oznacza dopełnienie obowiązków obu kategorii przez wykonawcę i zamawiającego, natomiast szersze ujęcie dopuszcza jedynie niezbyt znaczące odchylenia od treści zobowiązania.

Jak wiadomo, za świadczenie uznaje się zachowanie dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i czyniące zadość oznaczonemu interesowi wierzyciela³³³. Odróżniać przy tym należy świadczenie jako zachowanie dłużne (por. art. 353, art. 354, art. 479, 488 KC) od świadczenia jako zachowania rzeczywistego (np. art. 475§2, art. 496 KC)³³⁴. Dopiero to drugie przesądza o realnym wykonaniu zamówienia. Świadczenie przeważnie składa się z zespołu czynów wykonawcy³³⁵. Doniosłość interesu wierzyciela jako elementu ukierunkowującego świadczenie (cel świadczenia) stała się przedmiotem pewnych kontrowersji w doktrynie, w której zasadniczo zarysowały się dwa nurty interpretacyjne. Wedle pierwszego, przeważającego, świadczenie pozostaje ukierunkowane na zaspokojenie określonego interesu wierzyciela³³⁶. Odmienne podejście opiera się na tezie, zgodnie z którą dłużnika nie należy obciążać obowiązkami nieokreślonymi w treści zobowiązania, jak również zaspokajania, leżących poza tą treścią i bliżej nieokreślonych interesów wierzyciela³³⁷. W ramach tej interpretacji nie przekreśla się jednak całkowicie znaczenia interesu wierzyciela, a stawia się pod znakiem zapytania doniosłość interesu,

³³⁰ Por. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego...*, op. cit., s. 42-45, 51 i nast.; G. Tracz, *Pojęcie wykonania...*, op. cit., s. 176; S. Szejna, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 82; nieco odmienne ujęcie powiązania funkcjonalnego z długiem przedstawia P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 166 i nast.

³³¹ Tak: F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1945., s. 2 i nast.; R. Longschamps de Berier, *Polskie prawo...*, op. cit. s. 18 i nast.; P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 156 i nast.; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., pkt I.H.a.1, Legalis; M. Gutowski [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2022, art. 353, pkt V.F, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz.*, Warszawa 2024, art. 353, pkt 29, Legalis.

³³² Tak: P. Drapała, *Przejęcie długu...*, op. cit., s. 125 wraz z powołanym piśmiennictwem.

³³³ T. Dybowski, [w:] Grzybowski S. (red. tomu), Czachórski W. (red. naczelny), *System Prawa Cywilnego. Tom I. Część ogólna*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 71; A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego...*, op. cit., s. 55 i nast.; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 64-67; , [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 5*, Warszawa 2020, s. 201; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, art. 353, pkt 51 oraz powołane tam piśmiennictwo.

³³⁴ Zob. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego...*, op. cit., s. 56; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 353, pkt 3 , Legalis.

³³⁵ A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego...*, op. cit., s. 56-57; P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 157 , Legalis.

³³⁶ Zob. piśmiennictwo przywołane w przypisie 333 powyżej.

³³⁷ I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 353, pkt I.K.b, Legalis. Wątpliwości do zaspokojenia interesu wierzyciela jako celu świadczenia formułuje również P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 472.

który nie byłby wyrażony w treści zobowiązania. Chodzi zatem o interes typowy w zaciągnięciu danego zobowiązania, jak również interes znany dłużnikowi przy zawieraniu umowy, który nie został przezeń zakwestionowany. Jedynie w przypadkach określonych ustawą może mieć znaczenie interes wierzyciela znajdujący się poza treścią zobowiązania³³⁸. Uznając za trafne stanowisko pierwsze dodać można, że może wystąpić sytuacja „zawieszenia” interesu wierzyciela w otrzymaniu świadczenia z uwagi na znane dłużnikowi okoliczności zewnętrzne, co w myśl zasad współżycia społecznego (art. 354 KC) mogłoby prowadzić do nakazu wstrzymania się z zaofiarowaniem świadczenia, z którego wierzyciel w sposób oczywisty nie mógłby skorzystać. Dodatkowo, cele zamówień publicznych wykluczają zawieranie i realizację zobowiązań chybionych (zob. rozdz. I.1 opracowania). Łączy się z tym interes zamawiającego publicznego jako wierzyciela w zobowiązaniu. Interes ten, jak już wspomniano o tym wyżej, nie dotyczy zaspokojenia interesów dalszego stopnia, polegających na wykorzystaniu otrzymanego świadczenia do zaspokajania potrzeb publicznych. W związku z tym, wykonawca (dłużnik) zobowiązany jest uwzględniać w realizacji zamówienia jedynie interesy wierzyciela określone w sposób cywilnoprawny, które są mu znane albo są dla niego rozpoznawalne, co w szczególności dotyczy celów oraz korzyści typowo związanych z określonym świadczeniem. Interesy szczególne będą brane pod uwagę, gdy znalazły się w treści zamówienia³³⁹. W dodatku, chociaż zamówienie publiczne jest umową odpłatną, a wartość zamówienia każdorazowo należy ustalić w pieniądzu (art. 28 i nast. Pzp), to wymiar pieniężny interesu wierzyciela nie ma znaczenia pierwszoplanowego.

Zasadnicza wartość świadczenia w zamówieniu publicznym nie wyraża się w aspekcie ekonomiczno-finansowym, lecz w wartości funkcjonalnej (użytkowej, użytkowej) świadczenia niepieniężnego. Specyfika zamówień publicznych, w szczególności bezwzględny obowiązek współdziałania w celu należytego wykonania (art. 431 Pzp) sprzeciwia się zarazem uznawaniu za jakikolwiek cel zamówienia zapewnienie zamawiającemu roszczeń wtórnych, w szczególności kar umownych, odszkodowania. Element funkcjonalny (użytkowy) interesu wierzyciela opisuje i wypukla wymóg realnego dotrzymania zobowiązania, lecz publicznoprawny charakter zadań realizowanych przez zamawiającego nie czyni z zaspokajania potrzeb publicznych celów

³³⁸ I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy ...*, op. cit., art. 353, pkt I.K.b, Legalis.

³³⁹ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, s. 123. Nietypowe przeznaczenie przedmiotu zamówienia powinno stać się elementem wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia (art. 99 ust. 1 Pzp). Por. rozdział III.2. opracowania.

obligacyjnych, w szczególności celu świadczenia. Mogą one mieć jednak znaczenie dla określania takiego celu. Za operatywność realnego wykonania w zaspokajaniu potrzeb zbiorowych (załatwianie tych drugich w efekcie zaistnienia tego pierwszego) odpowiada jednak zamawiający. Powinno to wynikać z odpowiedniego oznaczenia świadczenia w zobowiązaniu, a w szczególności poprzez dochowanie ustawowych reguł opisu przedmiotu zamówienia (zob. rozdz. III.2 opracowania).

Na podstawie przepisów o wykonaniu zobowiązania opisać można kilka kluczowych elementów rzeczywistego świadczenia, które pozostaje w zgodzie z treścią zamówienia. W doktrynie, celem odróżniania niewykonania od wykonania nienależytego, odwołano się do cech (atrybutów) świadczenia konstytutywnych i uzupełniających³⁴⁰, podkreślając potrzebę każdorazowego dokonywania oceny konkretnej treści indywidualnego zobowiązania. Do cech konstytutywnych zaliczono atrybuty określające to, co dłużnik powinien zrealizować („co”) i odróżniające świadczenie powinno od innych możliwych świadczeń. Natomiast elementy wyznaczające wykonawcę („kto”), termin („kiedy”), miejsce („gdzie”), jakość i sposób („jak”) świadczenia uznano za cechy uzupełniające³⁴¹. Z kolei w zamówieniach publicznych, konstytutywna rola przypada w szczególności osobistemu zrealizowaniu kluczowych zadań w zamówieniach na roboty budowlane i usługi, a w zamówieniach na dostawy – w zakresie prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją (art. 60 oraz art. 121 Pzp). Do cech konstytutywnych może być również zaliczone zrealizowanie przez podmioty trzecie tych elementów zamówienia, do których realizacji niezbędne są udostępniane przez te podmioty zasoby w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (art. 118 ust. 3 Pzp), a także cechy świadczenia, od których odstępstwa bezwzględnie wymagałyby przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na modyfikację „ogólnego charakteru umowy” w rozumieniu art. 454 i art. 455 Pzp. Skoro bowiem strony nie mogą zmienić w tym zakresie cech świadczenia, to tym bardziej nie może ono zostać realnie spełnione (*argumentum a fortiori*). Jeśli świadczenie nie sięga cech konstytutywnych, nie dochodzi do wykonania *in natura* w ujęciu szerszym. Gdy odchylenia od modelu należytego

³⁴⁰ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 114; M. Bujalski, F. Zoll, [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 6*, Warszawa 2023, s. 1247; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Część ogólna. Tom II. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 471, pkt D.3., Legalis. Odminną koncepcję przedstawia G. Tracz, *Pojęcie wykonania...*, op. cit., s. 199 i nast. oraz W. Borysiak, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 471, pkt 46, Legalis.

³⁴¹ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 114.

wykonania łączą się z cechami uzupełniającym, wykonanie następuje, lecz nienależyte.

W zamówieniu publicznym liczą się przede wszystkim atrybuty jakościowe świadczenia. Jakość w doktrynie ujmowana jest niejednolicie. Na tle zamówień publicznych wyrażono zapatrywanie, zgodnie z którym za jakość uznaje się zespół cech (parametrów) charakteryzujących świadczenie wykonawcy, wpływających na stopień zdolności do zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego³⁴². Jakość opisywano również jako niekonstytutywne cechy świadczenia, które nie są jego cechami czasoprzestrzennymi ani ilościowymi³⁴³. Przez wzgląd na specyfikę zamówień publicznych drugie z powołanych zapatrywań uzupełnić można o wpływ wskazanych niekonstytutywnych cech świadczenia na zdolność do zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego. W efekcie, jakość oznaczałaby zespół niekonstytutywnych cech (parametrów) świadczenia niepieniężnego związanych z wartością użyteczną świadczenia, które nie są jego cechami czasoprzestrzennymi ani ilościowymi, lecz wpływają na stopień zdolności do zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego.

W praktyce ustalenie wymaganej relacji jakości świadczenia powinno do rzeczywiście spełnionego odbywa się różnorodnie. W zamówieniach dotyczących wydania rzeczy (obiektów fizycznych) lub przeniesienia praw, a więc w zakresie licznych umów realizowanych w ramach zamówień na dostawy, realne wykonanie oznacza brak odchyłeń jakościowych między wydanym zamawiającemu przedmiotem świadczenia a przedmiotem opisanym w warunkach zamówienia, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia³⁴⁴. Zamawiający powinien postawiony zostać w sytuacji prawnej i faktycznej zgodności między rzeczą realnie wydaną a treścią umowy, w szczególności z właściwościami rzeczy, które powinna mieć z wzglądu na cel oznaczony w zamówieniu albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia rzeczy. W dodatku, rzecz musi posiadać właściwości, o których istnieniu zapewniał wykonawca albo zamierzonym przez zamawiającego przeznaczeniu, co do którego wykonawca nie zgłosił zastrzeżeń. Nie bez znaczenia w aspekcie jakościowym pozostaje stan kompletności rzeczy. Gdy pewne cechy jakościowe nie zostaną określone w treści zamówienia ani nie będą wynikać z przepisów prawa, odpowiednią jest jakość średnia (art. 357 KC). W

³⁴² R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 165 oraz cytowane tam piśmiennictwo; podobnie A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449*, Warszawa 2020, art. 357, pkt 7, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357, pkt 5, Legalis.

³⁴³ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 116.

³⁴⁴ Ibidem, s. 117.

zamówieniach czynienia nie polegających na wydaniu rzeczy, a więc w zamówieniach na roboty budowlane oraz zamówieniach na dostawy obejmujące wykonanie umowy o dzieło, ocena jakości świadczenia spełnionego dokonywana jest poprzez odniesienie atrybutów jakościowych realnych efektów pracy wykonawcy do rezultatów wymaganych treścią zamówienia. Także i w tych przypadkach, realne wykonanie zamówienia oznacza zgodność niekonstytutywnych cech świadczenia z wymaganymi parametrami użytkowymi wynikającymi z celu umowy, okoliczności, przeznaczenia, zapewnień wykonawcy. Minimalna jakość jest średnia (art. 357 KC). Natomiast w zakresie świadczeń polegających na podjęciu przez dłużnika pewnej ukierunkowanej aktywności, co w szczególności wystąpi w zamówieniach na usługi, realne zapewnienie zamawiającemu wymaganej jakości nastąpi wskutek oceny jakościowej wyłącznie zachowania dłużnika. Jak wskazano w doktrynie³⁴⁵, w zobowiązaniach tego typu model wykonania prawidłowego zdeterminowany zostaje poprzez oznaczenie celu, do którego dłużnik ma zmierzać, jak również przez odwołanie się do zespołu obiektywnych reguł wiedzy i doświadczenia normujących najwłaściwszy ze względu na wskazany cel sposób postępowania w danej dziedzinie działalności. Realne dopełnienie wymogów jakościowych następuje tutaj w razie zapewnienia zamawiającemu wartości użytecznej świadczenia zgodnej z treścią zamówienia oraz jego celem. Wymagane jest stwierdzenie podjęcia zachowania przez dłużnika oraz zgodności zachowania ze wskazanymi regułami oraz z warunkami zamówienia.

Doniosłe znaczenie ma wykonawca świadczenia. Jak łatwo zauważyć, w zamówieniach publicznych podwykonawstwo zostało dopuszczone szeroko (art. 462 i nast. Pzp), wypełnienie zobowiązania nie musi zatem następować wyłącznie przez wykonawcę. Wykluczone jest jedynie powierzenie całości zamówienia podwykonawcy (zob. rozdz. IV.5 opracowania). Toteż ograniczone zostały możliwości zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego świadczenia dłużnika. Do konstytutywnych cech świadczenia niepieniężnego z reguły zaliczyć jednak można wymóg osobistego wykonania „kluczowych zadań”, o których mowa w art. 60 i art. 121 Pzp, jak również wykonanie przez wykonawcę dysponującego odpowiednimi uprawnieniami robót budowlanych, dostaw lub usług, do których realizacji uprawnienia te są wymagane (art. 117 ust. 3 Pzp), a także wykonanie przez podmiot udostępniający zasoby w zakresie

³⁴⁵ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 85, 121. W zakresie opisu przedmiotu zamówienia zob. rozdział III.2 opracowania.

wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia usług lub robót budowlanych, do których realizacji te zasoby są konieczne (art. 118 ust. 2 Pzp). Ten ostatni przypadek jest szczególny, podyktowany ochroną odpowiedniej jakości świadczenia, bowiem ustawa Pzp nakazuje realnie spełnić elementy świadczenia nieosobiście³⁴⁶.

Termin zazwyczaj stanowi cechę uzupełniającą. Ustawa Pzp zawiera w tym względzie rozwiązania szczególne względem przepisów kodeksu cywilnego, wykluczając w zasadzie określanie terminu wykonania zamówienia datą kalendarzową (rozdz. III.4 opracowania). Nie występuje zakaz zakresłania terminu spełnienia świadczenia na dzień wolny od pracy zgodnie z ustawą z 18.01.1951 o dniach wolnych od pracy³⁴⁷. Jedynie w nielicznych przypadkach ścisła terminowość jest cechą konstytutywną, a co za tym idzie, w tym względzie możliwe jest jedynie realne wykonanie zamówienia *sensu stricto*.

Właściwe miejsce świadczenia to ważny element długu. Z reguły wynika ono z treści umowy o zamówienie publiczne. Unormowania Pzp wprowadzają szczególną kategorię – miejsce świadczenia podlegające bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego (art. 462 ust. 3 i 4 Pzp). Jak łatwo zauważyć dotyczy to zamówień na roboty budowlane lub usługi. Wprowadzenie reguł nadzoru nad podwykonawcami skutkuje określeniem właściwego miejsca realnego wykonania zamówienia. Gdy miejsce świadczenia nie zostało określone w umowie o zamówienie publiczne, zastosowanie znajdą reguły określone w art. 454 KC. Niekiedy miejsce świadczenia ma charakter złożony. Jeśli umowa przewiduje tzw. częściowe odbiory fabryczne, to miejscem odbioru poszczególnych elementów świadczenia może być przedsiębiorstwo wykonawcy, a odbiór finalny może zostać dokonany u zamawiającego. Wykonanie *in natura* w miejscu właściwym wiąże się zasadniczo z dopełnieniem uzupełniających cech świadczenia, niemniej jednak, nie można wykluczyć przypadku awansowania go do cechy konstytutywnej (np. dostawa prowiantu do miejsc kłęski żywiołowej).

Odpowiedni sposób wykonania zobowiązania rzutuje na realne wypełnienie

³⁴⁶ To ostatnie można uznać za cechę względnie konstytutywną, gdyż wykonawca jest uprawniony powierzyć taką część zamówienia innemu podmiotowi o nie mniejszych zasobach lub wykonać ją samemu, jeśli sam legitymuje się odpowiednią zdolnością techniczną lub zawodową. W zakresie kluczowych zadań oraz udostępniającego zasoby alternatywne rozwiązanie interpretacyjne polegać może na uznaniu ich za cechy uzupełniające, jeżeli obostrzenia podyktowane byłyby zaufaniem wierzyciela.

³⁴⁷ T. j. Dz. U. 2020, poz. 1920.

powinności dłużnych (art. 354§1 KC). Sposób w tym kontekście to całokształt powinnoego zachowania przy wykonywaniu zamówienia³⁴⁸, przy czym w zamówieniach publicznych odnosić się bezwzględnie do wykonawcy, jak i zamawiającego. Ten ostatni także obowiązany jest współdziałać w wykonaniu zamówienia w odpowiedni „sposób” (art. 431 Pzp). Wskazany całokształt zachowania dłużnego musi umożliwiać osiągnięcie stanu należytego wykonania zobowiązania (art. 354§2 KC, art. 431 Pzp). Z uwagi na dynamiczny charakter zobowiązania, realne wykonanie zamówienia wymaga uwzględnienia przez wykonawcę pewnych osobnych interesów wierzyciela związanych nie tylko z wykonaniem, ale również wykonywaniem zamówienia. Prawidłowy sposób wykonywania zamówienia oznacza między innymi niepowodowanie po stronie zamawiającego nadmiernych trudności organizacyjnych, jak również nieprzewidzianego zakłócania toku normalnej pracy. Istotna jest dbałość o mienie zamawiającego, jak również niewyrządzanie mu szkody w związku z realizacją umowy, w tym szkód w środowisku, w miejscu spełnienia świadczenia. Szereg obowiązków w zakresie realnego, należytego wykonywania zamówienia wynika ze znanych wykonawcy interesów zamawiającego, w szczególności typowych celów danej umowy, właściwości lub przeznaczenia świadczenia, a także znanych mu okoliczności realizacyjnych. Szczególne lub nietypowe interesy zamawiającego powinny być uwzględniane przez dłużnika, jeśli wyrażone zostały w treści zobowiązania³⁴⁹. Trzeba zauważyć, że realne, prawidłowe wykonywanie zamówienia publicznego oznaczać może niekiedy niespełnianie świadczenia. Gdy wierzyciel, wskutek okoliczności zewnętrznych, znajduje się w sytuacji uniemożliwiającej zgodnie z zasadami współżycia społecznego odbiór świadczenia, wykonawca nie powinien ofiarować przedmiotu zamówienia, nawet jeśli spełnione byłyby wymagania w zakresie cech jakościowych, ilościowych, związane z osobą wykonawcy, miejscem oraz terminem wykonania. W takiej sytuacji, to brak realnego wykonania oznacza postawienie wierzyciela w prawidłowej sytuacji prawnej i faktycznej, a co za tym idzie, zaistnieje należyte wykonywanie zamówienia publicznego.

Unormowania prawa zamówień publicznych nie usuwają dylematów związanych z charakterem prawnym wykonania zobowiązania (tzw. teorie: umowna, realnego

³⁴⁸ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 122 i nast.

³⁴⁹ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 123.

spełnienia świadczenia, celowego spełnienia świadczenia, teoria umowna)³⁵⁰. Jednak wobec względów płynących z zasady efektywności zamówień, kwalifikowanej strony podmiotowej tych umów, zasady pierwszeństwa spełnienia świadczenia niepieniężnego, a także wyniesienia rangi współdziałania stron w „celu należytej realizacji zamówienia”, na gruncie zamówień publicznych najwłaściwsza wydaje się tzw. teoria celowego spełnienia świadczenia.

W konkluzji poczynionych ustaleń stwierdzić można, że zasada wykonania zamówienia *in natura* nie została wprost wyrażona w ustawie Pzp, lecz jej istnienie stwierdzić można pośrednio na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych. Stanowiła istotny motyw wyniesienia problematyki wykonania w systematyce ustawy Pzp, przenika z regulacji o kwalifikacji podmiotowej, obowiązku współdziałania stron (art. 431 Pzp), jak również znajduje wyraz w ograniczeniach swobody zmian umowy o zamówienie publiczne (art. 454-455 Pzp). Jej źródłem są unormowania art. 353, art. 354 i art. 355 KC, stosowane do umowy o zamówienie publiczne wprost. Łączy się ona z szeroko ujmowaną zasadą realnego wykonania zobowiązań. Skupia w sobie zrealizowanie przez strony zamówienia publicznego wszystkich obowiązków funkcjonalnie związanych oraz niezwiązanych z długiem wykonawcy, poprzez rzeczywiste dopełnienie obowiązków wobec właściwego podmiotu, z należyłą jakością, we właściwym miejscu, czasie, zgodnie ze wzorcowymi kryteriami należytego wykonania wynikającymi z art. 354 i art. 355 KC. Wymóg realnego wykonania charakteryzuje się dynamiczną naturą, co wiąże się z dynamicznym charakterem zobowiązania z umowy o zamówienie publiczne.

³⁵⁰ Zob. w tej mierze J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański, *System prawa...*, op. cit., s. 716; A. Szpunar, *Charakter prawny wykonania zobowiązania*, „Rejent” 1998, nr 5, s. 9 i nast. wraz z cytowaną tam literaturą; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak, *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1061-1066 oraz powołane tam piśmiennictwo. W ocenie autora niniejszej pracy nieprzekonywujące jest zapatrywanie, w którym kwestionuje się element celowości spełnienia świadczenia w zobowiązaniach polegających na zaniechaniu. Wypada bowiem pamiętać, że konstrukcja świadczenia opiera się na zachowaniu dłużnika. Nie można mówić o zaniechaniu dłużnika, jeśli pewnych działań nie dokonywał on w braku obiektywnej niemożności działania. Nawiązując do prezentowanego w podręcznikach przykładu o zobowiązaniu się sąsiada do zaniechania gry na pianinie w godzinach popołudniowych w zamian za świadczenia wzajemne, dłużnik nie realizuje zobowiązania zaniechania, jeśli brak gry na instrumencie spowodowany został absencją wskutek tymczasowego aresztowania.

2. Racjonalne kryteria wykonania zamówienia

Znaczenie wykonania zamówienia zostało wyraźnie podniesione w systematyce ustawy Pzp³⁵¹, lecz nie reguluje ona wzorcowych kryteriów świadczenia *in natura*. Wynikają one jednak z przepisów kodeksowych wytyczających ogólne zasady wykonania zobowiązania (art. 354 KC) oraz obowiązek dochowania należytej staranności (art. 355 KC), który ma wprowadzić charakter samodzielny, ale łączy się uniwersalnie z obowiązkiem wykonania zamówienia *in natura*. Kryteria te stanowią od lat przedmiot wypowiedzi doktryny i judykatury, toteż zbędne jest ich pogłębione przedstawianie. Ich natura charakteryzuje się złożonością. Wyznaczają wiążący program realizacji zamówienia, określając przyszłe obligatoryjne zachowanie wykonawcy. Stanowią zarazem kryterium oceny, czy realne wykonanie odpowiada powinności dłużnej. Wreszcie, wytyczają najogólniejsze granice obowiązku wykonania *in natura*, albowiem wykonawca nie jest zobowiązany świadczyć poza nie.

Jak wiadomo art. 354 KC operuje czterema kryteriami oceny wykonania świadczenia *in natura*: treścią zobowiązania, celem społeczno-gospodarczym, ustalonymi zwyczajami oraz zasadami współżycia społecznego. Pierwszoplanowa rola przypada treści zobowiązania³⁵², która powinna być zgodna z ustawą. Pozostałe kryteria mają znaczenie suplementarne, dotyczące sposobu realizacji, przez który rozumieć można całokształt powinnoego zachowania dłużnika przy wykonywaniu zobowiązania³⁵³. Rzutuje to m.in. na niedopuszczalność podważania treści zamówienia przy pomocy kryteriów suplementarnych³⁵⁴. Ta pierwsza uzyskuje w zamówieniach jeszcze większą wagę z uwagi na reżim prawny opisywania przedmiotu zamówienia. Pozostałe wzorcowe weryfikatory nie mogą prowadzić do wniosków z nią kolidujących³⁵⁵. Z perspektywy wykonania *in natura* doniosłe jest pierwszeństwo kryteriów wzorcowych przed

³⁵¹ Zostało ono ujęte wprost w tytule dział VII ustawy Pzp, którego regulację otwiera przepis obowiązek współdziałania w celu należytego wykonania zamówienia. Nie należy zapominać o zasadzie efektywności, której realizacja bezpośrednio zależy od należytego wykonania zamówienia.

³⁵² R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 152 oraz powołane tam piśmiennictwo.

³⁵³ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 122.

³⁵⁴ A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna*, Warszawa 2014, art. 354, pkt 2, Lex; R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 152 oraz powołane tam piśmiennictwo; A. Doliwa, *Funkcje zasad współżycia społecznego w prawie cywilnym*, Warszawa 2021, s. 109; E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule generalne a wykonanie zobowiązania (z uwzględnieniem koncepcji systemu klauzul generalnych w projekcie KC)*, [w:] E. Gniewek, K. Górka, P. Machnikowski (red.), *Zaciąganie i wykonywanie...*, op. cit., s. 339.

³⁵⁵ M. Saffan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, Warszawa 2020, art. 354, pkt II.2, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023, art. 354 pkt I.6, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt III, Legalis; wyrok SN z 24.09.2009 r., IV CSK 138/09, Lex.

dyspozytywnymi regulacjami kodeksowymi w zakresie wykonania zobowiązania³⁵⁶. W konsekwencji, przy braku określania w warunkach zamówienia wymagań co do jakości świadczenia, tę ostatnią należy wpierw określać na podstawie kryteriów, o których mowa w art. 354 KC, a dopiero następnie według art. 357 KC³⁵⁷. Rola kryteriów suplementarnych dla wykonania *in natura* może mieć charakter kształtujący. W orzecznictwie SN wyrażono zapatrywanie, zgodnie z którym w reżimie art. 56 oraz art. 354 KC, w razie uchylania się od przewidzianego w umowie obowiązku uszczegółowienia warunków spełniania świadczenia, te ostatnie mogą zostać określone przez sąd na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, z uwzględnieniem zgodnego zamiaru stron i celu umowy, a także zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów³⁵⁸. W tym ujęciu, stanowią one elementy służące urzeczywistnieniu zasady realnego wykonania.

Pierwotna treść zamówienia publicznego kształtowana jest w sposób odmienny od modelu kodeksowego. Przede wszystkim, to wierzyciel zobowiązany jest określić przedmiot zamówienia w normatywnie określony sposób, ustalić kryteria oceny ofert oraz zaprojektować postanowienia umowy ostatecznej. Przed nadużyciami z jego strony chronią uregulowania o klauzulach abuzywnych, a także unormowania określające obligatoryjne elementy umów o zamówienia publiczne, które rozwijają w tym aspekcie przepisy kodeksowe. W pewnym zakresie treść obowiązku wykonania *in natura* może być kształtowana w toku realizacji zamówienia (art. 357 KC). Regułą stanowi stadialność, która wynika z reżimu proceduralnego³⁵⁹. Negocjacyjny tryb ustalania treści zamówienia stanowi wyjątek, w ramach którego zamawiający i tak obowiązany jest przedstawić projektowane postanowienia umowy (art. 217 ust. 1 Pzp). Co do zasady, w pierwszym kroku zamawiający przygotowuje treść zamówienia obejmującą m.in. opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert oraz projektowane postanowienia umowy, po czym udostępnia je wykonawcom. Następnie, wykonawcy akceptują opis przedmiotu zamówienia i projektowane postanowienia umowy, uzupełniają je zgodnie z

³⁵⁶ Np. gdy w danym typie stosunków zwyczajowym miejscem spełniania świadczenia pozostaje siedziba wierzyciela, to uznać należy moc wiążącą zwyczaju przed regulacją art. 454 § 1 KC.

³⁵⁷ Tak: M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt II. 7, Legalis.

³⁵⁸ Wyrok SN z 09.08.1974 r., II CR 435/74, OSNCP 1975, Nr 6, poz. 100; przywołany w wyroku SN z 10.03.2011 r., V CSK 298/10, Lex; K. Piasecki, [w:] *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 2003, art. 56, pkt 4.4, Lex; M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt II. 7, Legalis; J. Gudowski, [w:] *Kodeks cywilny. Orzecznictwo. Piśmiennictwo. Tom I. Część ogólna*, Warszawa 2024, art. 56, Lex.

³⁵⁹ Etapowość kształtowania treści zobowiązania wygląda inaczej w zamówieniu z wolnej ręki, gdzie przygotowana przez zamawiającego treść przyszłego zobowiązania ma jedynie charakter informacyjny, R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 70.

wymaganiami zamówienia o materię istotną z ich perspektywy realizacyjnej, w tym o elementy treściowe przyszłej umowy, które stanowią będą przedmiot oceny zamawiającego. Współkształtowana przez wykonawcę treść zamówienia, zaoferowane parametry w zakresie kryteriów oceny ofert oraz treść projektowanych postanowień umowy końcowej nabierają jednak mocy prawnej wskutek złożenia przez wykonawcę zamawiającemu oświadczenia woli zawartego w ofercie. W trzecim etapie, w razie wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy, dochodzi do zawarcia umowy przyrzeczonej o treści odpowiadającej projektowanym postanowieniom umowy ostatecznej³⁶⁰.

Elementy składające się na treść zamówienia nie mają równorzędnego znaczenia. Niewątpliwie treść zobowiązania z umowy o zamówienie publiczne jest szersza niż treść samej umowy, lecz pierwszorzędne znaczenie przypadnie zmanifestowanej wyraźnie lub w sposób dorozumiany woli stron, a następnie przepisy bezwzględnie obowiązujące. Kolejnymi będą przepisy dyspozytywne. Liczyć się będą uwarunkowania towarzyszące zamówieniu, w szczególności społeczno-gospodarczy cel umowy, przeznaczenie zamawianego przedmiotu, a także zasady współżycia społecznego. Dalszymi wyznacznikami będą wzorce umowne, normy techniczne i inne normatywy, ustalone zwyczaje i ewentualne pozostałe czynniki. Pozostawienie zasadniczego kryterium w rękach stron sprawia jednak, że katalog kryteriów oceny należytego wykonania zamówienia ma w zasadzie charakter otwarty.

Wzorcowe kryteria naturalnego wykonania powinności dłużnych mają w zasadzie charakter dynamiczny. Zamówienia publiczne z reguły nie stanowią transakcji natychmiastowych. Ich treść w toku rzeczywistej realizacji umowy ulega zmianie. Pewne obowiązki wygasają, pojawiają się kolejne, dalsze konkretyzują lub aktualizują się (np. wskutek zastosowania art. 357 KC). Udział poszczególnych elementów również podlega zmianom w zależności od konkretnych sytuacji faktycznych i prawnych. Wykonanie *in natura* stopniowo modyfikuje treść zamówienia publicznego bez zmiany samej umowy. Co do zasady dłużnik obowiązany jest wykonywać zamówienie zgodnie z aktualną treścią zobowiązania³⁶¹. Wymóg ten dotyczy również zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Jak się zdaje, jedynie społeczno-gospodarczy cel zamówienia

³⁶⁰ Ibidem.

³⁶¹ A. Klein, *Skutki prawne braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem*, [w:] *Dziela wybrane. Tom IV*, Kraków 2021 s. 386 i nast.

pozostanie w kształcie pierwotnym.

Społeczno-gospodarczy cel zobowiązania nie stanowi jednolitego celu umów o zamówienia publiczne, wynikającego z ich specyfiki (ogólnospołeczny cel zamówień publicznych). *De lege lata* utrzymuje się brak podstaw do określania jednolitego, ogólnospołecznego celu zobowiązań kontraktowych, albowiem wynikają one z interesów subiektywnych, osadzonych w autonomii podmiotów prawa³⁶². Społeczno-gospodarczy cel zamówienia publicznego pozostanie zasadniczo tożsamy z celem konkretnego zobowiązania, którym jest zaspokojenie interesu wierzyciela wskutek należytego i rzeczywistego spełnienia świadczenia obciążającego dłużnika³⁶³. Sporną w literaturze pozostaje kwestia charakteru celu społeczno-gospodarczego. W doktrynie licznie reprezentowany jest nurt obiektywny, zgodnie z którym chodzi o cel zobiektywizowany, towarzyszący zaciąganiu zobowiązań danego typu (rodzaju)³⁶⁴. W świetle regulacji art. 65§2 oraz art. 353¹ KC wydaje się jednak, że cel zobowiązań (zamówień) *per se* lub cel, który towarzyszy zaciąganiu zobowiązań danego rodzaju (typu) powinien być uwzględniany, ale prymat przyznać należy woli stron, co w sytuacjach niejednoznacznych determinuje pierwszeństwo celu zindywidualizowanego nad zobiektywizowanym³⁶⁵. Element ten szczególnie zasadny jest na tle tzw. zamówień mieszanych, które mogą obejmować atypowe stosunki umowne.

Wykonanie zamówienia publicznego może realizować nie jeden, lecz kilka celów. W takim wypadku realnie zaspokojony powinien zostać każdy z nich. Dłużnik nie jest zobowiązany świadczyć poza lub ponad ów cel³⁶⁶. Nie jest również zobowiązany uwzględniać, na potrzeby rzeczywistego wykonania zamówienia, celu nietypowego, o którym nie wiedział albo oczekiwać wierzyciela szczególnych, z którymi nie powinien

³⁶² M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym*, „PiP” 1990, Nr 11, s. 58.

³⁶³ R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 153; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 24-29, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 3, Legalis; G. Koziół, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023, art. 354, pkt II.3, Legalis.

³⁶⁴ Zob. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 724; T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018, art. 354, pkt 7, Lex; A. Doliwa, W. Katner, [w:] *Prawo umów...*, op. cit., s. 251 i nast. podobnie, jak się wydaje, M. Pyziak-Szafnicka, *Kilka uwag o nadużyciu prawa podmiotowego przez wierzyciela*, [w:] *Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*, Sz. Byczko i inni (red.), Warszawa 2022, s. 707 i nast. wraz z cyt. tam piśmiennictwem, Lex.

³⁶⁵ A. Olejniczak, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 3, Lex; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 26-28 wraz z powołaną tam literaturą, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt B.5-7 oraz powołane piśmiennictwo, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 3 oraz cyt. literatura przedmiotu, Legalis.

³⁶⁶ Problematyka spełnienia świadczenia „lepszego” omówiona zostanie w rozdziale V.4 opracowania.

był się liczyć³⁶⁷. W zamówieniach publicznych nie jest konieczne, żeby cel wyrażony został wprost (prawno-technicznie), w szczególności w preambule umowy. Wystarczy, jeżeli wynika z okoliczności w toku procedury udzielania zamówienia (np. z właściwości próbki przedmiotu, do której odesłano w umowie lub też z przedmiotowych środków dowodowych)³⁶⁸. Jeśli jednak zamówienie służyć ma celowi nietypowemu lub nietypowym potrzebom zamawiającego, powinno to zostać wyraźnie wskazane w warunkach zamówienia, w innych przypadkach chodzi o cele lub przeznaczenie typowe. Cel zamówienia musi być spójny z opisem przedmiotu zamówienia. Ten drugi winien pozostawać funkcjonalnie zdalny do osiągnięcia celu zamówienia. W razie wątpliwości, pierwszeństwo przyznać należy opisowi przedmiotu zamówienia, w reżimie zamówień publicznych nie może on bowiem być zastąpiony odwołaniami natury ogólnej lub funkcjami realizowanymi przez zamawiającego.

Zasady współżycia społecznego od dawna stanowią przedmiot refleksji doktryny prawa cywilnego³⁶⁹ oraz rozlicznych wypowiedzi judykatury³⁷⁰, choć ostatnio poglądy w tym zakresie wyraźnie ewoluowały³⁷¹. Obecnie konkurują ze sobą dwa ujęcia: normatywne oraz sytuacjonistyczne. Zasady współżycia społecznego, uwolnione od ograniczeń ideologicznych, nakazują sięgać do dodatnio ocenianych („dobrych” lub „słuszných”) reguł postępowania podmiotów prawa wobec siebie. Chodzi w tym względzie o reguły uczciwości, słuszności i dobrej wiary³⁷². Jak wskazano w wyroku SN z 20.04.2017 r., II CSK 491/16, w pojęciu zasad współżycia społecznego mieszczą się przede wszystkim określone normy moralne, dotyczące postępowania pomiędzy samymi przedsiębiorcami, na przykład dobre obyczaje kupieckie, zwyczaje uczciwego obrotu³⁷³.

³⁶⁷ Zob. I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 354, pkt II.A.2, Legalis.

³⁶⁸ R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 153.

³⁶⁹ Zob. np. M. Safjan, *Klauzule generalne...*, op. cit. s. 48 i nast.; P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353 KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 251 i nast.; M. Zieliński, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, Warszawa 2007, s. 336 i nast. wraz z przywołaną tam literaturą; M. Pyziak-Szafnicka, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom I*, Warszawa 2012, s. 903 i nast.; M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 217, s. 329 i nast. wraz z powołanym tam piśmiennictwem A. Doliwa, *Funkcje zasad współżycia społecznego w prawie cywilnym*, Warszawa 2021, s. 4 i nast. wraz z cytowaną literaturą.

³⁷⁰ Zob. np. wyrok SN z 22.05.2014 r., IV CSK 536/13, OSNC-ZD 2015, nr 3, poz. 41; wyrok SN z 16.03.2018 r., IV CSK 250/17, Lex; wyrok SN z 22.05.2014 r., IV CSK 536/13, OSNC-ZD 2015, nr 3, poz. 41; wyrok SN z 15.02.2017 r., II CSK 236/16, Lex; wyrok SN z 28.09.2022 r., I NSNC 782/21, Lex.

³⁷¹ Jak wiadomo, zasady współżycia społecznego zaczerpnięte zostały z ustawodawstwa radzieckiego oraz nawiązywały do doktryny aksjologicznej państwa ustroju realnego socjalizmu: zob. np. M. Safjan, *Klauzule generalne...*, op. cit., s. 48 i nast.; M. Zieliński, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 337; M. Pyziak-Szafnicka, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 908 i nast.; K. Pietrzykowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. art. 1–449*, Warszawa 2020, art. 5, pkt II, Legalis oraz powołana tam literatura; A. Doliwa, *Funkcje zasad...*, op. cit., s. 4 i nast.

³⁷² M. Safjan, [w:] M. Safjan, K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt II. 5, Legalis.

³⁷³ Wyrok SN z 20.04.2017 r., II CSK 491/16, Lex.

De lege lata wskazuje się, że łączą się one z „powszechnie uznanymi wartościami, będącymi dziedzictwem i składnikiem kultury europejskiej”³⁷⁴. Wskazany element harmonizuje z aksjologią europejskich aktów prawa modelowego, które odwołują się przy ustalaniu treści umowy do wymagań dobrej wiary oraz uczciwego kontraktowania (art. 1:102 PECL). Zasady współzycia społecznego wyrastają też z pewnych norm moralnych wytworzonych samoistnie w obrocie gospodarczym w związku z wykonywaniem zobowiązań (uczciwość, sumienność, lojalność itd.). Chodzi o postawy powszechnie akceptowane, przestrzegane i oczekiwane przez kontrahentów³⁷⁵.

Realne wykonanie zamówienia podlega zasadom współzycia społecznego w trójetapowym ujęciu³⁷⁶. Pierwszy stanowi wykładnia oświadczeń woli zawartych w wykonywanej umowie (art. 65 KC). Kolejne stadium to uzupełnienie treści zobowiązania ponad elementy wynikające z oświadczeń woli (art. 56 KC). Trzecia faza dotyczy określenia wzorca należytego wykonania zobowiązania oraz granic tego ostatniego (art. 354 KC)³⁷⁷. W każdej ze wskazanych płaszczyzn występuje ukierunkowanie na osiągnięcie pewnego punktu częściowego, ale wszystkie prowadzą do określenia sposobu wykonania zobowiązania. Zasady współzycia społecznego mają zapewnić realizację *in natura* z uwzględnieniem etycznych reguł i ocen, szczególnie z zachowaniem obowiązku lojalności, współprzyczyniania się do wykonania umowy oraz nakazu czynienia tego, co służy jej realizacji³⁷⁸. Jak wskazał SN w wyroku z 16.01.2001 r., II CKN 1037/00³⁷⁹, zasada dobrej wiary i uczciwości w wykonaniu zobowiązania ma zapobiegać sytuacjom, w których spełnienie świadczenia przez dłużnika w sposób formalnie zgodny z treścią zobowiązania nie zaspokajałoby uzasadnionego interesu wierzyciela. Na tle zasad współzycia społecznego wskazywano w szczególności na obowiązek dłużnika przedstawienia stronie niefachowej rzeczywistego stanu sprzedawanej rzeczy, udzielania wierzycielowi prawdziwych i ścisłych informacji nawet w razie braku wyraźnych postanowień umowy w tym względzie,

³⁷⁴ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1993, s. 43.; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17.10.2000 r. SK 5/99, OTK 2000, Nr 7, poz. 254; M. Pyziak-Szafnicka, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 905.

³⁷⁵ R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 152 oraz cytowane tam zapatrywania M. Safjana oraz M. Gutowskiego; nieco odmiennie: A. Doliwa, *Funkcje zasad...*, op. cit., s. 111; I. Karasek-Wojciechowicz, P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 354, pkt II.A.5, Legalis; na uczciwość, sumienność, lojalność wskazuje również M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt E.4, Legalis.

³⁷⁶ E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule generalne...*, op. cit., s. 327.

³⁷⁷ Tak E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule generalne...*, op. cit., s. 327; A. Doliwa, *Funkcje zasad...*, op. cit., s. 106.

³⁷⁸ A. Doliwa, *Funkcje zasad...*, op. cit., s. 110.

³⁷⁹ Wyrok z 16.01.2001 r., II CKN 1037/00, Legalis; A. Doliwa, *Funkcje zasad...*, op. cit., s. 114.

poinformowania wierzyciela o okolicznościach, które mogą mieć dlań znaczenie prawne, zachowania poufności³⁸⁰. Na zamawiającym nie spoczywa, rzecz jasna, obowiązek opisanie ich w warunkach zamówienia.

Ustalone zwyczaje nie zostały wprowadzić określone ustawowo, lecz w piśmiennictwie przyjmuje się, choć niejednolicie, dość zbliżone podejścia interpretacyjne. W ujęciu słownikowym „zwyczaj” to powszechnie przyjęty, tradycyjny sposób postępowania w pewnych okolicznościach lub właściwy komuś sposób postępowania³⁸¹. Zwyczaj wyraża się w tym, że w dostatecznie szerokim kręgu podmiotów przez odpowiedni czas przestrzega się pewnego postępowania z przekonaniem, że w ten sposób czyni się zadość pewnej zasadzie³⁸². Do kryteriów określających zwyczaj zalicza się w tym względzie zasięg terytorialny (np. zwyczaje miejscowe, krajowe, międzynarodowe), zasięg personalny (ograniczenie do pewnej grupy osób przestrzegających zwyczaju), zakres przedmiotowy (materia, której zwyczaj dotyczy). Według kolejnego stanowiska, zwyczaj to faktycznie stosowana, powszechna w danym okresie, środowisku oraz stosunkach praktyka pewnego zachowania się³⁸³. Dla istnienia zwyczaju bez znaczenia byłaby pozytywna, neutralna, negatywna ocena tej praktyki, jak również jej niezgodność z prawem lub zasadami współżycia społecznego³⁸⁴. Przyjęcie tego wariantu wykładni byłoby kontrowersyjne w zamówieniach publicznych. Następny wariant interpretacyjny przedstawia zwyczaj jako ukształtowaną w pewnej grupie społecznej regułę zachowania (dotyczącą relacji między członkami tej grupy), która traktowana jest jako przyjęta norma postępowania, wiążącą na mocy opinii przeważającej pośród członków tej społeczności³⁸⁵. Praktyka w tym ujęciu powinna dodatkowo, po pierwsze, być umocniona, co oznacza ugruntowanie odpowiednio długim czasem stosowania, a po drugie, osadzona na występującym w danej grupie przekonaniu o potrzebie podporządkowania się takiej regule postępowania. Na gruncie zamówień publicznych z aprobatą spotkało się ujęcie, według którego zwyczaj to powszechnie stosowana w danym czasie, środowisku i stosunkach społecznych praktyka określonego postępowania. Zwyczaj stanowi tutaj przyjętą w określonych stosunkach praktykę

³⁸⁰ A. Doliwa, *Funkcje zasad...*, op. cit., s. 112 i nast. oraz przywołana tam judykatura.

³⁸¹ Zob. „zwyczaj” <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu: 10.12.2023].

³⁸² F. Studnicki, *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*, Kraków 1949, s. 51 i nast.; zwyczaj w tym ujęciu może charakteryzować się różnym natężeniem, wynikającym z czasu przestrzegania, powszechności występowania w danym kręgu podmiotowym, liczby oraz częstotliwości aktów przestrzegania.

³⁸³ S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski (red. tomu), W. Czapórski (red. nacz.), *System Prawa...*, op. cit., s. 24.

³⁸⁴ Przez wzgląd na opisane wyżej cele i wartości oraz specyfikę umów, w zamówieniach publicznych nie sposób uznać wiążącej mocy zwyczaju pejoratywnego.

³⁸⁵ M. Safjan, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 216, Legalis.

powtarzalnego zachowania się, która musi być utrwalona i powszechnie akceptowana w obrębie tych stosunków³⁸⁶.

W toku realnego wykonywania zamówienia aktualne bywają przede wszystkim zwyczaje z obrotu zawodowego. Najczęstszym bowiem dłużnikiem jest przedsiębiorca. Prawo zamówień publicznych nie nakazuje zamawiającym opisywać lub przywoływać w warunkach zamówienia zwyczajów, które mogą znaleźć zastosowanie w toku realizacji, ale zamawiający powinien mieć ich świadomość, w szczególności w transakcjach obrotu międzynarodowego. Doniosła jest kwestia związania zwyczajem nieuświadomionym. Unormowania zamówień publicznych nie zawierają regulacji w tym względzie. Na tle unormowań kodeksowych problem przestrzegania zwyczaju ujmowany jest rozbieżnie. Według pierwszego nurtu interpretacyjnego, zwyczaju przestrzegać należy bez względu na to, czy wierzyciel i dłużnik mieli świadomość jego występowania³⁸⁷. Drugie ujęcie podważa obowiązek przestrzegania, jeżeli strony nie zdawały sobie sprawy z istnienia zwyczaju (np. z uwagi na nieprowadzenie działalności na danym obszarze)³⁸⁸. Na gruncie prawa modelowego występują w tym względzie unormowania wzorcowe. Stosownie do art. 1:105 PECL strony związane są zwyczajami, na które się zgodziły, oraz ustaloną między nimi praktyką, jak również pozostają związane zwyczajami, które byłyby zazwyczaj uważane za właściwe przez osoby będące w takiej samej sytuacji co strony, chyba że zastosowanie danego zwyczaju nie byłoby rozsądne. Nieco odmiennie problem ten rozstrzyga art. II.01:104 (1)(2) DCFR. Według wspomnianej regulacji strony umowy są związane wszelkimi zwyczajami, na które się zgodziły i praktykami, które ustaliły między sobą, jak również pozostają związane zwyczajem, który zostałby uznany za powszechnie stosowany przez osoby znajdujące się w takiej samej sytuacji jak strony, chyba że zastosowanie takiego zwyczaju byłoby nierozsądne. Przywołane koncepcje modelowe wskazywałyby zatem na konieczność dokonywania oceny *in concreto* co do kwestii obowiązywania w danym zamówieniu publicznym nakazów płynących ze zwyczajów.

³⁸⁶ Por. R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 153-254 oraz przywołane tam orzecznictwo; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 39 oraz powołana tam literatura i orzecznictwo, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt I.5, Legalis.

³⁸⁷ Zob. M. Safjan, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 217, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt I.6, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 354, pkt II.A.4, Legalis.

³⁸⁸ Tak: W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 42, Legalis.

Istnienie określonego zwyczaju, jego treść i zakres rozpowszechnienia wymagają dokonywania ustaleń *ad casum*³⁸⁹. Nie powinno to nastręczać trudności w przypadku zamówień krajowych, wydaje się również możliwe w razie zamówień transgranicznych³⁹⁰. Na tle okoliczności konkretnego zamówienia, należałoby brać pod uwagę m.in. zasięg zamówienia publicznego, zasięg terytorialny danego zwyczaju³⁹¹, zawodowy albo niezawodowy charakter działalności wykonawcy (profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego zazwyczaj znają obowiązujące w nim zwyczaje)³⁹². Na gruncie zamówień publicznych właściwe wydaje się przyjmowanie zwyczajów wiążących w miejscu wykonywania zamówienia.

Obowiązek dochowania należytej staranności ma charakter uniwersalny³⁹³. W zamówieniach publicznych brak jest przy tym podstaw do wyrażania przez zamawiającego zgody na obniżenie stopnia staranności wymaganej od wykonawcy³⁹⁴. Natomiast, w granicach wyznaczanych uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, za dopuszczalne uznać należy umowne obostrzenie wymaganej staranności w zakresie całego zamówienia, jego części, czy nawet poszczególnych obowiązków. Nasuwa się problem przynależności wymogu należytej staranności do obowiązku wykonania zamówienia *in natura*. Jak wiadomo, kwestia usytuowania należytej staranności w problematyce roszczenia pierwotnego stanowi zagadnienie odrębne od przesłanek roszczenia wtórnego³⁹⁵. Dla tematu pracy mniejsze znaczenie ma debata w przedmiocie ujmowania braku należytej staranności w problematyce winy³⁹⁶ lub bezprawności³⁹⁷. Jak

³⁸⁹ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 485, Legalis.

³⁹⁰ W przypadkach wątpliwych niezbędne może okazać się sięgnięcie po dowód z opinii biegłego.

³⁹¹ Zwyczaje miejscowe mogłyby stawiać w pozycji uprzywilejowanej wykonawców krajowych względem wykonawców z innych państw członkowskich.

³⁹² Tak: A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 485, Legalis.

³⁹³ Zob. M. Sośniak, *Należyta staranność*, Katowice 1980, s. 169; M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks Cywilny*..., op. cit., art. 355, pkt I.1, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy*..., op. cit., art. 355, pkt I.3, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 355, pkt I. 2, Legalis; M. Bujalski, F. Zoll, [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 1124; W. Borysiak, *Reguły staranności a odpowiedzialność deliktowa – polemika*, „Palestra” 2023, nr 3, s. 77-101; idem [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 355, pkt C. 8, Legalis; R. Szczepaniak, *Podmiot publiczny jako strona stosunku cywilnoprawnego a kwestia należytej staranności i dobrej wiary* [w:] J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022, pkt 2 i nast., Legalis.

³⁹⁴ R. Szostak, *Umowy o zamówienie*..., op. cit., s. 168. Według T. Pajora złagodzenie wzorca względem staranności ogólnie wymaganej mogłoby występować tam, gdzie nie sprzeciwiałyby się temu względy ochrony zaufania kontrahenta oraz pewności obrotu prawnego, zob. T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika*..., op. cit., s. 211.

³⁹⁵ Por. I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy*..., op. cit., art. 355, pkt II.3, Legalis.

³⁹⁶ Tak: m.in. J. Jastrzębski, *O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika*, „KPP” 2007, Nr 3, s. 806; M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 355, pkt I.2 wraz z cyt. tam literaturą, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 355, pkt C.12, D. 17 i powołane tam piśmiennictwo, Legalis.

³⁹⁷ Tak: np. M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, „PiP” 1997, Nr 10, s. 32 i nast.; Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, nr 7–8, s. 19 i nast.; A.

się zdaje, na gruncie zamówień publicznych obowiązek zachowania należytej staranności stanowi składnik zobowiązania i staje się miarą należytego wykonania *in natura*³⁹⁸. Przede wszystkim, niestaranność przewidziana została jako przesłanka fakultatywnego wykluczenia z zamówienia niewiarygodnego wykonawcy (art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp). Ponadto, wskazany wniosek znajduje oparcie w wykładni językowej art. 355 KC. Nie bez znaczenia jest powiązanie prawne obowiązku dochowania należytej staranności z faktyczną realizacją każdego z obowiązków głównych lub ubocznych wykonawcy. Wydaje się ono na tyle nieodzowne, że sytuuje ona wymaganą staranność, podobnie jak wskazane rzeczywiste obowiązki, jako element treści zamówienia. Pomimo ścisłego związku konstrukcyjnego z innymi powinnościami realizacyjnymi, pozostaje on przy tym samoistny juretycznie³⁹⁹. Dodatkowo, gdyby obowiązek dochowania należytej staranności nie przynależał do treści zobowiązania z umowy o zamówienie publiczne, to w treści zamówień na usługi występowałaby istotna luka. Jak bowiem wiadomo, obowiązek dochowania należytej staranności dookreślać może świadczenie w umowach dotyczących usług⁴⁰⁰, w szczególności w przypadkach, gdy opis przedmiotu zamówienia nie określa szczegółowo wszystkich wymagań jakościowych usługi.

Uregulowanie art. 355 KC wyraża dwa elementy. Pierwszy polega na współkształtowaniu treści zamówienia publicznego poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku dochowania należytej staranności. Drugi na zdefiniowaniu tejże⁴⁰¹. Ponieważ staranność odnosić należy do realizacji konkretnych obowiązków, to jej treść ma charakter dynamiczny. W obrębie jednego zamówienia publicznego (np. zamówienia mieszanego) „staranność należyta” może w zakresie niektórych obowiązków oznaczać

Opalski, K. Oplustil, *Niedochowanie należytej staranności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnoprawnej zarządców spółek kapitałowych*, „PPH” 2013, Nr 3, s. 14-16.

³⁹⁸ Por. Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie...*, op. cit., s. 19; F. Zoll, [w:] *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 96-98; A. Opalski, K. Oplustil, *Niedochowanie należytej...*, op. cit., s. 15; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 355, pkt 2, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt 2, Legalis; A. Pyrżyńska, *Uwagi o wykonaniu...*, op. cit., pkt 9, Legalis; odmiennie W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt D.18 i powołana tam literatura, Legalis; M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt I.2. wraz z cytowanym piśmiennictwem, Legalis.

³⁹⁹ Dopuszczalne byłoby powództwo o ustalenie (art. 189 KPC), że na wykonawcy zamówienia publicznego, na tle konkretnego obowiązku, spoczywa obowiązek dochowania np. staranności należytej zamiast staranności najwyższej.

⁴⁰⁰ Obowiązek dochowania należytej staranności dookreśla świadczenie w umowach dotyczących usług - por. A. Pyrżyńska, *Uwagi o wykonaniu...*, op. cit., pkt 9, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 355, pkt II. 3, Legalis, która zauważa, że wymóg należytej staranności dookreśla rezultat oznaczony w treści zobowiązania w zakresie, w którym rezultat nie został doprecyzowany przez inne źródła kształtujące treść zobowiązania, w szczególności przez treść umowy; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 85, 121.

⁴⁰¹ Zob. I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 355, pkt 2 oraz powołane tam piśmiennictwo, Legalis; podobnie, jak się zdaje, P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355 pkt 2, Legalis, według którego wymogi należytej staranności uzupełniają wynikające z art. 354 KC charakterystykę powinności zachowania dłużnego.

staranność „dobrą, przeciętną”, a w odniesieniu do innych powinności realizacyjnych, należyta jest jedynie staranność ponadprzeciętna⁴⁰². Konstrukcja obowiązku dochowania należytej staranności zbudowana została na wzorcu postępowania. Brak jest przy tym jednak podstaw do konstruowania ogólnego wzorca „starannego wykonawcy” czy też swoistego wzorca „rodzajowego” dłużnika (wykonawca usługi, roboty budowlanej, dostawy w rozumieniu prawa zamówień publicznych). Budowa wzorca odbywa się stosownie do rozwiązań kodeksowych, które wskazują na wielopłaszczyznowość⁴⁰³. Jak wiadomo, wymaganą staranność określa się w pierwszym kroku poprzez odesłanie do wzorca o charakterze zobiektywizowanym, a przy tym ramowym: wzorca staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju⁴⁰⁴. Z perspektywy wykonywania zamówień *in natura* element ten stabilizuje ochronę zaufania i interesów zamawiającego, który może wymagać od wykonawcy stopnia rzetelności, jakiego dochowują inni wykonawcy w analogicznych umowach. Z drugiej strony zapewnia się elastyczność wzorca, a pożądaný stopień rzetelności wykonawcy zdeterminowany zostaje w szczególności treścią i charakterem konkretnego zamówienia publicznego⁴⁰⁵. Wspomniany wzorzec skonstruowany winien być na podstawie cywilnoprawnej kwalifikacji umowy o zamówienie publiczne (np. wzorzec starannego sprzedawcy, starannego przedsiębiorcy budowlanego, starannego zleceniobiorcy etc.). Staranność ogólnie wymagana na tle danego rodzaju stosunków zasadniczo jest starannością „dobrą przeciętną”⁴⁰⁶, co dotyczy również profesjonalistów⁴⁰⁷. „Ogólnie wymagana”, to oparta

⁴⁰² Przykładowo, w zamówieniu publicznym na roboty budowlane z inną pieczołowitością realizować należy roboty ziemne w terenie obciążonym ryzykiem występowania niewybuchów, a z inną uwagą prace w zakresie typowego porządkowania terenu wykonanej inwestycji.

⁴⁰³ Por. T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 203; M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt II.1-4, Legalis, który wskazuje na element obiektywizacji oraz odnoszenia wzorca do konkretnych okoliczności (konkretyzacja); podobnie I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 355, pkt III. 5-10, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit. art. 355, pkt II. 3-5, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt E. II.22-25-III.31, Legalis.

⁴⁰⁴ Por. T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 203; M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt II.1, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 355, pkt III.6-8, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt II.3- 4, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt E. II.25, Legalis.

⁴⁰⁵ R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, op. cit., s. 168.

⁴⁰⁶ Zob. M. Sośniak, *Należyta staranność*, op. cit., s. 161; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 203; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 353, pkt 54-56 oraz powołana tam literatura, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 355, pkt 12, Legalis.

⁴⁰⁷ Zob. W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 353, pkt 56, Legalis; zob. również wyrok SN z 15.03.2012 r., I CSK 330/11, OSNC 2012, nr 9, poz. 109. Regulacja art. 355 KC nie narzuca bowiem „podwyższonego” wzorca, lecz wzorzec dostosowany od strony podmiotowej (profesjonalista) i przedmiotowej (w zakresie działalności profesjonalnej), por. I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 355, pkt III. 13, Legalis; W.J. Katner, *Nie ma nic takiego, jak podwyższona miara staranności przedsiębiorców odpowiadających ex contractu na podstawie KC*, [w:] K. Bilewska, D. Krekora-Zając (red.), *Wykonanie zobowiązań...*, op. cit., pkt 5 i 6 oraz przywołana tam literatura, Legalis; W. Borysiak, [w:] K.

na pewnym uogólnieniu, a nie percepcji stron. Niekiedy „ogólnie wymagana” oznacza staranność ponadprzeciętną, w szczególności, gdy w według powszechnej opinii od określonych podmiotów wymaga się wysiłku przekraczającego zwykłą miarę (np. z uwagi na specjalne wynagrodzenie, wybitne kwalifikacje, obarczenie znacznym ryzykiem dla ważkich dóbr)⁴⁰⁸. Należy w tym względzie brać pod rachubę szereg czynników, w szczególności treść zobowiązania, przedmiot (rodzaj i rozmiar świadczenia), cel umowy, występujące na tle danych stosunków reguły determinujące działania wykonawców (np. dobre praktyki, kodeksy etyki), rodzaj i wartość dóbr towarzyszących realizacji danego zobowiązania, oparcie relacji kontraktowej na stosunku zaufania, prawdopodobieństwo i wielkość szkody grożącej wierzycielowi⁴⁰⁹. Po wyznaczeniu modelu staranności ogólnie właściwego dla stosunków danego rodzaju, w drugim kroku, następuje konkretyzacja wzorca. Polega ona na sprecyzowaniu dłużnego zachowania wykonawcy przy uwzględnieniu wszelkich istotnych konkretnych okoliczności towarzyszących rzeczywistemu wykonywaniu umowy⁴¹⁰. Za trzeci krok konstruowania powinnego zachowania uznać można ewentualną indywidualizację wzorca, nie budzi bowiem zasadniczych wątpliwości w piśmiennictwie dopuszczalność podwyższenia standardu w obrębie staranności ogólnie wymaganej – tak wobec profesjonalistów, jak i w obrocie powszechnym – z uwagi na ponadprzeciętne cechy lub kwalifikacje zawodowe dłużnika⁴¹¹. W świetle tych uwag liczą się co najmniej: ryzyka zidentyfikowane w opisie potrzeb i wymagań, wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, jak również warunki udziału w postępowaniu wraz z kryteriami selekcji, szczególnie dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Rzetelne przeprowadzenie analizy ryzyk w ramach opisu potrzeb i wymagań (art. 83 ust. 3 pkt 5 Pzp) oraz

Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt E. II.25, Legalis; wyrok SN z 15.03.2012 r., I CSK 330/11, OSNC 2012, nr 9, poz. 109; wyrok SN z 4.07.2019 r., IV CSK 363/18, Lex ; wyrok SN z 17.04.2023 r., II CSKP 1080/22, Lex.

⁴⁰⁸ M. Sośniak, *Należyta staranność...*, op. cit., s. 171; Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej...*, op. cit., s. 21; M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355 pkt II.1, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 355, pkt III. 12, Legalis.

⁴⁰⁹ Co do uwzględniania poszczególnych elementów zob. T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 207; M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355 pkt II.1, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 355, pkt III.6-8, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt II. 4, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355 pkt F. II.38-50, Legalis.

⁴¹⁰ Por. T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 209; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt III. 31, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt 5, Legalis.

⁴¹¹ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 211; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 355, pkt III. 12-13, Legalis, która zaznacza wobec profesjonalistów oczekiwanie standardu dobrego profesjonalisty, lecz niekoniecznie najlepszego. Wymaga się wiedzy fachowej (niekoniecznie na światowym poziomie) oraz sumienności; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit. art. 355, pkt II. 4, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355 pkt F. II.50.H, Legalis.

następujące po niej wyczerpujące opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia (art. 99 ust. 1 Pzp) mogą skutkować podwyższeniem mierników w obrębie wymaganego wzorca staranności. Łączy się to ze szczególną naturą „rodzaju” stosunków w rozumieniu art. 355§1 KC. Jak łatwo zauważyć, specyfika zamówienia publicznego *per se* nie wprowadza obostrzonego i uniwersalnego wzorca należytej staranności w zamówieniach publicznych⁴¹². Brak określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do zasady nie powoduje jednak *ex lege* obniżenia wymagań poniżej standardu kodeksowego, toteż wykluczyć należy akceptację podjęcia się przez wykonawcę realizacji zamówienia powyżej jego możliwości. Na gruncie zamówień publicznych aktualność zachowuje zapatrywanie wyrażone w orzecznictwie SN⁴¹³ i doktrynie prawa cywilnego⁴¹⁴, zgodnie z którym ryzyko braku odpowiednich umiejętności dłużnika nie może być przerzucane na wierzyciela, z wyłączeniem sytuacji, w których miał on świadomość niekompetencji dłużnika⁴¹⁵. W ten sposób, wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia oraz warunki kwalifikacji podmiotowej co najmniej dwutorowo wzmacniają zasadę realnego wykonania zamówienia. Po pierwsze, mogą pozytywnie oddziaływać na model wzorca staranności, zazwyczaj profesjonalnej, poprzez wprowadzenie elementów uzasadniających odpowiednio wysokie wymagania co do standardu rzetelności i niezawodności dłużnika. Wpływa to na wypełnienie obowiązku wykonania zamówienia *in natura* odpowiednią treścią, jak również obniżeniem progu, od którego może realizować się funkcja prewencyjna odpowiedzialności kontraktowej⁴¹⁶.

⁴¹² Art. 355 KC należy w tej mierze stosować wprost na zasadzie odesłania z art. 8 ust. 1 Pzp.

⁴¹³ SN w wyroku SN z 27.01.1972 r., I CR 458/71, OSNC 1972, nr 9, poz. 160 z glosą J. Dąbrowy, „PiP” 1973, z. 3, s. 162 wyraził pogląd, według którego dłużnika nie zwalnia z odpowiedzialności fakt, iż przyjął w umowie zamówienie w rozmiarach lub w terminie nie odpowiadającym możliwościom jego osobistym czy jego przedsiębiorstwa; w stosunku do takiego dłużnika nie można z reguły mówić o braku winy, skoro już w chwili zawarcia umowy zdaje sobie sprawę z tego, że nie może wykonać w ogóle lub w sposób należyty zobowiązania, które zaciąga.

⁴¹⁴ Zob. W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt E. II.28, Legalis.

⁴¹⁵ Odnotać warto rzymski rodowód ponoszenia przez zobowiązanego negatywnych konsekwencji w razie podjęcia się działania przekraczającego możliwości danej osoby (*imperitia culpa adnumeratur* – D.9, 2,8,1) *Imperitus* ponosi odpowiedzialność dlatego, że podejmuje się działania, do którego nie „dorósł” – M. Sośniak, *Należyta staranność...*, op. cit., s. 13-14; W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, op. cit., s. 259, 292 i nast.; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 432; R. Zimmermann, *The Law of obligations...*, op. cit., s. 386 i nast.; część piśmiennictwa na wskazanej regule opierała odpowiedzialność sprzedawcy za wady, których nie miał świadomości, choć powinien był mieć, zob. R. Zimmermann, *The Law of obligations...*, op. cit., s. 335.

⁴¹⁶ Ponoszenie przez wykonawcę odpowiedzialności związanej z tak określonym wzorcem staranności łączy się z prewencyjną funkcją kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej – co do tej funkcji zob. np. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 74-75 oraz powołana tam literatura. Na gruncie zamówień publicznych dopuścić należy, że wykonawca, w zakresie pewnych obowiązków umownych o charakterze pierwotnym obowiązany byłby zachować staranność odmienną niż ta, za której niedochowanie ponosiłby odpowiedzialność – co do takiego rozwiązania na tle uregulowań kodeksowych zob. T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 87. Rozdzielenie takie mogłoby mieć znaczenie w szczególności w zakresie pokrycia kosztów wykonania zastępczego, które z reguły byłyby wyższe w przypadku wymogu wyższej staranności.

3. Granice powinności realnego wykonania zamówienia

Rozwiązania wpływające na zakres obowiązku wykonania zamówienia *in natura* łączą się co najmniej z kilkoma konstrukcjami o zróżnicowanym charakterze, które w zamówieniach publicznych funkcjonują rozmaicie. Chodzi w szczególności o spełnienie świadczenia wynikające z zachowania podmiotu trzeciego, w tym np. wykonanie zastępcze (rozdz. VI.3 opracowania). Analizowany obowiązek może wygasać *ex lege* (spełnienie świadczenia, niemożliwość świadczenia), wskutek złożenia oświadczenia woli (odmowa przyjęcia świadczenia, odstąpienie od umowy, podniesienie zarzutu przedawnienia), w efekcie orzeczenia sądu (klauzula *rebus sic stantibus*, unieważnienia umowy o zamówienie publiczne). Dostrzec wreszcie można rozwiązania łączące się z konsensusem stron co do istnienia lub wymiaru roszczenia o realne wykonanie (zmiana umowy – zob. rozdz. V.5 opracowania).

Pierwszoplanowe znaczenie ma realne zaspokojenie interesu wierzyciela. Następne w kolejności będą unormowania związane z nadmiernymi obciążeniami dłużnika na wypadek wykonania *in natura*, jak również problematyka świadczenia niemożliwego. Nie bez znaczenia będą regulacje dotyczące jednostronnego rozwiązania umowy o zamówienie publiczne. Doniosłość pozostałych konstrukcji prawnych jest mniejsza, na gruncie zamówień publicznych mają one charakter sytuacji szczególnych, z marginalną rolą nadużycia prawa przez zamawiającego, zwolnienia wykonawcy z długu lub zrzeczenia się przez zamawiającego roszczeń.

Zaspokojenie interesu zamawiającego wskutek spełnienia świadczenia wyznacza najnaturalniejszy, a zarazem najbardziej pożądaný punkt graniczny roszczenia pierwotnego. Jak wcześniej wskazano, pojawia się w razie zrealizowania przez wykonawcę powinności składających się na realne wykonanie zamówienia zgodnie z art. 354 i art. 355 KC, ale może do niego również dojść w razie wykonania zastępczego oraz wyegzekwowania świadczenia w toku postępowania egzekucyjnego. Jedynie w pierwszym przypadku następuje wykonanie w pełni zgodne z treścią zobowiązania, w pozostałych nastąpi naruszenie co najmniej czasowych uwarunkowań zamówienia⁴¹⁷.

⁴¹⁷ Wygaśnięcie obowiązku spełnienia świadczenia *in natura* bez zaspokojenia, niekiedy również bez naruszenia interesu zamawiającego może dojść w razie konfuzji zobowiązania – w zamówieniach publicznych jest przypadek nadzwyczajny.

Interes zamawiającego rzutuje na to, jak długo wierzyciel publiczny obowiązany jest wyczekać na świadczenie pierwotne. Kwestia ta dotyczy utrzymywania się znaczenia świadczenia dla zamawiającego w razie zwłoki oraz „przejścia” przez zamawiającego z żądania wykonania zamówienia *in natura* na roszczenie odszkodowawcze. O ile model kodeksowy pozostawia w tym względzie wierzycielowi swobodę, to zamawiający publiczny nie dysponuje nią w pełni z uwagi na publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń oraz powinność zaspokajania potrzeb publicznych. Duże znaczenie ma w tym względzie utrata znaczenia świadczenia dla zamawiającego. Zasadniczo, wzajemny charakter umów o zamówienie publiczne podpowiada sięgnięcie w tym zakresie po unormowania o odstąpieniu od umów wzajemnych, w szczególności art. 491 §2, art. 492 KC⁴¹⁸, które wskazują na utratę znaczenia świadczenia częściowego lub nieterminowego ze względu na właściwości zobowiązania albo zamierzony przez wierzyciela cel umowy, wiadomy wykonawcy. Podobna regulacja dotyczy utraty znaczenia świadczenia częściowego wskutek jedynie częściowej niemożliwości świadczenia (art. 493§2 oraz art. 495 §2 KC). Na tle powołanych unormowań wyrażono zapatrywanie, zgodnie z którym „znaczenie świadczenia dla wierzyciela” zasadniczo polega na korzyści, którą ten ma osiągnąć dzięki spełnieniu świadczenia, a co za tym idzie wyrasta z celu, dla którego wierzyciel zobowiązanie zaciągnął⁴¹⁹. W zamówieniach publicznych, wskazany interes łączy się bezpośrednio z realizacją zadań publicznych w zakresie nieprzerwanego zaspokajania potrzeb zbiorowych. Nie oznacza to jednak, że zamawiający obowiązany jest wyczekać na świadczenie wykonawcy, dopóki ten deklaruje wolę realizacji. Nie chodzi bowiem o utratę znaczenia spełnienia świadczenia w ogóle, ale o utratę znaczenia jako świadczenie wzajemne w zamian za świadczenie własne⁴²⁰.

Niezależnie od utrzymywania się znaczenia świadczenia dla zamawiającego, z perspektywy interesu wierzyciela istotne jest zaufanie realizacyjnego do dłużnika. Jak bowiem zostanie to szerzej wyjaśnione w rozdziale IV.1-2, dotyczącym weryfikacji wykonawcy, stosunek zamówienia publicznego oparty jest na zaufaniu, które obejmuje

⁴¹⁸ Mniej doniosła jest regulacja art. 477§2, gdyż nie wiąże się on z umowami wzajemnymi – zob. wyrok SN z 7.10.2016r., I CSK 626/15, OSNC-ZD 2018, nr 2, poz. 27; zob. W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 477, pkt 1, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2022, art. 477, pkt I.5, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania*..., op. cit., art. 477, pkt I.2, Legalis; odmiennie G. Tracz, *Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych*, Warszawa 2008, rozdział 3.6., Lex.

⁴¹⁹ P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania*..., op. cit., art. 491, pkt V. 9, art. 492, pkt C.2, Legalis.

⁴²⁰ Zob. J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 492, pkt C wraz z powołanym tam piśmiennictwem, Legalis;

elementy wyrastające z wiarygodności oraz rzetelności, w szczególności dotyczącej dotrzymywania powinności zawodowych i kontraktowych, jak również na zdolności do należytego wykonania zamówienia oraz faktycznych możliwości realizacyjnych. Ponadto, w świetle przywołanych w rozdziale I.3 opracowania aktów prawa modelowego (art. III.-3:502(2)(b) DCFR oraz art. 8:102 lit. c PECL), umyślne (DCFR oraz PECL) lub niedbałe (DCFR) naruszenie zobowiązania, które stwarza podstawy do utraty zaufania wierzyciela co do możliwości polegania na świadczeniu dłużnika uzasadnia jednostronne rozwiązanie umowy przez wierzyciela. Z kolei na gruncie kodeksu cywilnego przywołać można przepisy o prawie do odstąpienia od umowy na wypadek oświadczenia dłużnika, że świadczenia nie spełni (art. 492¹ KC), odstąpienia od umowy wskutek opóźnienia podważającego prawdopodobieństwo wykonania zobowiązania w czasie właściwym, w szczególności art. 610, art. 635 KC, jak również o odstąpieniu na wypadek wykonywania dzieła w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową (art. 636 KC), a także o wypowiedzeniu zlecenia z ważnych powodów (art. 746§3 w zw. z art. 750 KC)⁴²¹. Najszerszy zasięg ma regulacja art. 492¹, na tle której wskazuje się, że zapowiedź dłużnika, że świadczenia nie spełni nie stanowi elementu czynności prawnej, ale jest oświadczeniem wiedzy, które może być wyrażone w sposób dorozumiany, choć powinno z niego w sposób wystarczający wynikać dla wierzyciela, że nadejście terminu spełnienia świadczenia jest bezcelowe⁴²². Poczynione uwagi skłaniają do konkluzji, zgodnie z którą w zamówieniu publicznym, w którym utrzymuje się znaczenie świadczenia dla zamawiającego, uwzględniać należy istnienie albo brak więzi zaufania do dłużnika w kwestii, że można polegać na jego świadczeniu. Prawo zamówień publicznych nie wprowadza jednak w tym względzie szczególnych unormowań, w tym wprowadzenia w tym względzie sankcji kontraktowych, a co za tym idzie – zaufanie do zdolności realizacyjnych wykonawcy podlega ochronie na zasadach kodeksowych. Ocena dokonywana jest *in casu*.

W praktyce zamówień publicznych, zmiany kosztów lub zwiększone trudności stanowią niejednokrotnie uzasadnienie postulatów wykonawców domagających się

⁴²¹ Brak zaufania stanowić może ważny powód wypowiedzenia umowy zlecenia, zob. postanowienie SN z 27.09.2023 r., I CSK 58/23, Lex; wyrok SN z 28.09.2004 r., IV CK 640/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 157; wyrok SN z 11.07.2014 r., III CSK 245/14, OSNC-ZD 2015, nr 4, poz. 57, w którym SN przyjął, że umowy o zastępstwo inwestycyjne oparte są na wzajemnym zaufaniu stron; wyrok SN z 24.09.1998 r., I CKN 448/98, Lex, wedle którego ważnym powodem wypowiedzenia umowy o świadczenie usług może być uzasadniona ocena, że cel zawartego kontraktu nie zostanie osiągnięty z przyczyn leżących po stronie kontrahenta.

⁴²² Tak: G. Stojek, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna* (art. 353-534), Warszawa 2018, art. 492¹, pkt 5, Lex; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Część...*, op. cit., art. 492¹ KC, Legalis.

zwiększenia świadczenia pieniężnego lub prolongatę terminów umownych⁴²³. Obowiązek wykonania *in natura* zasadniczo opiera się jednak modyfikacjom nieskutkującym obligatoryjnym zastosowaniem tzw. klauzul waloryzacyjnych. Pozostaje również odporny na zmianę okoliczności, nawet gdy powodują w sposób nadprogramowy większe trudności lub koszty realnego wykonania. Zamówienie publiczne nie stanowi bowiem umowy o dopełnienie jedynie pewnego zestawu wysiłków oraz poniesienie określonych kosztów wyrastających z literalnego brzmienia umowy oraz innych dokumentów zamówienia w oparciu o założenie o niezmienności okoliczności realizacyjnych.

Klauzula *rebus sic stantibus* łagodzi surowość zasady *pacta sunt servanda*⁴²⁴, tonuje również rygoryzm zasady wykonania zamówienia *in natura*. Jak wiadomo, według art. 357¹ KC nadzwyczajna zmiana stosunków, która spowodowałaby, że spełnienie przez wykonawcę świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, uprawnia sąd – po rozważeniu interesów stron i zgodnie z zasadami współżycia społecznego – do oznaczenia nowego sposobu, względnie odmiennej wysokości świadczenia albo do rozwiązania umowy. W tym ostatnim wypadku, w miarę potrzeby, sąd – kierując się przywołanymi względami – może orzec o rozliczeniach kontrahentów. Ingerencja sądowa dopuszczalna jest jedynie do chwili pełnego wykonania zobowiązania⁴²⁵. Podkreślenia wymaga, że unormowania kodeksowe nie przewidują występującego na gruncie PECL obowiązku podjęcia przez strony negocjacji oraz odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie powinności przeprowadzenia tychże (art. 6:111(2)(3) *in fine* PECL). Wydaje się jednak, że obowiązek podjęcia negocjacji wyprowadzić można z obowiązku kontrahentów postępowania względem siebie zgodnie z zasadami współżycia społecznego (art. 354§1 i §2 KC)⁴²⁶, a także z zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy w celu należytego wykonania zamówienia (art. 431 Pzp).

⁴²³ Niekiedy wykonawcy dążą w ten sposób nie tyle do uniknięcia straty, co do utrzymania poziomu zysku wymaganego planami, prognozami lub założeniami natury biznesowej.

⁴²⁴ Tak: M. Safjan, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 345 i nast.

⁴²⁵ Zob. A. Brzozowski, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1408; np. wyrok SN z 21.08.2014 r., IV CSK 733/13, Lex.

⁴²⁶ W praktyce zamówień publicznych rokowania w tym zakresie zazwyczaj poprzedzają drogę sądową.

Przesłanki zastosowania art. 357¹ KC były przedmiotem szczegółowych analiz doktryny prawa cywilnego⁴²⁷, podobnie jak budząca kontrowersje kwestia relacji klauzuli *rebus sic stantibus* do zasady *pacta sunt servanda*⁴²⁸, toteż ograniczyć się można do skrótowego przybliżenia zagadnień najistotniejszych.

Przede wszystkim, wykonawca zobowiązany jest wykonać zamówienie *in natura* w razie zmian okoliczności, które nie będą nadzwyczajnymi w rozumieniu przywołanego unormowania lub były nadzwyczajne, lecz obciążają wykonawcę zgodnie z umownym podziałem ryzyk, co może wynikać z kontraktowej alokacji ryzyk lub z ich rozkładu na tle danego rodzaju (typu) umowy. Pozostaje to w zgodzie z rozwiązaniem prawnym zawartym w PECL, które regulację o skutkach zmiany okoliczności otwiera obwarowaniem, że dłużnik obowiązany jest do wypełnienia swoich zobowiązań, nawet jeśli ich wykonanie stało się bardziej uciążliwe, czy to z powodu wzrostu kosztów wykonania, czy też z powodu zmniejszenia wartości otrzymanego świadczenia (art. 6:111(1) PECL).

Jak wiadomo, zmiana nadzwyczajna to zasadniczo zmiana o charakterze powszechnym (zewnętrznym). Musi wiązać się z okolicznościami niespotykanymi w normalnych realiach i zwykłym toku spraw⁴²⁹. „Nadzwyczajność” dotyczy przy tym stosunków, a nie zdarzenia, które wskazaną zmianę powodują⁴³⁰. Zestawia się w tym względzie okoliczności istniejące w czasie zawierania umowy z faktycznymi warunkami

⁴²⁷ Zob. np. W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy*, Warszawa 1998; tenże, *Wpływ wojny w Ukrainie na umowę w sprawie zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 2, s. 55 i nast.; J. Rajski, *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, „PPH” 2010, nr 3, s. 5 i nast.; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, op. cit., Cz. II. rozdział I.§2, Legalis; idem, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1403 i nast.; A. Doliwa, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Prywatnego. Tom 5a*, Warszawa 2020, s. 309 i nast.

⁴²⁸ Za przekonujące można uznać stanowisko, wedle którego klauzula stanowi środek prawny przywracania zachwianej równowagi świadczeń, tak: W. Robaczyński, *Sądowa zmiana...*, op. cit., s. 70; podobnie M. Safjan, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 347; A. Brzozowski, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1313; co do różnych zapatrywań doktryny w tym przedmiocie zob. W. Robaczyński, *Sądowa zmiana...*, op. cit., s. 68, A. Brzozowski [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1395 i nast.; S. Prutis, *Instytucje podstawowe...*, op. cit., s. 122-131. Na podstawie przywołanych źródeł stwierdzić można, że zapatrywania piśmiennictwa ogniskują się wokół czterech głównych grup stanowisk, które przywoływane są z różnymi, niekiedy przenikającymi się, uzasadnieniami: a) klauzula *rebus sic stantibus* jako wyjątek od zasady *pacta sunt servanda*, b) klauzula *rebus sic stantibus* jako uzupełnienie, względnie dopełnienie zasady *pacta sunt servanda*, c) komplementarność obu zasad d) klauzula *rebus sic stantibus* jako wzmocnienie zasady *pacta sunt servanda*.

⁴²⁹ R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357, pkt 17, oraz przywołana tam literatura i orzecznictwo, Legalis; A. Doliwa, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 309 i nast.; A. Brzozowski, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1417; co do powszechnego charakteru zob. postanowienie SN z 17.05.2023 r., I CSK 6697/22, Lex; postanowienie SN z 15.05.2023 r., I CSK 5591/22, Lex; odmiennie, dopuszczając indywidualny wymiar zmian, m.in. R. Strugała, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. i powiązane przepisy Księgi I KC. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 357¹, pkt III.B.2, Legalis.

⁴³⁰ P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357, pkt II.2, Legalis; R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357, pkt 19, Legalis; A. Brzozowski [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1417; odmiennie R. Strugała, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 357¹, pkt III.B.2, Legalis.

realizacyjnymi. W tradycyjnym ujęciu za nadzwyczajne zmiany stosunków przyjmowano zdarzenia o charakterze katastrof, w szczególności klęski żywiołowe, działania zbrojne, gwałtowne załamanie się sytuacji gospodarczej, hiperinflację, nagły wzrost bezrobocia, ale także nieoczekiwana eskalacja popytu na określone dobra⁴³¹. W nowszym orzecznictwie za nadzwyczajne zmiany uznawano niespodziewaną zmianę prawa, w tym zmianę stawek podatkowych, gwałtowne zmiany cen na rynku⁴³², zmianę stawek celnych⁴³³. Zmiana rzutująca na realne wykonanie zamówienia musi być trwała, co wyłącza zastosowanie tej regulacji do chwiejnych wahań koniunktury⁴³⁴. Literalne brzmienie przepisu wskazuje na kwalifikowany, negatywny wpływ w spełnieniu świadczenia, toteż na gruncie zamówień publicznych, wspomnianą trwałość oceniać należy w perspektywie terminu należytego wykonywania i wykonania zamówienia, a nie trwałości przeobrażeń relacji społecznych. Wydaje się przy tym, że jeśli wskazanymi zmianami dotknięte zostało spełnienie świadczenia przez wykonawcę nienależycie wykonującego zamówienie, to on powinien ponosić ryzyko zmian, które nastąpiły.

Wymóg realnego wykonania zamówienia pozostaje aktualny niezmiennie pomimo istotnej zmiany okoliczności, jeżeli przy zachowaniu należytej staranności można było przewidzieć jej również kwalifikowany, negatywny wpływ na spełnienie świadczenia. Chodzi mianowicie o spowodowanie po stronie wykonawcy trudności, które w realiach kontraktu byłyby „nadmierne” lub straty w stopniu „rażącym”. Literalne brzmienie przepisu wiąże konieczność wystąpienia negatywnych skutków w związku z wykonywaniem obowiązków głównych („spełnienie świadczenia”), jednak zaaprobować należy również interpretację, wedle której do zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* wystarczające jest, żeby wspomniane negatywne oddziaływanie wystąpiło w związku z realizacją obowiązków ubocznych. Wymóg nieprzewidzenia wpływu zmiany na stosunek obligacyjny wyraża się w tym, że żadna ze stron nie orientowała się, w jaki sposób następstwa zmiany okoliczności wpłyną na zaciągane zobowiązanie⁴³⁵. Nie wyklucza to

⁴³¹ R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 161 oraz cytowana tam literatura i orzecznictwo; W. Robaczyński, *Wpływ wojny...*, op. cit., s. 55 i nast. wraz z cytowanym orzecznictwem; A. Doliwa, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 309 i nast.

⁴³² Wyrok SN z 8.03.2018 r., II CSK 303/17, Lex; wyrok SN z 21.09.2011 r., I CSK 727/10, Lex; wyrok SN z 16.05.2007 r., III CSK 452/06, Lex; aczkolwiek SN nie uznał za nadzwyczajną zmianę stosunków zmianę stawki podatku VAT o 1% zob. wyrok z 19.11.2014 r., II CSK 191/14, Lex.

⁴³³ Por. W. Robaczyński, *Wpływ wojny...*, op. cit., s. 57 i nast. wraz z cytowanym orzecznictwem; wyrok SN z 17.01.2008 r., III CSK 202/07, Lex; R. Strugała, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 357¹, pkt III.B.4 wraz z powołanym tam orzecznictwem, Legalis.

⁴³⁴ Zob. R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 161 oraz cytowana tam literatura i orzecznictwo; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt I.2, Legalis; R. Strugała, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 357¹, pkt III.B.3, Legalis.

⁴³⁵ Zob. W. Robaczyński, *Wpływ wojny...*, op. cit., s. 59; wyrok SN z 9.12.2005 r., III CK 305/05, Legalis.

jednak zastosowania tej regulacji w razie zaistnienia okoliczności, które wprowadzić można było przewidzieć, lecz nie można było antycypować ich wpływu na zobowiązanie⁴³⁶. W czasach niepewności gospodarczej, racjonalnie działające strony muszą zakładać zwiększoną niepewność otoczenia i uwzględniać ją w kalkulacjach oraz warunkach kontraktów. Element ten wiąże się z uwzględnianiem tzw. normalnego ryzyka kontraktowego⁴³⁷. Na tle zamówienia publicznego, nadmierne trudności lub groźba rażącej straty łączą się zasadniczo z sytuacją wykonawcy, w szczególności oznaczając konieczność uchybienia zasadom racjonalnego gospodarowania lub poniesienia dużo znaczniejszych nakładów na potrzeby realizacji. Nadmierne trudności mogą mieć charakter techniczny, majątkowy, ich źródło mogą stanowić zjawiska natury technicznej (np. wycofanie produkcji lub sprzedaży) lub gospodarczej (np. zawieszenie funkcjonowania określonych tras lub środków transportu)⁴³⁸. Rażąca strata nie może być interpretowana w oderwaniu od istoty i celu realizowanego zamówienia, a o jej wystąpieniu decyduje nie samo porównanie aktualnej wartości świadczeń, ale całokształt skutków wykonania zobowiązania dla sytuacji majątkowej dotkniętej nimi strony, przy uwzględnieniu celu zobowiązania i tego, jakich korzyści z jego wykonania strona mogła się spodziewać⁴³⁹. Nie wymaga się zachwiania bezpieczeństwem finansowym dłużnika, wystarczy zwykła strata transakcyjna, ale w rozmiarze kwalifikowanym⁴⁴⁰. Związek przyczynowy między kwalifikowaną zmianą okoliczności a kwalifikowanym wpływem na sytuację dłużnika nie musi być adekwatnym związkiem przyczynowym, wystarczy obiektywne powiązanie kauzalne⁴⁴¹.

⁴³⁶ Zob. R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt 23, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt II.5, Legalis; podobnie, jak się zdaje, A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt 41, Legalis; R. Strugała, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 357¹, pkt III.A.2, Legalis; wyrok SN z 9.12.2005 r., III CK 305/05, Lex; W. Robaczyński, *Wpływ wojny...*, op. cit., s. 59 wraz z cytowanym orzecznictwem.

⁴³⁷ Por. A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt 40, Legalis; wyrok SN z 9.12.2005 r., III CK 305/05, Lex.

⁴³⁸ Zob. A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt 34-35, Legalis; tenże A. Brzozowski, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1427; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 161; podobnie R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt 27 i nast., Legalis. Nieco odmiennie: P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt 3, Legalis, który trudność o charakterze majątkowym sytuuje w sferze rażącej straty; podobnie R. Strugała, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 357¹, pkt III.C.2, Legalis.

⁴³⁹ R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt 29, Legalis; wyrok SN z 19.11.2014 r., II CSK 191/14, Lex; wyrok SA w Warszawie z 25.05.2022 r., VII AGa 1100/21, Lex; wyrok SA w Gdańsku z 27.01.2020 r., V AGa 110/19, Lex. Odmiennie: R. Strugała, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 357¹, pkt III.C.10, Legalis.

⁴⁴⁰ Wyrok SN z 9.08.2012 r., V CSK 366/11, Lex; wyrok SN z 5.12.2013 r., V CSK 2/13, Lex; wyrok SA w Warszawie z 25.05.2022 r., VII AGa 1100/21, Lex.

⁴⁴¹ W. Robaczyński, *Sądowa zmiana...*, op. cit., s. 118; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt I.4, Legalis; R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt 30 i nast., Legalis; A. Brzozowski, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo*

Korekta wymogu wykonania zamówionego świadczenia *in natura* może zmierzać w dwóch kierunkach. W ramach pierwszego, preferowanego przez ustawodawcę, obowiązek wykonania ulega modyfikacji, która może nastąpić w zakresie wysokości świadczenia lub sposobu jego spełnienia. Ta pierwsza powinna zasadniczo prowadzić do odzyskania pierwotnej relacji między wartościami świadczeń stron. Nie jest dopuszczalne usuwanie dysproporcji istniejącej w momencie zawierania umowy. Odmienne oznaczenie sposobu wykonania zobowiązania oznacza z kolei modyfikację treści umowy w odniesieniu do czasu, miejsca i sposobu realizacji zobowiązania, w szczególności poprzez odroczenie terminu świadczenia, rozłożenie zadłużenia na raty⁴⁴². Nie mogą natomiast zostać zmienione pozostałe wymogi realizacyjne, czy też inne istotne elementy treści obowiązku realnego wykonania lub zobowiązania jako takiego (np. sankcje z tytułu naruszenia zobowiązania, prawo do odstąpienia od umowy). W nadzwyczajnie zmienionych okolicznościach mogą mieć jednak zastosowanie inne niż w realiach prosperity gospodarczej zasady współżycia społecznego oraz zwyczaje. Niewątpliwie, skorygowane zamówienie publiczne musi zostać wykonane *in natura*. W tym wariancie, klauzula *rebus sic stantibus* „fragmentarycznie” dookreśla niektóre elementy wzorca rzeczywistej realizacji, aktualizując go do nadzwyczajnie zmienionych okoliczności. Wymaga to uzasadnienia płynącego z rozważania interesów stron oraz zasad współżycia społecznego, lecz w zamówieniach publicznych dodatkowo uwzględnić należy ograniczenia istotnych zmian umowy (art. 454-455 Pzp), utrzymania interesu publicznego w realizacji zamówienia, braku zagrożenia dla interesu bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa publicznego (art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp). Skutek silniejszy, polegający na rozwiązaniu umowy stanowi środek ostateczny⁴⁴³. Wymagane rozważenie interesów stron oraz poddanie ocenie w świetle zasad współżycia społecznego, na gruncie zamówień publicznych oznacza potrzebę uwzględnienia celu zamówienia oraz potrzeb zbiorowych, leżących u jego podstaw. Konflikt wartości może niejednokrotnie

zobowiązań..., op. cit., s. 1443; R. Strugała, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 357¹, pkt III.A.3, Legalis; wyrok SN z 7.12.2007 r., III CSK 172/07, Lex. Odmienne, jak się zdaje, R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 161 oraz wyrok SN z 8.03.2018 r., II CSK 303/17, Lex.

⁴⁴² Por. A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, op. cit., rozdział I.§6.I, Legalis; tenże [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1438; R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357, pkt 30 i nast., Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357, pkt III.4; szeroki zakres zmiany, obejmujący m.in. jakość świadczenia, dopuszcza R. Strugała, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 357¹, pkt IV.7, Legalis.

⁴⁴³ A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt III.47, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt III.3, Legalis; T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018, art. 357¹, pkt 18, Lex; A. Brzozowski, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1401; A. Doliwa, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 310; R. Morek [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357¹, pkt 45, Legalis; wyrok SN z 8.03.2018 r., II CSK 303/17, Lex.

przemawiać przeciwko rozwiązaniu umowy, wzmacniając tym samym prerogatywy sądu ukierunkowane na świadczenie *in specie*.

Gospodarcza niemożliwość oraz nieracjonalność świadczenia nie mają obecnie dostatecznych podstaw prawnych. W dawnym stanie prawnym, w braku art. 357¹ KC (klauzula *rebus sic stantibus*), wygaśnięcie wymogu realnego wykonania łączono ze zdarzeniem powodującym tak rażąco dysproporcją między kosztem spełnienia świadczenia *in natura* a interesem wierzyciela w jego uzyskaniu, że dochodziłoby do pozbawienia zobowiązania gospodarczego uzasadnienia lub celu nawiązania. Dotyczy to zobowiązań, których – mimo technicznej wykonalności – nie żądałby rozsądny uczestnik obrotu⁴⁴⁴. W zamówieniach publicznych obecnie brak podstaw na korzyść takiej interpretacji. Przeważająca część doktryny prawa cywilnego, m.in. wskutek wprowadzenia regulacji *rebus sic stantibus* opowiada się przeciwko uznawaniu gospodarczej niemożliwości zobowiązań umownych⁴⁴⁵. Ponadto, cel zamówień publicznych, powiązany z zaspokajaniem potrzeb zbiorowych przemawia przeciwko wygaszaniu roszczenia pierwotnego przez czynniki ekonomiczno-gospodarcze po stronie wykonawcy⁴⁴⁶. Przed nadmiernym uszczerbkiem wykonawcę mogą chronić obligatoryjne klauzule waloryzacyjne, a także klauzula *rebus sic stantibus*.

Z kolei tzw. gospodarcza nieracjonalność świadczenia, której podstawy upatruje się w zastosowaniu art. 363 §2 KC do roszczenia pierwotnego nie ma uzasadnienia z kilku powodów⁴⁴⁷. Stanowisko to opiera się na założeniu, że skoro dłużnik naruszający zobowiązanie podlega ochronie, o której mowa w przywołanym przepisie, to powinien jej także podlegać dłużnik, który zobowiązania jeszcze nie naruszył⁴⁴⁸. To podejście

⁴⁴⁴ Zob. K. Kruczałak, *Skutki niemożliwości...*, op. cit., s. 51; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański, *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 800; zob. W. Robaczyński, *Z problematyki gospodarczej niemożliwości świadczenia*, „KPP” 1993, nr 2, s. 151 i nast.; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 475, pkt 4, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 475, pkt 6 oraz powołane tam piśmiennictwo, Legalis. SN w wyroku z 26.05.2021 r., V CSKP 21/21, Lex, wyraził zapatrywanie, według którego niemożliwość gospodarcza kwalifikowana jest jako stan rażącej nieproporcjonalności między wartością przedmiotu świadczenia, połączonej z oczekiwanymi przez strony korzyściami a kosztami, które należałoby ponieść, aby wykonać zobowiązanie, skutkujący oderwaniem zobowiązania od gospodarczego uzasadnienia, od celów, które były przyczyną jego powstania. Ma ona dotyczyć takich zobowiązań, których wykonania nie zażądałby rozsądny uczestnik obrotu, albowiem, z uwagi na kontekst ekonomiczny, wykonanie zobowiązania jest nieracjonalne.

⁴⁴⁵ W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 475, pkt 6, Legalis; J.M. Kondek, *Wpływ sytuacji kryzysowych na stosunki cywilnoprawne*, Warszawa 2021, rozdział II.3.1 oraz powołane tam piśmiennictwo, Lex; A. Brzozowski, *O potrzebie nowej regulacji wpływu zmiany okoliczności na zobowiązania*, „PiP” 2020, nr 8, s. 113-131, który po wprowadzeniu art. 357¹ wskazuje na brak luki prawnej; odmiennie, m.in. dopuszczając gospodarczą niemożliwość świadczenia poza zasięgiem art. 357¹, niekiedy przy spełnieniu pewnych dodatkowych przesłanek, zob. T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] K. Osajda, *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 259; M. Smyk, *Klauzula rebus sic stantibus a tzw. gospodarcza niemożliwość świadczenia*, „MoP” 2001, 14, s. 735.

⁴⁴⁶ Zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 158.

⁴⁴⁷ Zob. I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 330 i nast.

⁴⁴⁸ Zob. F. Zoll, [w:] *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 85-86, 173, Legalis. Autor ten wskazuje również, że zastosowanie art. 363 §2 KC stanowiłoby „ciało obce” w systemie prawa polskiego. F. Zoll, [w:], *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s.

interpretacyjne nie wydaje się właściwe co najmniej z kilku względów. Zastosowanie *per analogiam* art. 363 § 2 KC skutkowałoby niedopuszczalną na gruncie zamówień publicznych istotną modyfikacją treści zobowiązania. Dłużnik uzyskałby uprawnienie do zwolnienia się z obowiązku spełnienia świadczenia pierwotnego *in natura* poprzez spełnienie ekwiwalentu pieniężnego („kwota zastępcza”), innego niż odszkodowanie⁴⁴⁹. Kolidowałoby również z płynącymi z art. 454 ust. 2 i art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp zakazami zmian ogólnego charakteru umowy. Dodatkowo, skoro w modelowym ujęciu wykonawca nie jest uprawniony wykupić się z obowiązku wykonania zamówienia poprzez zapłatę kary umownej, to tym bardziej nie powinien być uprawniony do wykupienia się ze zobowiązania poprzez zapłatę bez zgody zamawiającego innego świadczenia pieniężnego.

Następcza niemożliwość świadczenia w ujęciu art. 475 KC prowadzi do wygaszenia roszczenia pierwotnego. Z tej perspektywy nie ujawniają się istotne rozbieżności między niemożliwością zaistniałą wskutek przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (art. 475 § 1 oraz 495 § 1 KC), a niemożliwością wywołaną okolicznościami, za które jest odpowiedzialny (art. 493 § 1 KC). W sytuacji obiektywnej, następcej niemożliwości świadczenia wykonawca nie jest w stanie zrealizować nawet najbardziej zyskowego zamówienia. W zamówieniach zastosowanie znajdzie reguła *genus perire non censetur*, wzmacniana obowiązkiem „neutralnego” opisanie przedmiotu zamówienia oraz powinnością uwzględniania rozwiązań „równoważnych”. W efekcie, redukuje się niebezpieczeństwo świadczenia niemożliwego, wzmacniając zasadę realnego wykonania zamówienia. Jak wiadomo, sformułowanie „świadczenie niemożliwe” kryje pod sobą świadczenie niemożliwe do wykonania⁴⁵⁰. W świetle orzecznictwa SN konstrukcja następcej niemożliwości świadczenia obejmuje sytuację niemożności wykonania zobowiązania, która jest zupełną, trwałą oraz obiektywna⁴⁵¹. Zupełność oznacza niemożność zaspokojenia wierzyciela w jakikolwiek sposób. Trwałość to niezmienność w czasie wchodzącym w rachubę z punktu widzenia interesu

1148, chociaż nieco odmienną myśl ogólną zawarto na s. 1205 tego dzieła, Legalis; za omawianą koncepcją wyraźnie opowiada się natomiast I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 331 i nast.

⁴⁴⁹ Zob. F. Zoll, [w:] *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 86, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 334, 351 i nast., która wskazuje na transformację roszczenia o wykonanie *in natura* w niezaskarżalne uprawnienie wierzyciela.

⁴⁵⁰ K. Kruczałak, *Skutki niemożliwości...*, op. cit., s. 18; P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 621; A. Doliwa, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 283, który akcentuje stan trwałej niewykonalności.

⁴⁵¹ Zob. wyrok SN z 5.12.2000 r., V CKN 150/00, Lex; wyrok SN z 15.11.2013 r., V CSK 500/12, Lex; wyrok SN z 26.05.2021 r., V CSKP 21/21, Lex.

wierzyciela, względnie z uwagi na naturę zobowiązania. Obiektywny charakter to brak możliwości wykonania przez kogokolwiek⁴⁵². Niemożliwość może mieć charakter prawny lub faktyczny⁴⁵³, u jej źródeł mogą leżeć prawa fizyki, aktualny stan wiedzy, techniki, w szczególności gdy zachowanie dłużnika odnosi się do pewnego przedmiotu, który nie istnieje i nie może powstać. Stan wykonalności ocenia się z perspektywy świadczenia, które co do zasady nie musi być spełniane osobiście⁴⁵⁴, toteż niemożliwość nie powinna być limitowana do potencjału dłużnika⁴⁵⁵. Nie chodzi również o niewykonalność dla podmiotu o takim potencjale, który spełniałby postawione przez zamawiającego warunki udziału. Konsekwentnie, brak postawienia warunków udziału w postępowaniu nie powinien relatywizować oceny do grona wykonawców, od których nie wymagano żadnego doświadczenia lub zasobów. Ocena może być odnoszona do najbardziej zaawansowanych podmiotów świadczących na danym rynku usługi, dostawy lub roboty budowlane. Warto zauważyć, że w świetle ustawy Pzp przedmiot partnerstwa innowacyjnego stanowić mogą innowacyjne produkty, usługi lub roboty budowlane, które jeszcze nie są dostępne na rynku (art. 189 ust. 1 in fine Pzp). W takim przypadku, rzecz jasna, nie jest niemożliwym świadczenie, które spełniane jest przy pomocy dążeń oraz metod, które – w świetle stanu nauki i techniki – na dany moment nie mogły doprowadzić do pożądaných wyników. Do swoistej prawnej, niemożliwości świadczenia, która jednak niekoniecznie prowadzi do braku zaspokojenia potrzeb zamawiającego

⁴⁵² Wyrok SN z 5.12.2000 r., V CKN 150/00, Lex; wyrok SN z 15.11.2013 r., V CSK 500/12, Lex; wyrok SN z 26.05.2021 r., V CSKP 21/21, Lex; por. P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 621 oraz powołana tam literatura; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2022, art. 475, pkt VI.2 oraz powołane tam piśmiennictwo, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 475, pkt 2, Legalis; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 475, pkt A.1 wraz z przywołaną w tym miejscu judykaturą i piśmiennictwem, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 475, pkt 2-3 wraz z powołanym tam piśmiennictwem i judykaturą, Legalis; odmiennie, wskazując na bezprzedmiotowość wymogu restrykcyjnego ujęcia niemożliwości, ale wyłączając subiektywną niemożliwość w kontekście wykonania zastępczego, F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 1188 oraz powołana tam literatura.

⁴⁵³ Zob. K. Kruczałak, *Skutki niemożliwości*..., op. cit., s. 22 i nast.; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 475, pkt A.2, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 475, pkt 6, Legalis.

⁴⁵⁴ Wyrok SN z 10.09.2009 r., V CSK 58/09, Lex.

⁴⁵⁵ Wyjątek może stanowić sytuacja, w której np. z uwagi na indywidualne cechy dłużnika nie może on zostać zastąpiony w wykonaniu, co sprawia, że utrata tych cech skutkuje niemożliwością świadczenia: zob. wyrok SN z 10.09.2009 r., V CSK 58/09, Lex. Przypadek ten może mieć znaczenie dla zamówień udzielanych z wolnej ręki w sytuacji wyłączności wykonawcy do wykonania zamówienia, np. z przyczyn technicznych. Jednakże M. Gutowski zauważa, że jeżeli wyłącznie zobowiązany nie może świadczenia spełnić, to nie może go spełnić również żadna inna osoba, zob. M. Gutowski [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2022, art. 475, pkt VI.4, Legalis; podobnie J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 475, pkt A.1, Legalis.

może dojść w marginalnych przypadkach, wskutek konfuzji, na przykład, w następstwie sukcesji uniwersalnej⁴⁵⁶.

Rozwiązanie umowy przez zamawiającego jest dopuszczalne jedynie w okolicznościach ustawowych⁴⁵⁷. Reżim zamówień publicznych zasadniczo przewiduje kilka takich przypadków. Przede wszystkim, zamawiający może odstąpić od umowy w razie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym lub, gdy dalsze jej wykonywanie może zagrozić podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu (art. 456 ust. 1 Pzp). Przywołane uprawnienie ograniczone zostało trzydziestodniowym terminem, liczonym od dnia powzięcia wiadomości o istotnej zmianie okoliczności z uwzględnieniem dochowania przez zamawiającego należytej staranności. Ponadto, zamawiający uprawniony jest odstąpić od umowy w razie zmiany umowy o zamówienie publiczne dokonanej z naruszeniem art. 454–455 Pzp. Nie bez znaczenia jest, że odstąpienie nastąpić może, jeżeli zamówienia udzielono wykonawcy, który podlegał wykluczeniu na podstawie art. 108 Pzp. Kolejna przesłanka polega na stwierdzeniu przez TSUE, w ramach procedury unormowanej art. 258 TFUE, o uchybieniu przez Rzeczpospolitą Polską zobowiązań wynikających z traktatów lub z dyrektyw w zakresie zamówień publicznych wskutek udzielenia przez zamawiającego zamówienia z naruszeniem prawa UE. Jak widać trzy ostatnie przypadki mieszczą się w zakresie problematyki czynności prawnej wzruszalnej uprawnieniem kształtującym (nieważność względna wynikająca z naruszenia ustawy Pzp)⁴⁵⁸. Ostatni, piąty przypadek możliwości odstąpienia od umowy ma charakter sankcyjny, dotyczy bowiem wielokrotnego dokonywania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dokonywanie ich na sumę przekraczającą 5% wartości umowy⁴⁵⁹.

Pozostałe przypadki jednostronnego rozwiązania umowy wynikają z uregulowań kodeksowych. Dostrzec w tym względzie należy dwa przypadki hybrydowego wygaszenia tego obowiązku: w razie częściowej niemożności świadczenia, a także

⁴⁵⁶ Przypadek taki wystąpić może na gruncie zamówień sektorowych, na przykład, w razie połączenia wykonawcy i zamawiającego. Przynależność konfuzji do problematyki niemożności świadczenia pozostaje dyskusyjna. Wydaje się, że są argumenty przemawiające za niemożliwością prawną w aspekcie konstrukcji zobowiązania.

⁴⁵⁷ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 219.

⁴⁵⁸ Według M. Gutowskiego konstrukcja wadliwości czynności w przypadku jej wzruszalności polega na tym, że jakkolwiek istnieje jako ważna i w pełni skuteczna czynność prawa, to jej ważność w pewnym sensie ma charakter nietrwały zob. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017, s. 70.

⁴⁵⁹ M. Czerwiński, *Odstąpienie od umowy o roboty budowlane zawartej w trybie zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 4, s. 56, Legalis.

częściowej zwłoki świadczenia podzielnego⁴⁶⁰ dłużnika. *Ex lege* wygasa część obowiązku pierwotnego, lecz w razie spełnienia dodatkowych przesłanek może nastąpić całkowite wygaszenie wymogu realnego wykonania. Jak wiadomo, zamawiający uprawniony jest odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niego znaczenia ze względu na właściwość zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez niego cel umowy, wiadomy wykonawcy, którego świadczenie stało się częściowo niemożliwe, względnie który popadł w zwłokę (art. 493 § 2 oraz art. 495 § 2 KC). Na tle tego uregulowania, w reżimie zamówień publicznych przywołać należy zasadę efektywności oraz publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń, w tym związany z nim obowiązek celowego wydatkowania środków publicznych (art. 44 ust. 3 pkt 1 u.f.p.). „Utrata znaczenia” z przyczyn, o których mowa w art. 491 § 2, art. 493 § 2, art. 495 § 3 KC, ma znaczenie kardynalne. Unormowania art. 491§2, art. 493 § 1 i art. 495 §2 KC nawiązują do szeroko analizowanych w doktrynie właściwości zobowiązania oraz jego zamierzonego celu⁴⁶¹. To pierwsze kryterium ma charakter obiektywny, będąc z reguły wypełniać cechy świadczenia sprawiające, że ma ono ze swej istoty charakter terminowy lub świadczenia nie nadającego się w zasadzie do spełnienia w częściach⁴⁶². Natomiast za cel zamówienia w tym kontekście uznawać należy indywidualny cel konkretnego zobowiązania, nie musi on stanowić treści warunków zamówienia⁴⁶³. Za cel nie może zostać jednak uznany ukryty zamiar, jaki jedna ze stron życzyła sobie zrealizować⁴⁶⁴. Na tle powołanych uregulowań modelowo wymaga się pozytywnej

⁴⁶⁰ O tym czy niepieniężne świadczenie jest w jakimkolwiek stopniu podzielne w rozumieniu art. 491 § 2 KC decydują w licznych przypadkach – w granicach art. 353¹ KC – postanowienia umowy – zob. wyrok SN z 28.01.2011 r., I CSK 315/10, Lex; wyrok SA w Gdańsku z 13.05.2015 r., I ACa 1054/14, Lex.

⁴⁶¹ Zob. K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt V.4, Legalis; M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt B.3-5, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt 12, Legalis; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 493, pkt B.6, Legalis; do regulacji art. 491 nawiązują: K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 493, pkt 8, Legalis; podobnie: M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 493, pkt D.3-5, Legalis; wyrok SN z 21.01.2021 r., III CSKP 148/21, Lex. Judykatura, na potrzeby wykładni celu, o którym mowa w art. 65§2 KC odsyła do analogicznego stosowania art. 491§2, art. 492 i art. 493 KC – zob. np. wyrok SN z 21.01.2021 r., III CSKP 148/21, Lex; wyrok SN z 19.01.2018 r., I CSK 226/17, Lex; wyrok SN z 16.11.2017 r., V CSK 79/17, Lex. Ponieważ cel, o którym mowa w art. 493 §2 KC odpowiada celowi, w rozumieniu art. 495 §2 KC, to ustalenia w tym zakresie mogą być odnoszone do drugiego z przywołanych unormowań, zob. również K. Kruczałak, *Skutki niemożliwości...*, op. cit., s. 161.

⁴⁶² J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 824; na niepodzielność świadczenia, opartą na właściwościach fizycznych lub ekonomicznych przedmiotu świadczenia, wskazuje również K. Kruczałak, *Skutki niemożliwości...*, op. cit., s. 159 i nast.; podobnie K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt V.4., Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt 12, Legalis, który przywołuje przykład niezdatności świadczenia do spełnienia częściowego; podobnie A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt 10, Lex. W jednym z orzeczeń SN przywołał stan nieosiągnięcia przez świadczenie minimalnego poziomu niezbędnego wierzycielowi: chodziło o temperaturę ogrzania pomieszczeń - wyrok SN z 14.12.1965 r., II CR 470/65, OSNC 1966, nr 11, poz. 192.

⁴⁶³ K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt V.4., Legalis; M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt B.3-5, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt 12, Legalis.

⁴⁶⁴ K. Kruczałak, *Skutki niemożliwości...*, op. cit., s. 148.

wiedzy dłużnika o celu, aczkolwiek nie postuluje się, aby został on „uzgodniony” lub był znany mu w dacie zawarcia umowy, powinien być znany najpóźniej w czasie, w którym terminowe wykonanie było jeszcze możliwe⁴⁶⁵. Wydaje się jednak, że ten ostatni punkt wymaga korekty na gruncie zamówień publicznych. Z uwagi na potrzebę ciągłego zaspokajania potrzeb zbiorowych oraz wymóg wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, uwzględniający okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 99 Pzp), jeżeli przedmiot zamówienia miałby służyć celowi nietypowemu lub ściśle według określonego terminu, to możliwość wygaszenia obowiązku wykonania zamówienia wskutek jedynie częściowego wykonania w terminie ściśle zastrzeżonym lub z uwagi na cel zamówienia powinny być zasygnalizowane z góry w warunkach zamówienia. Ocena dokonywana jest jednak *in casu*.

Inne rozwiązania kodeksowe prewencyjno-stymulacyjne wyznaczające zasięg obowiązku wykonania zamówienia *in natura* publicznego obejmują przypadki jednostronnego rozwiązania umowy o zamówienie publiczne wskutek: zapowiedzi niespełnienia świadczenia (art. 492¹ KC), opóźniania się z rozpoczęciem wytwarzania przedmiotu dostawy (art. 610 KC) lub dzieła (art. 635 KC), wadliwego wykonywania dzieła lub robót budowlanych (art. 636 KC), zaistnienia ważnych powodów w stosunkach zlecenia lub usług na warunkach zlecenia (art. 746 §3 w zw. z art. 750 KC), z ramach rękojmi wad przedmiotu zamówienia (art. 560 KC). Przywołane konstrukcje prawne zostały szczegółowo objaśnione w doktrynie⁴⁶⁶ i orzecznictwie⁴⁶⁷ prawa cywilnego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mają one duże znaczenie dyscyplinujące. Reżim

⁴⁶⁵ K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt V.4., Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt V.4., Legalis; M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt B.3-5, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 491, pkt 12, Legalis.

⁴⁶⁶ Zob. K. Panfil, *Odstąpienie od umowy jako sankcja naruszenia zobowiązania*, Warszawa 2018, rozdział IV, Lex; w zakresie przywołanych por. K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 492¹ wraz z cytowaną tam literaturą; W. J. Katner [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 7*, Warszawa 2018, s. 274 i nast. oraz powołane tam piśmiennictwo; A. Brzozowski, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 7*, Warszawa 2018, s. 429 i nast., 452 i nast. wraz z cyt. literaturą; L. Ogiegło, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 7*, Warszawa 2018, s. 629 i nast. oraz przywołane piśmiennictwo; F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy*, Warszawa 2018, s. 227 i nast. wraz z cyt. literaturą.

⁴⁶⁷ W zakresie art. 492¹ KC zob. np. wyrok SA w Poznaniu z 28.04.2022 r., I AGa 321/21, Lex, w którym dopuszczono odstąpienie od całości umowy w razie odmowy jej wykonania jedynie w części; co do art. 635 KC zob. np. postanowienie SN z 28.11.2019 r., I CSK 415/19, Lex; wyrok SN z 18.09.2019 r., IV CSK 498/18, OSNC 2020, nr 7-8, poz. 60; wyrok SN z 13.09.2017 r., IV CSK 603/16, Lex; na tle art. 636 KC zob. np. wyrok SN z 14.11.2008 r., V CSK 182/08, Lex; wyrok SA w Krakowie z 3.12.2014 r., I ACa 713/13, Lex; wyrok SA w Krakowie z 29.06.2016 r., I ACa 281/16, Lex; wyrok SA w Białymstoku z 26.11.2020 r., I AGa 75/20, Lex; w zakresie art. 746 KC zob. np. wyrok SN z 15.10.2014 r., V CSK 684/13, OSNC-ZD 2016, nr 1, poz. 7; wyrok SN z 13.10.2021 r., I CSKP 239/21, Lex; postanowienie SN z 27.09.2023 r., I CSK 58/23, Lex; co do art. 560 KC zob. np. wyrok SN z 7.01.2009 r., II CSK 399/08, Lex; wyrok SN z 25.04.2014 r., II CSK 415/13, OSNC-ZD 2015, nr 3, poz. 37; wyrok SA w Krakowie z 22.01.2020 r., I AGa 34/19, Lex.

prawny i specyfika zamówień publicznych nie modyfikują ich w sposób zasadniczy. W świetle publicznoprawnego obowiązku dochodzenia roszczeń oraz pieczy nad zaspokajaniem potrzeb zbiorowych, zamawiający powinien każdorazowo poddać szczegółowej analizie zasadność skorzystania z tych instrumentów prawnych.

Obowiązek wykonania zamówienia zakończy, w zakresie zobowiązań niewzajemnych⁴⁶⁸, odmowa przyjęcia przez zamawiającego świadczenia, które w następstwie zwłoki straciło dla niego całkowicie lub w przeważającym stopniu znaczenie (art. 477 § 2 KC). Co do zasady wierzyciel uprawniony jest złożyć oświadczenie w tym przedmiocie do momentu zaofiarowania świadczenia przez dłużnika⁴⁶⁹. Przy ocenie wymaganej utraty znaczenia świadczenia należy mieć na względzie okoliczności obiektywne, takie jak treść zobowiązania, jego właściwość, cel społeczno-gospodarczy, jak również elementy subiektywne, przez które przyjmuje się okoliczności istotne z perspektywy konkretnego wierzyciela⁴⁷⁰. Odmowa nie może stanowić szynkany względem dłużnika⁴⁷¹. W świetle specyfiki zamówień publicznych pierwszoplanową rolę przyznać jednak należy kryteriom obiektywnym.

Nie bez znaczenie pozostają unormowania o unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne (art. 457 Pzp). Umowa pozostaje skuteczna dopóty, dopóki nie zostanie unieważniona konstytutywnym orzeczeniem sądu z mocą *ex tunc*⁴⁷². W okolicznościach wskazanych w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp umowa może zostać unieważniona wyjątkowo tylko w zakresie zobowiązań jeszcze niewykonanych. Przepisy te nie wykluczają unieważnienia umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 70⁵ KC.

Modyfikacja granic wykonania *in natura* wynika z przepisów szczególnych, zwłaszcza regulacji o skutkach ogłoszenia upadłości co do zobowiązań upadłego. Na mocy art. 91 ust. 2 Pr. up. zobowiązania majątkowe niepieniężne upadłego wykonawcy

⁴⁶⁸ Zob. M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 477, pkt I.5, Legalis; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 477, pkt 10, Legalis; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023, art. 477, pkt 2, Legalis; zob. wyrok SN z 7.10.2016 r., I CSK 626/15, Lex.

⁴⁶⁹ M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 477, pkt II.3, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 477, pkt 3, Legalis; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 477, pkt 5, Legalis.

⁴⁷⁰ Zob. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański, *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 814; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 477, pkt II.1, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., s. Art. 477, pkt 3, Legalis.

⁴⁷¹ Por. W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 477, pkt 2, Legalis; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 477, pkt 4, Legalis.

⁴⁷² Wyrok SA w Krakowie z 27.06.2018 r., I AGa 154/18, Lex. Analiza bazy orzeczeń Lex i Legalis nie doprowadziła do zidentyfikowania orzeczeń obejmujących unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego (stan na 31.12.2024 r.).

ex lege zmieniają się z dniem ogłoszenia upadłości na zobowiązania pieniężne i z tym dniem stają się płatne⁴⁷³. W zakresie umów wzajemnych, jeżeli w dniu ogłoszenia upadłości zobowiązania z przywołanej umowy nie zostały wykonane w całości lub części, syndyk – za zgodą sędziego-komisarza – uprawniony jest albo wykonać zobowiązanie upadłego i zażądać od drugiej strony spełnienia świadczenia wzajemnego albo od umowy odstąpić ze skutkiem na dzień ogłoszenia upadłości (art. 98 Pr.up.). Orzekając w przedmiocie zgody, sędzia komisarz obowiązany jest kierować się celem postępowania upadłościowego, jak również wziąć pod uwagę ważny interes drugiej strony umowy (art. 98 ust. 1a Pr.up.), co rzutuje na konieczność uwzględniania specyfiki umowy o zamówienie publiczne, celu zamówienia oraz potrzeb publicznych leżących u podstaw jego udzielenia. W przypadkach dotyczących umów innych niż wzajemne, syndyk może od umowy odstąpić, chyba że przepisy szczególne przewidują odmienny skutek, ale reżim zamówień publicznych nie zawiera takich regulacji.

Także nadużycie prawa może rzutować na wymóg realnego wykonania zamówienia, ale z zasady są to sytuacje skrajne. W świetle bowiem art. 5 KC nadużycie prawa może wchodzić w grę w razie podejmowania przez wierzyciela działań wewnętrznie sprzecznych, godzących w zaufanie wywołane u innych uczestników obrotu, a co za tym idzie naruszających ogólnosystemową regułę *venire contra factum proprium nemini licet*⁴⁷⁴. Tymczasem zamawiający publiczny zobowiązany jest współdziałać w wykonaniu zamówienia oraz realizować roszczenie pierwotne zgodnie z zasadami współżycia społecznego i przeznaczeniem społeczno-gospodarczym. Przepis art. 354 § 2 KC może znaleźć zastosowanie, jeżeli wierzyciel jest niełojalny i narusza obowiązki związane z treścią stosunku prawnego, którego jest stroną. Natomiast art. 5 k.c. – gdy, ze względu na szczególne okoliczności, dojdzie do naruszenia zasad dotyczących wykonywania wszelkich praw, niezależnie od ich charakteru⁴⁷⁵. Niemniej jednak, jak wiadomo, naruszenie art. 354§2 KC stanowi zwłokę wierzyciela, która co do zasady nie zwalnia dłużnika z wykonania (zob. rozdz. V.2 opracowania). Podobnie zastosowanie art. 5 KC nie powinno mieć miejsca wówczas, gdy dłużnikowi przysługują

⁴⁷³ Nie dotyczy to zobowiązań z tytułu rękojmi lub gwarancji wykonawcy robót budowlanych w odniesieniu do tych wad wykonanych robót, które nie ujawniły się do dnia ogłoszenia upadłości, wyrok SN z 12.04.2018 r., II CSK 366/17, Lex; podobnie wyrok SA w Łodzi z 4.02.2013 r., I ACa 1048/12, Lex.

⁴⁷⁴ Wyrok SN z 14.01.2015 r., I CSK 19/14, Lex z krytyczną glosą W. Iwańskiego, *Nadużycie prawa podmiotowego. Glosa do wyroku SN z dnia 14 stycznia 2015 r.*, I CSK 19/14, PS 2016, nr 5, s. 120-132.

⁴⁷⁵ Por. M. Pyziak-Szafnicka, *Kilka uwag o naruszeniu prawa podmiotowego przez wierzyciela*, [w:] S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska (red.), *Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*, Warszawa 2022, pkt 3, Lex.

inne instrumenty ochrony⁴⁷⁶. W efekcie, obowiązek realnego spełnienia świadczenia w tych sytuacjach nie wygaśnie, ale może otworzyć się ścieżka prawna uzasadniająca jednostronne rozwiązanie umowy przez wykonawcę (np. art. 640 KC). Wydaje się, że brak ochrony żądaniu wykonania *in natura* mógłby nastąpić jedynie w sytuacjach wyjątkowych, w szczególności wykorzystywania ewidentnie sprzecznie z celem zamówienia publicznego lub gdyby stało się narzędziem uzyskania nieuzasadnionych korzyści (np. w wyniku zмовы zainteresowanych lub prowadzenia działalności przestępczej)⁴⁷⁷.

Z uwagi na publicznoprawnych obowiązek dochodzenia roszczeń, marginalne znaczenie dla zakresu wymogu wykonania zamówienia *in natura* będą mieć przypadki przedawnienia roszczenia pierwotnego, wynikające bądź z regulacji ogólnej (art. 117–118, art. 125 KC) lub przepisów szczególnych (art. 646, art. 751 KC).

4. Realne wykonanie zobowiązania na tle zapewnienia dostatecznej efektywności zamówienia

Jak już zasygnalizowano, zasada wykonania zamówienia *in natura* łączy się z zasadą efektywności (zachodzi między nimi stosunek krzyżowania), która w zamówieniach publicznych także zyskała duże znaczenie, lecz nie wyłącza, ani nie ogranicza tradycyjnej zasady z art. 354 KC⁴⁷⁸. Należy przy tym odgraniczyć udzielenie zamówienia efektywnego od efektywnego wykonania zamówienia. Dokładne wypełnienie zamówienia stanowi warunek *sine qua non* urzeczywistniania zasady efektywności, która opiera się na dwóch filarach⁴⁷⁹. Po pierwsze, reżim zamówień publicznych kieruje wydatkowanie środków publicznych nie tyle na osiąganie zysku, ile na zaspokojenie interesów publicznych, w dążeniu do maksymalizacji szeroko pojmowanego dobrobytu. Przywołana maksymalizacja następuje w drodze wykonania

⁴⁷⁶ Zob. wyrok SN z 08.04.2016 r., I CSK 285/15, Lex; wyrok SN z 1.12.2017 r., I CSK 342/17 oraz powołane tam orzecznictwo, Lex.

⁴⁷⁷ Tak SN na tle nadużycia gwarancji przez beneficjenta - wyrok SN z 12.07.2022 r., II CSKP 436/22, Lex.

⁴⁷⁸ Zob. motyw 2 preambuły dyrektywy 2014/24, a także jej art. 67; M. Kania, *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik”, Nr 2020, Nr 1, s. 11 i nast.; P. Nowicki, *Strategiczne zamówienia publiczne jako instrument polityki rozwoju*, „RPEiS” 2023, nr 1, s. 27 i nast.; E. Lotko, *Zasada efektywności a konkurencyjność polskiego rynku zamówień publicznych*, „PUG” 2021, nr 11, s. 40 i nast.; M. Łuc, *O zasadach udzielania i wykonywania zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2024, Nr 4, s. 85; wyrok SO w Warszawie z 5.12.2022 r., XXIII Zs 139/22, Lex.

⁴⁷⁹ Zob. P. Nowicki, *Aksjologia prawa...*, op. cit., s. 281 i nast.

zamówienia oraz wykorzystywania zamówień publicznych jako instrumentu strategii nabywczej opracowanej dla osiągnięcia długookresowych skutków⁴⁸⁰. Zasada realnego wykonania zamówienia publicznego łączy się z każdym z tych aspektów. Jak wiadomo, zasada efektywności łączona jest z koncepcjami *Best Value for Money* (BVfM), względnie *Value for Money* (VfM), według których zamówienia powinny być udzielane w sposób gwarantujący osiągnięcie jak najlepszych efektów danego zamówienia w stosunku do ceny lub kosztu⁴⁸¹. Wskazuje się, że wymagania przywołanych koncepcji zostaną wypełnione, jeżeli realizacja zamówienia zaspokoi preferencje zamawiającego (np. o różnorodnej naturze: finansowej, społecznej, środowiskowej etc.), a ów zapłaci cenę oraz koszty, które mieszczą się w dostępnym mu pułapie środków⁴⁸². Dopiero faktyczne zrealizowanie umowy może prowadzić do wypromowania lub ochrony ogólnych oraz konkretnych wartości objętych danym zamówieniem⁴⁸³. Formuła wykonania zamówienia *in natura* nabiera znaczenia bardziej samodzielnego względem wymagań efektywności. Nawet bowiem nie w pełni efektywne odzwierciedlenie potrzeb publicznych w treści zamówienia podlega jednak realnemu wykonaniu.

Oprócz zasady efektywności, rzeczywiste wykonanie zamówienia łączy się też z niektórymi innymi wartościami zamówień publicznych, w szczególności z zachowaniem uczciwej konkurencji przez indywidualnych wykonawców. Chodzi o prawne gwarancje konkurencji dzięki oparciu regulacji na sprawiedliwości, racjonalności oraz zgodności proceduralnej⁴⁸⁴. W efekcie, konstrukcje prawne zwiększające trwałość roszczenia pierwotnego, urzeczywistniają również zasadę uczciwej konkurencji. Przykład może stanowić ograniczanie stronom zamówienia publicznego prawa do istotnej zmiany zamówienia, która – na mocy art. 454 i art. 455 Pzp – wiązana jest z potencjalnym wpływem na wynik postępowania. Dodatkowo, zamawiający realnie egzekwujący swoje roszczenia przyczyniają się do tego, że wykonawcy składający oferty

⁴⁸⁰ Ibidem, s. 282; M. Kania, *Zasada efektywności* ..., op. cit., s. 10 i nast.; R. Szostak, *Jak rozumieć zasadę efektywności? Zasady udzielania zamówień publicznych*, „DNPzp” 2020, Nr 1, str. 6 i nast.; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 17, pkt 2, Lex.

⁴⁸¹ Por. M. Szydło, *Prawna koncepcja* ..., op. cit., s. 3 i nast.; P. Nowicki, *Aksjologia prawa* ..., op. cit., s. 285; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień* ..., op. cit., art. 17, pkt 2; szerzej na temat reguły BVfM, w tym znaków zapytania związanych z tą regułą na tle tzw. strategicznych zamówień publicznych. P. Nowicki, *Aksjologia prawa* ..., op. cit., s. 287-302; E. Lotko, *Zasada efektywności* ..., op. cit., s. 40 i nast.

⁴⁸² P. Nowicki, *Aksjologia prawa* ..., op. cit., s. 290.

⁴⁸³ M. Szydło, *Prawna koncepcja* ..., op. cit., s. 12; P. Nowicki, *Aksjologia prawa* ..., op. cit., s. 290, który realizację przedmiotu zamówienia określa jako funkcję zasadniczą; F. Łapecki, *Wybór oferty najkorzystniejszej na tle zasady efektywności zamówień publicznych*, „ZP Doradca” 2020, Nr 2, s. 6 i nast.; R. Szostak, *Jak rozumieć* ..., op. cit., s. 6.

⁴⁸⁴ Zob. P. Nowicki, *Aksjologia prawa* ..., op. cit., s. 283; podobnie jak się zdaje M. Kania, *Zasada efektywności* ..., op. cit., s. 11 i nast.

nie mogą zakładać odejścia przy realizacji zamówienia od wymagań ogólnych, celem poprawiania marży, zwiększania oszczędności kosztem jakości. W interesie konkurentów zwycięskiego wykonawcy leży, żeby zamawiający wyegzekwował od niego świadczenie pierwotne za zaoferowaną zapłatę, a także, żeby poświadczenie należytego wykonania przedmiotu zamówienia odzwierciedlało rzeczywiste dokonania za umówioną cenę. Wyegzekwowanie świadczenia *in natura*, bez względu na status podmiotowy wykonawcy, sprawia, że podmioty znajdujące się w tej samej sytuacji prawnej traktowane są jednakowo, a wykonawcy znajdujący się w sytuacji różnej, nie są traktowani identycznie. Powołane wartości znalazły wyraz w rozstrzygnięciu TSUE C-441/22 i C-443/22, zgodnie z którym warunki wykonania umowy mają mieć zastosowanie w równym stopniu do wszystkich potencjalnych oferentów w celu zapewnienia uczciwej i niezakłóconej konkurencji na rynku⁴⁸⁵.

Tytułem podsumowania powyższych uwag stwierdzić trzeba, że zasada efektywności koreluje z celami zamówienia publicznego podyktowanymi istotą zobowiązania niepieniężnego. Cele te mogą być zrealizowane w pełni, gdy nastąpi realne wykonanie zamówienia. To ostatnie pozostaje zatem warunkiem *sine qua non* pełnej realizacji zasady efektywności. W razie braku odzwierciedlenia celów efektywnościowych cel zamówienia jako umowy cywilnoprawnej może zostać zrealizowany, ale nie zostanie zrealizowany cel efektywnościowy. Ponadto, z uwagi na wyrastanie z fundamentalnej zasady *pacta sunt servanda* oraz konieczność permanentnego zaspokajania potrzeb publicznych (zbiorowych), zasada realnego wykonania zamówienia nie jest zasadą służebną, instrumentalną lub drugoplanową względem zasady efektywności. Stanowi jedną z naczelných zasad realizacji zamówienia. Dodatkowo, analizowana zasada ogniskuje się na rzeczywistym świadczeniu wykonawcy, zasada efektywności natomiast ją poprzedza, wyraża nakaz skierowany do zamawiającego, podczas gdy zasadzie realnego wykonania zamówienia podporządkowane są obie strony zamówienia publicznego.

⁴⁸⁵ Zob. wyrok TSUE z 07.12.2023 r. C-441/22 i C-443/22, pkt 62, ECLI:EU:C:2023:970.

III UWARUNKOWANIE ZASADY REALNEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

1. Analiza potrzeb i wymagań

Wprawdzie ustawa Pzp nie wskazuje wprost celu analizy potrzeb i wymagań, jest on jednak, oczywisty. Ustalenie potrzeb stanowi podstawowy obowiązek zamawiającego o charakterze przygotowawczym, podobnie jak oszacowanie wartości zamówienia oraz dokładny opis jego przedmiotu. Są to obowiązki o charakterze administracyjnym, ponieważ poprzedzają proces kontraktowania, a wykonawcom nie przysługują w tym względzie żadne roszczenia wobec zamawiającego. Ich egzekwowanie należy do właściwych organów (zwierzchnich). Do niedawna sposób przeprowadzania rzetelnej analizy potrzeb nie był szczegółowo unormowany. W obliczu rozmaitych trudności i błędów praktyki ustawodawca zdecydował się na regulację art. 83 Pzp, co nie oznacza bynajmniej, że w odniesieniu do zamówień mniejszej wartości analiza potrzeb i wymagań nie jest wymagana. Dawniej również była to istotna powinność zamawiającego. Wielu zamawiających publicznych przeprowadzało podobne analizy, planując zadania na kolejne lata budżetowe, w tym w trakcie przygotowywania budżetów lub planów finansowych na kolejne lata albo przygotowania wniosków o dofinansowanie ze środków unijnych⁴⁸⁶. Ustalenie potrzeb i wymagań warunkuje prawidłowy opis przedmiotu zamówienia. Różnica polega na tym, że w odniesieniu do zamówień o wartości przekraczającej tzw. progi unijne analizę przeprowadzić należy w sposób uregulowany oraz odpowiednio udokumentowany. Natomiast w innych postępowaniach zamawiający ma więcej swobody.

Według art. 83 Pzp, zamawiający, przed wszczęciem postępowania o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia. Zgodnie z tym przepisem, analiza ma obejmować w szczególności zbadanie możliwości zaspokojenia potrzeb zamawiającego przy pomocy zasobów własnych, jak również rozeznanie rynku w aspekcie istniejących wariantów realizacji zamówienia albo wskazania, że występuje tylko jedna możliwość

⁴⁸⁶ SO w Warszawie w wyroku z 21.06.2022 r., XXIII Zs 5/22, Lex; zob. M. Stręciwilk, *Analiza potrzeb i wymagań w przygotowaniu zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 4, s. 39 i nast.; T. Krzyżanowski, *Analiza potrzeb i wymagań*, „ZP Doradca” 2021, Nr 6, s. 6. Autor wskazuje również na podobieństwo analizy potrzeby i wymagań do analizy, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o PPP. W zakresie analiz przedrealizacyjnych w projektach PPP zob. M. Kania, *Nowelizacja ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w Polsce w kontekście wzorcowej regulacji Banku Światowego dotyczącej współpracy publiczno-prywatnej*, „PZP. Kwartalnik” 2018, Nr 2, s. 3, Legalis.

jego wykonania. Z perspektywy wymogu wykonania zamówienia *in natura* doniosła rola przypada elementowi analizy, który polega na wskazaniu ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Jakkolwiek ustawodawca nie narzucił formy przedmiotowej analizy, to wypełnienie rzeczzonego wymogu nie może polegać na formalnym sporządzeniu odpowiednio nazwanego dokumentu. Nie chodzi tu o formalizm, lecz o ustalenie rzeczywistych potrzeb. Zaniedbanie tego nie wywoła jednak skutków prawnych w sferze obowiązku wykonania zamówienia *in natura*, lecz może rodzić odpowiedzialność personelu zamawiającego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w szczególności za niedomagania związane z wadliwym opisem przedmiotu zamówienia lub uchybienia w prawidłowym określeniu warunków udziału w postępowaniu⁴⁸⁷, a w skrajnych sytuacjach odpowiedzialność karną (np. art. 231 Kk)⁴⁸⁸. Analiza potrzeb i wymagań ma duże znaczenie dla zasady wykonania zamówienia *in natura*, bo chroni przed uogólnieniami lub przed uchybieniami, które mogą prowadzić do zmiany lub rozwiązania umowy o zamówienie publiczne z uwagi na brak interesu publicznego, jak również niedomaganiami realizacyjnymi.

Na tle powinności administracyjnych, pojęcie potrzeb nie jest jednolicie rozumiane⁴⁸⁹. W ujęciu słownikowym „potrzeba” to coś, co jest potrzebne do normalnej egzystencji lub funkcjonowania, względnie silnie odczuwane pragnienie⁴⁹⁰. Natomiast wymaganie to warunek lub zespół warunków, którym ktoś lub coś musi odpowiadać⁴⁹¹. W piśmiennictwie prawa zamówień publicznych potrzebę dość licznie objaśnia się przez nawiązania do pojęcia niedoboru, wskazując, że jest nią deficyt określonego dobra odczuwany przez zamawiającego, który dąży do usunięcia wskazanego deficytu wskutek zawarcia z wykonawcą umowy w przedmiocie dostarczenia (zapewnienia) tego dobra⁴⁹².

⁴⁸⁷ Co do przesłanek art. 17 ust. 1c u.n.f.p. zob. M. Winiarz, [w:] W. Misiąg (red.), *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] W. Misiąg (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 17, pkt XIII, Legalis, który jednak nietrafnie wskazuje, że naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych winno nastąpić w toku postępowania; B. Artymowicz, [w:] A. Kościńska-Paszkowska (red.), *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 17, pkt 14, Lex; R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020, rozdział II.§4 wraz z cytowanym tam piśmiennictwem, Legalis.

⁴⁸⁸ Co do odpowiedzialności karnej na tle zamówień publicznych zob. R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista...*, op. cit., rozdział V wraz z cytowaną tam literaturą, Legalis.

⁴⁸⁹ Zob. np. Z. Duniewska, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne materialne. System Prawa Administracyjnego. Tom 7*, Warszawa 2017, s. 155-167, Legalis; D. Wacinkiewicz, *Zaspokajanie potrzeb wspólnot samorządowych. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2016, rozdziały III–VI oraz przywołane tam piśmiennictwo, Legalis.

⁴⁹⁰ Zob. „potrzeba” – definicja, synonimy, przykłady użycia, <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu: 15.05.2022 r.].

⁴⁹¹ Zob. „wymaganie” – definicja, synonimy, przykłady użycia, <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu: 15.05.2022 r.].

⁴⁹² M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, op. cit., s. 153; podobnie P. Nowicki, E. Wiktorowska, J. Styliński, *Wskazówki dla zamawiających publicznych do opracowania analizy potrzeb i wymagań*, Urząd Zamówień Publicznych, s. 10, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0023/45374/Wskazowki-w-przedmiocie-analazy-potrzeb-i-wymagan.pdf. [dostęp: 25.08.2023 r.]. Oparte na deficycie ujęcie potrzeby przedstawiła Komisja Europejska w

Jeszcze częściej utożsamia się przyczyny zamówienia z potrzebami zbiorowymi, np. zaopatrzeniowymi bądź usługowymi lub budowlanymi. Ujęcie to wydaje się jednak kontrowersyjne. Reżim administracyjnoprawny, który determinuje zarówno obowiązek zaspokajania potrzeb zbiorowych⁴⁹³, jak również obowiązek sporządzenia analizy potrzeb i wymagań skłania do abstrahowania od elementów sensualistycznych. Natomiast, jak się zdaje, za potrzebę uznać można pewien dodatni stan rzeczy, który zamawiający publiczny, z aprobowanych przez prawo względów, zamierza osiągnąć dzięki wykonaniu konkretnego zamówienia publicznego w sposób odpowiadający warunkom osiągnięcia wskazanego dodatniego stanu rzeczy. Natomiast w zakresie pojęcia wymagań, o których mowa w art. 83 Pzp oprzeć można się na rozumieniu językowym, zgodnie z którym wymaganiami będą podyktowane potrzebami standardy realizacyjne zamówienia publicznego.

Z perspektywy realnego wykonania zamówienia trzeba zwrócić uwagę na kilka doniosłych okoliczności. Przede wszystkim, przeprowadzenie analizy potrzeb i wymagań przyczynia się do potwierdzenia wykonalności zamówienia, w zasadzie eliminując ryzyko zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe. Ponadto, prawidłowe zidentyfikowanie potrzeb stanowi oczywisty warunek wszechstronnego opisu przedmiotu zamówienia, jak również określenia celu zamówienia publicznego jako zobowiązania, w szczególności gdyby miał być on nietypowy. Jak wiadomo, wpływa to na wykładnię umowy publiczne (art. 65§2 KC), treść obowiązku świadczenia *in natura* (art. 354§1 KC) oraz obowiązku doprowadzenia świadczenia do stanu zgodności z zobowiązaniem w ramach rękojmi (art. 556 §1 pkt 1 KC), jak również ustania obowiązku realnego wykonania w związku z odpadnięciem znaczenia świadczenia z uwagi właściwość zobowiązania lub na znany wykonawcy cel zamówienia publicznego (art. 491 § 2, art. 492, art. 493 § 2 oraz art. 495 § 2 KC)⁴⁹⁴. Dodatkowo, obligatoryjny element

opracowaniu pn. „Wytyczne dla osób odpowiedzialnych za udzielanie zamówień publicznych dotyczących unikania najczęstszych błędów popełnianych w projektach finansowanych z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych”, zob. [guidance_public_procurement_2018_pl.pdf](https://ec.europa.eu/regional_policy/information-sources/publications/guidelines/2018/public-procurement-guidance-for-practitioners-2018_pl), s. 17, https://ec.europa.eu/regional_policy/information-sources/publications/guidelines/2018/public-procurement-guidance-for-practitioners-2018_pl, [dostęp: 25.04.2024].

⁴⁹³ Specyfiką prawa administracyjnego pozostaje, że kwestia rozpoznawania i przyczyniania się do zaspokajania szeroko pojmowanych potrzeb ludzkich odgrywa w nim rolę pierwszoplanową, zob. Z. Duniewska, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne...*, op. cit., s. 158 oraz cytowane tam piśmiennictwo, Legalis; zob. również M. Oleś, *Działanie organu administracji publicznej jako złożony rezultat realizowania wartości*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Wartości w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015, s. 67-86; J. Korczak, *Dobro publiczne jako wartość w działaniach organów administracji publicznej*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Wartości w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015, s. 153-168; A. Pakuła, *Interes publiczny jako wartość w administracji publicznej*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Wartości w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015, s. 169-180.

⁴⁹⁴ Dodatkowo, dezaktualizacja potrzeby objętej analizą mogłaby świadczyć o odpadnięciu interesu publicznego w wykonaniu umowy (art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp).

rozeznania rynku, czyli wskazanie możliwych wariantów realizacji zamówienia oraz ryzyk związanych z wykonywaniem (art. 83 ust. 2 pkt 2 lit. b) ust. 3 pkt 5 Pzp) rzutuje na przygotowanie się zamawiającego do wypełnienia kluczowej powinności wierzyciela w zamówieniu publicznym, polegającej na współdziałaniu z wykonawcą w celu należytej realizacji zamówienia (art. 431 Pzp), pozwalając optymalnie określić powinności dłużnicze oraz wierzycielskie. Nie bez znaczenia jest przyczynianie się przez analizę potrzeb i wymagań do realizacji zasady efektywności zamówień, w której w centralnym punkcie znajduje się wykonanie zamówienia *in natura*⁴⁹⁵. Z drugiej strony, treść opracowania nie kształtuje bezpośrednio obowiązków realizacyjnych, nie podlega udostępnieniu wykonawcom, a zamawiający nie ma obowiązku ukształtowania treści zamówienia w zgodzie z wynikami analizy potrzeb i wymagań.

Analiza potrzeb i wymagań obejmuje zatem mniej lub bardziej rozwinięte, niekoniecznie dokładnie uzasadniane, opracowanie analityczne, które sporządzane jest w utrwalonej formie, w zakresie dotyczącym sposobu zaspokojenia potrzeb zamawiającego. Łączy się to z przygotowaniem, przeprowadzeniem, udzieleniem, realnym wykonaniem zamówienia publicznego, w tym z potwierdzeniem wykonalności świadczenia *in natura*, określeniem celu zamówienia publicznego jako zobowiązania, prawidłowym opisie przedmiotu zamówienia, jak również współdziałaniem stron w celu należytego wykonania.

2. Ustawowe zasady opisu przedmiotu zamówienia

W imię trafnego i skutecznego zaspokojenia potrzeb publicznych niezbędny jest wyczerpujący opis świadczenia niepieniężnego. W obrocie powszechnym opis ten funkcjonuje lepiej, bo podyktowany jest ochroną interesów własnych wierzyciela. Natomiast w zamówieniach publicznych jest on dokonywany przez urzędników w

⁴⁹⁵ W przedmiocie art. 83 Pzp jako rozwinięcia zasady efektywności zob. R. Szostak, *Nowe Prawo zamówień publicznych – niektóre dylematy wdrożeniowe. Część druga. Nowe Prawo zamówień publicznych*, „ZP Doradca” 2021, Nr 2, s. 46, Legalis; tenże, *Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w nowym ujęciu. Część pierwsza. Nowe Prawo zamówień publicznych*, „ZP Doradca” 2020, Nr 4, s. 46; tenże, *Jak rozumieć zasadę efektywności?*, „DNPzp” 2020, Nr 1, str. 6, Legalis; na związek analizy potrzeb i wymagań z zasadą efektywności wskazują m.in. P. Nowicki, E. Wiktorowska, J. Styliński, *Wskazówki dla...*, op. cit., s. 2, a także np. M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 83, pkt 3, Legalis; A. Matusiak, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2025., art. 83, pkt A.1., Legalis; E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 83, pkt 1-3, Lex; A. Górczyńska, K. Sójta, *Analiza potrzeb zamawiającego w zamówieniach publicznych a opis przedmiotu zamówienia w inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj”*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 1, s. 138, Legalis.

ramach powinności publicznoprawnych, stąd też ustawodawca wprowadza szereg wymogów dodatkowych. Jak wiadomo, unormowania kodeksowe nie nakładają obowiązku oznaczenia świadczenia przed zawarciem umowy. Może ono zostać określone na moment spełnienia świadczenia, w tym przez osobę trzecią⁴⁹⁶. Prawo zamówień publicznych zawiera w tym względzie rozwiązania szczególne, nakazując zamawiającemu sformułować opis przedmiotu świadczenia przed zawarciem umowy.

Podstawową rolę w analizowanym zakresie pełni unormowanie art. 99 Pzp, które zostało uszczegółowione przepisami art. 101-103 Pzp. Ich szczegółowa analiza wykracza poza temat pracy, lecz wypada wskazać, że sposoby ustawowe obejmują kilka możliwości opartych zasadniczo na dwóch metodach opisu, przy czym każdorazowo uwzględniać należy wymagania wynikające z regulacji odrębnych⁴⁹⁷. Piśmiennictwo wyodrębnia tzw. opis materialny (zindywidualizowany), łączący się ze sformułowaniem przez samego zamawiającego specyficznych wymagań co do przedmiotu świadczenia. Druga metoda obejmuje tzw. opis formalny (znormalizowany), w którym zamawiający opisuje wymagania poprzez nawiązanie do treści dokumentów (normy, europejskie oceny techniczne, specyfikacje techniczne, systemy referencji technicznych)⁴⁹⁸ przygotowywanych przez szeroko rozumiane instytucje normalizujące⁴⁹⁹. Jak wiadomo, ustawa nakazuje stosować wskazane dokumenty w ściśle określonej kolejności (art. 101 Pzp). Ustawodawca zdecydował się zarazem uregulować odrębnie sposób opisywania świadczenia wykonawcy budowlanego. Dokonuje się tego przy pomocy dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a w przypadku zamówień obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego – przy pomocy programu funkcjonalno-użytkowego⁵⁰⁰. Zakres i formę wskazanych opracowań bardziej szczegółowo normuje rozporządzenie

⁴⁹⁶ Zob. T. Dybowski, A. Pyrżyńska, *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 226, 229, Legalis; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 65; A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 353, pkt 20, Lex; B. Fuchs, [w:] M. Frasz, M. Habdas (red.), *B. Fuchs [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534)*, Warszawa 2018, art. 353, pkt 37, Lex.

⁴⁹⁷ Np. wymogów co do świadczenia niepieniężnego wynikających z ustawy z 14.12.2012 o odpadach (t.j. Dz. U. 2023, poz. 1587) – zob. wyrok KIO z 17.08.2023 r., KIO 2258/23, Lex.

⁴⁹⁸ Normę stanowi specyfikacja techniczna przyjęta przez uznaną instytucję normalizacyjną (krajową, europejską lub międzynarodową) w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obligatoryjne (art. 101 ust. 2 Pzp).

⁴⁹⁹ Część piśmiennictwa wskazuje na cztery konfiguracje, M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 101, pkt 1, Lex; A. Matusiak, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...* op. cit., art. 101 pkt I, Legalis; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 101, pkt 1-7, Lex; na trzy sposoby wskazują H. Nowak, M. Winiaż (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 101, pkt 1.

⁵⁰⁰ Ten ostatni powinien zawierać opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (art. 103 ust. 3 Pzp).

Ministra Rozwoju i Technologii z 20.12.2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego⁵⁰¹.

Dla wykonania zamówienia *in natura* liczy się przede wszystkim obowiązek wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia⁵⁰². Wymóg ten wynika wprost z art. 99 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Obowiązek ten utrzymuje się niezależnie od zastosowanego przez zamawiającego sposobu opisywania przedmiotu zamówienia, rzutuje w sposób oczywisty na treść i wymagalność roszczenia pierwotnego, kwestię wykonania zastępczego, jak również odpowiedzialność z tytułu rękojmi, w szczególności za wady fizyczne i braki ilościowe. Pełen opis przedmiotu zamówienia, jako podstawowy element prawny⁵⁰³, determinuje, czy realizacja zamówienia odpowiada potrzebom zamawiającego⁵⁰⁴, a dopełnienie w tym względzie wymogów ustawowych pozwala wyeliminować niezamierzone błędy oraz trudności. Doniosłość rzeczonego wymagania potwierdza unormowanie art. 99 ust. 4 Pzp, wprowadzające jedynie względny zakaz utrudniania uczciwej konkurencji poprzez obrany przez zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia. Zakaz ten nie znajduje bowiem zastosowania w przypadkach uzasadnianych usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego⁵⁰⁵. Z orzecznictwa TSUE wynika, że przedmiot i kryteria

⁵⁰¹ Dz. U. 2021, poz. 2454.

⁵⁰² R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 46; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 1, którzy akcentują podstawowe znaczenie dla przebiegu postępowania; podobnie M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 1, Lex.

⁵⁰³ Niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić przesłankę unieważnienia postępowania – wyrok KIO z 27.04.2022 r., KIO 909/22, Lex; wyrok KIO z 11.06.2021 r., KIO 1343/21, www.szukio.pl, a także na tle poprzedniego stanu prawnego wyrok KIO z 12.11.2019 r., KIO 2176/19 i przywołana w nim sprawa KIO 1747/19 www.szukio.pl; wyrok KIO z 25.09.2017 r., KIO 1869/17 www.szukio.pl; wyrok KIO z 4.08.2017 r., KIO 1507/17 www.szukio.pl.

⁵⁰⁴ Zob. np. J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE...*, op. cit., art. 42, pkt 1, Legalis; F. Łapecki, *Wymagania jakościowe w zakresie opisu przedmiotu zamówienia*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 2, s. 100; A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Charakter specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako instrumentu gwarantującego przestrzeganie zasady przejrzystości*, „PZP. Kwartalnik” 2018, Nr 1, s. 39; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 1; wyrok SO w Rzeszowie z 5.10.2018 r., VI Ga 452/18 www.szukio.pl, w którym stwierdzono, że brak po stronie wykonawcy informacji umożliwiających wykonanie zamówienia zgodnie z potrzebami zamawiającego powinno skłaniać wykonawcę do złożenia wniosku o wyjaśnienie SIWZ; wyrok SO w Warszawie z 18.02.2013 r., V Ca 2948/12, Legalis, zob. również orzecznictwo KIO: wyrok KIO z 22.03.2021 r., KIO 350/21, Lex, wyrok KIO z 8.02.2021 r., KIO 71/21, Orzecznictwo – zamówienia publiczne. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, Krajowa Izba Odwoławcza, 2021, Nr 3, s. 33; wyrok KIO z 4.01.2021 r., KIO 3293/20, Lex; wyrok KIO z 7.09.2020 r., KIO 1592/20, Lex; wyrok KIO z 7.07.2020 r., KIO 839/20, www.szukio.pl; wyrok KIO z 5.03.2021 r., KIO 89/21, Legalis; wyrok z 27.01.2020 r., KIO 31/20, Legalis; wyrok KIO z 22.01.2020 r., KIO 36/20, Legalis, [data dostępu: 10.12.2024].

⁵⁰⁵ Zob. A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE*, [w:] H. Talago-Sławoj, A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 42, pkt 3, Lex; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski,

udzielenia zamówienia publicznego muszą być jasno określone z momentem wszczęcia procedury udzielania zamówienia oraz konieczne jest, aby warunki i zasady postępowania w sprawie udzielania zamówienia były wyrażone w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, co ma wypełnić dwie funkcje. Po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób. Po drugie, umożliwienie zamawiającemu faktyczne sprawdzenie, czy złożone oferty odpowiadają kryteriom obowiązującym w ramach wskazanego zamówienia⁵⁰⁶.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęć opisu „jasnego” czy „wyczerpującego”, ale w tym zakresie można odwołać się do języka potocznego. W ujęciu słownikowym „jednoznaczny” to niebudzący wątpliwości⁵⁰⁷. Z kolei „wyczerpujący” to przedstawiający jakieś zagadnienie wszechstronnie, szczegółowo⁵⁰⁸. Klarowność opisu łączy się z niewywoływaniem przezeń istotnych wątpliwości interpretacyjnych⁵⁰⁹. Doniosłe znaczenie ma jednak wymaganie opisu „wyczerpującego”.

Zapatrywania piśmiennictwa na kwestię dopełnienia wskazanego wymogu nie są jednolite, a dookreślanie przywołanego wymagania następuje niekiedy poprzez odwołanie się do innych zwrotów niedookreślonych. Według jednej z interpretacji, opis wyczerpujący przedstawia przedmiot zamówienia w sposób „wszechstronny i szczegółowy”⁵¹⁰, w nieco odmiennym ujęciu wymaga się z kolei, żeby opis ujmował wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia⁵¹¹. Jeszcze inne zapatrywanie przedstawia opis „wyczerpujący” jako objaśnienie dokładne lub szczegółowe na tyle, że

M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 4, Lex; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 4, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 3; wyrok KIO z 5.02.2024 r., KIO 32/2024, Lex; wyrok SO w Zielonej Górze z 15.10.2007 r., VGaz 90/07, Lex; wyrok SO w Warszawie z 14.02.2013 r., XXIII Ga 2137/12, Lex; wyrok SO w Nowym Sączu z 27.05.2020 r., III Ca 252/20, www.szukio.pl; wyrok SO w Rzeszowie z 25.10.2019 r., VI Ga 699/19, www.szukio.pl; wyrok SO Warszawa-Praga z 23.11.2018 r., IV Ca 1493/18, www.szukio.pl.

⁵⁰⁶ Zob. wyrok TSUE z 5.04.2017 r., C-298/15, pkt 69, ECLI:EU:C:2017:266; wyroki TSUE z dnia 10.05.2012 r., C-368/10, pkt 56, 88 i 109 EU:C:2012:284; z 6.11.2014 r., C-42/13, pkt 44, EU:C:2014:2345; wyrok z 14.07.2016 r., C-6/15, pkt 23, EU:C:2016:555.

⁵⁰⁷ Zob. „jednoznaczny”, definicja, synonimy, przykłady użycia, <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu: 12.06.2022 r.].

⁵⁰⁸ Zob. „wyczerpujący”, definicja, synonimy, przykłady użycia, <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu: 12.06.2022 r.].

⁵⁰⁹ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 2; A. Matusiak [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99 pkt 1, Legalis; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 1, Lex; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, op. cit., art. 99, pkt 2, Lex; zob. wyrok SN z 4.07.2019 r., IV CSK 363/18, Legalis z głosem M.S. Ratajczaka, MOP 2020, Nr 15, wyrok zapadł na tle poprzedniego stanu prawnego, lecz zachowuje aktualność w aspekcie klarowności opisu przedmiotu zamówienia.

⁵¹⁰ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 2.

⁵¹¹ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 2, Lex.

umożliwi precyzyjne wyodrębnienie rzeczy (przedmiotów zamówienia) określonego rodzaju⁵¹². Z perspektywy wykonania zamówienia *in natura* kluczowa rola przypadnie jednak powstaniu roszczenia pierwotnego w sposób zgody z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, a w szczególności określeniem treści tego roszczenia przez zamawiającego jeszcze przed udzieleniem zamówienia. Wpływa to na zasadniczą niedopuszczalność przesunięcia kształtowania treści zobowiązania na czas po zawarciu umowy, co nie wyklucza jednak dokonywania bieżących ustaleń realizacyjnych w fazie wykonywania. W związku z tym, opis przedmiotu zamówienia ma charakter „wyczerpujący”, gdy umożliwia skonstruowanie roszczenia o wykonanie zamówienia *in natura*, w razie potrzeby realizowanego w trybie egzekucyjnym⁵¹³. Niemożność skonstruowania roszczenia pierwotnego kolidowałaby z zasadą efektywności zamówienia publicznego, co potwierdza treść art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp, zobowiązując do uwzględnienia wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, żeby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Piśmiennictwo określa opis „wyczerpujący” dwutorowo: jako ujęcie ilościowe oraz jakościowe. Do tego drugiego zaliczyć należy opis cech przedmiotu świadczenia oraz inne sposoby jego konkretyzacji, w tym funkcje wypełniane przez art. 355 oraz art. 357 KC. W aspekcie ilościowym, opis przedmiotu świadczenia stanowić musi zbiór zamknięty, wyrażony miernikami liczbowymi. Wielkości fizyczne wyraża się w jednostkach określonych rozporządzeniem Rady Ministrów z 05.06.2020 r. w sprawie legalnych jednostek miar⁵¹⁴. Z kolei element jakościowy wiąże się z właściwościami przedmiotu świadczenia, które będą go wyróżniać spośród innych. Jak już zauważono przy opisywaniu założeń podstawowych zasady realnego wykonania zamówienia, jakość w doktrynie ujmowana jest niejednolicie, lecz autor opracowania oparł się na ujęciu, zgodnie z którym jakość oznacza zespół niekonstytutywnych cech (parametrów) świadczenia niepieniężnego związanych z wartością użytkową świadczenia, które nie są jego cechami czasoprzestrzennymi ani ilościowymi, lecz wpływają na stopień zdolności

⁵¹² F. Łapecki, *Wymagania jakościowe...*, op. cit., s. 104.

⁵¹³ Tak: R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 46, 147. M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 2, Lex, która wskazuje na nieodzowność wszystkich elementów istotnych dla wykonania zamówienia; zob. również F. Łapecki, *Wymagania jakościowe...*, op. cit., s. 100.

⁵¹⁴ T.j. Dz. U. 2020, poz. 1024.

do zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego (rozdz. II.1 opracowania). Zamawiający obowiązany jest opisać wszystkie cechy istotne, czyli ważne z perspektywy zaspokojenia interesu publicznego, w szczególności doniosłe dla zaspokajanych potrzeb⁵¹⁵.

W zakresie tych parametrów jakości przedmiotu zamówienia, które nie zostały określone przez zamawiającego, zastosowanie znajdzie art. 357 KC. Nastąpi to w sytuacjach, w których w wymaganiach zamówienia ograniczono się do podania właściwości i cech właściwych dla pewnej grupy przedmiotów (gatunku), a co za tym idzie w dacie udzielania zamówienia nie wiadomo jeszcze, jaki konkretnie przedmiot materialny stanowi przedmiot świadczenia (typowa maszyna, dzieło, materiały niezbędne do robót budowlano-montażowych), co wymaga finalnej konkretyzacji świadczenia. Według powołanego przepisu, jeżeli dłużnik jest zobowiązany do świadczenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a jakość rzeczy nie jest oznaczona przez właściwe przepisy lub przez czynność prawną ani nie wynika z okoliczności, dłużnik powinien świadczyć rzeczy średniej jakości. W doktrynie dopuszcza się zastosowanie art. 357 KC do innych dóbr określonych cechami rodzajowymi, w tym usług w aspekcie, w którym usługi nie zostały objęte zastosowaniem art. 355 KC⁵¹⁶. Konkretyzacja świadczenia w zakresie jakości przechodzi w tych przypadkach na wykonawcę, a zamawiający poprzez niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia pozbawia się kontroli nad jakościowym aspektem zamówienia publicznego. Element ten ma doniosłe znaczenie z uwagi na ustawowe ograniczenia zmian umów o zamówienie publiczne (art. 454-455 Pzp), potrzebę odwołania się do wykonania zastępczego, w zakresie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi, w szczególności dla roszczenia o usunięcie wad fizycznych lub braków ilościowych.

W doktrynie jakość co najmniej „średnią” ujmuje się jako jakość przeciętną niż „dobrą”⁵¹⁷, zgodnie literalnym brzmieniem przepisu jakość powinna być „średnia” w momencie spełniania świadczenia, a nie w chwili wyboru przez wykonawcę. W

⁵¹⁵ R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 45.

⁵¹⁶ Ibidem, s. 166-167; T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań* ..., op. cit., s. 132; W. Borysiak, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357, pkt F oraz cyt. tam piśmiennictwo, Legalis; M. Bławat, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 357, pkt II.1-3 wraz z powołaną tam literaturą oraz poglądami odmiennymi, Legalis; F. Łapecki, *Wymagania jakościowe...*, op. cit., s. 106 i nast.

⁵¹⁷ M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357, pkt 8 oraz cyt. tam piśmiennictwo, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 357, pkt 7 wraz z cyt. tam piśmiennictwem i judykaturą, Legalis; F. Łapecki, *Wymagania jakościowe...*, op. cit., s. 106-109; podobnie jak się wydaje wyrok SN z 20.05.2009 r., I CSK 437/08, Lex; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 167.

reżimie zamówień publicznych zastosowanie wskazanego przepisu ma charakter suplementarny, a co za tym idzie nie może rzutować na pogorszenie innych elementów przedmiotu zamówienia. Wykonawca obowiązany jest świadczyć przedmiot świadczenia niepieniężnego przeciętnej jakości, a nie za średnią cenę lub koszt, gdyż te wynikają z udzielonego zamówienia, chociaż powołane elementy mogą być jednymi ze wskaźników średniej jakości. Zamawiający może bronić się przed jakością średnią oraz niezamierzonymi ułomnościami w zaspokojeniu potrzeb zbiorowych przede wszystkim poprzez określenie wymaganych cech dostaw, usług lub robót budowlanych, poprzez opisane cechy materiałów, produktów lub usług odpowiadających przeznaczeniu zamierzonemu przez zamawiającego (art. 99 ust. 2, art. 101 ust. 1 pkt 2 i art. 102 Pzp). Osobne rozwiązanie w tym względzie stanowi odwołanie się do opisu funkcjonalnego lub wydajnościowego. Funkcjonalny w ujęciu słownikowym to dotyczący funkcjonowania lub funkcji czegoś w jakimś systemie⁵¹⁸, a „wydajny” to przynoszący znaczne efekty w stosunku do włożonej pracy, poniesionych kosztów itp.⁵¹⁹. W efekcie niekiedy trudne może być rozgraniczenie opisu wskazującego cechy przedmiotu zamówienia względem opisu funkcjonalnego. W praktyce, wskazane rozgraniczenie, pod warunkiem osiągnięcia odpowiedniej precyzji opisu, ma znaczenie mniejsze, albowiem ustawa dopuszcza różne sposoby opisanie przedmiotu zamówienia, nie wiążąc z tym znaczących konsekwencji dla wymogu świadczenia *in natura*. Jak wiadomo, opis funkcjonalny obwarowany został wymogiem osiągnięcia precyzji, która umożliwia wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia (art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp). Opis funkcjonalny pokazuje do jakich celów przedmiot zamówienia służy. Ponadto, opis w wymiarze jakościowym może wynikać również ze wskazanego w umowie celu zamówienia publicznego, w szczególności, gdy jest on nietypowy, z zapowiedzianych okoliczności korzystania z przedmiotu zamówienia, jak również z przeznaczenia przedmiotu świadczenia. Dopiero w razie ich braku zastosowanie znajdzie powołana wyżej reguła art. 357 KC.

Często dochodzi do kolizji między opisem w pełni odpowiadającym potrzebom zamawiającego (opis wyczerpujący) a opisem neutralnym (opisem, który nie może utrudniać uczciwej konkurencji). Stosownie do art. 99 ust. 4 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła

⁵¹⁸ Por. „funkcjonalny” <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu: 12.12.2024].

⁵¹⁹ Por. „wydajność” <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu: 12.12.2024].

lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Jak trafnie zauważa się w piśmiennictwie każdy opis przedmiotu zamówienia w pewien sposób rzutuje na konkurencję, lecz w powołanym uregulowaniu chodzi o zakaz zawężania jej w sposób „sztuczny”⁵²⁰. Do nieuzasadnionych ograniczeń dochodzić może dwutorowo. Poprzez nieuzasadnione potrzebami zamawiającego preferowanie pewnych rozwiązań lub ich niedopuszczanie, w szczególności, jeśli nastąpi wskazanie na produkt, usługę lub konkretnego wykonawcę. Drugi sposób to opisanie przedmiotu zamówienia nieproporcjonalnie szczegółowo, ograniczający rywalizację o zamówienie bez uzasadnienia podyktowanego potrzebami zamawiającego⁵²¹.

Wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia obejmują w przeważającej części elementy zorientowane na zaspokojenie interesu zamawiającego – wierzyciela jako nabywcy świadczenia niepieniężnego. Dotyczy to podmiotu, czasu oraz sposobu konstruowania wspomnianego opisu. Centralny problem stanowi tutaj zaspokojenie potrzeb wierzyciela wskutek realnego wykonania. Ukształtowanej przez zamawiającego treści zobowiązania przypada pierwszoplanowa rola w określeniu przedmiotu świadczenia niepieniężnego, najpełniej odpowiadającego zidentyfikowanym potrzebom. Dopiero w razie braku określeń lub odesłań wierzycielskich, wybór w pewnym zakresie przynależy do wykonawcy-dłużnika. Ten element służy również wykonaniu zamówienia *in natura*, nie sposób bowiem skonkretyzować z góry w treści zobowiązania wszystkich właściwości każdego obiektu, na których koncentrować się mogą realizacyjne zachowania wykonawcy. Ów zobowiązany jest jednak wybrać, a następnie należycie świadczyć elementy zamówienia przynajmniej średniej jakości. Uzgodnienia w tym względzie w obrębie zobowiązania będą mieć charakter realizacyjny i nie będą stanowić zmiany umowy o zamówienie publiczne.

Nasuwa się pytanie, z perspektywy jakiego podmiotu opis ma być jasny i wyczerpujący. Rozmiar lub stopień skomplikowania prawidłowo oznaczonego świadczenia niepieniężnego może sam z siebie wykluczać wykonanie go przez każdego uczestnika obrotu czy uczestnika danej branży⁵²². Zagadnienie to łączy wymóg opisan

⁵²⁰ Zob. pkt 74 preambuły dyrektywy 2014/24.

⁵²¹ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 3; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 4 wraz z cyt. tam orzecznictwem NSA, Lex; wyrok TSUE z 25.10.2018 r., C-413/17, pkt 37, ECLI:EU:C:2018:865.

⁵²² W orzecznictwie KIO trafnie dostrzegano *iunctim* między opisem przedmiotu zamówienia a warunkami udziału wskazując, że gdy przedmiot zamówienia obejmuje rozwiązania równoważne, to doświadczenie w realizacjach

przedmiotu zamówienia z elementem podmiotowym realnego wykonania. Jak wiadomo, świadome podjęcie się zobowiązania przekraczającego możliwości oznacza niedochowanie należytej staranności, a w efekcie naruszenie jednego z podstawowych obowiązków pierwotnych. W świetle orzecznictwa unijnego, warunki i zasady postępowania winny być wyrażone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, aby pozwolić wszystkim potencjalnym wykonawcom, rozsądnie poinformowanym, działającym z należyłą starannością na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie trafnej (identycznej) interpretacji⁵²³. Z kolei w literaturze i orzecznictwie krajowym zazwyczaj wskazuje się na wykonawców z danej branży⁵²⁴, profesjonalnych wykonawców⁵²⁵, profesjonalistów⁵²⁶, profesjonalistów działających w danej branży⁵²⁷. W efekcie, w analizowanym zakresie powinno chodzić o wykonawców starannych, rozsądnie poinformowanych, zdolnych wykonać *in natura* opisane w prawidłowy sposób zamówienie publiczne. Dotyczy to również sytuacji niepostawienia przez zamawiającego warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (rozdz. IV.3 opracowania). Opis przedmiotu zamówienia pełni w tym względzie funkcję dodatkową. Wyraża się ona w zdeterminowaniu przesłanek odpowiedzialności dłużnika za podjęcie się zadania przekraczającego możliwości wykonawcze, co z kolei rzutuje na prewencyjno-stymulacyjną funkcję odpowiedzialności kontraktowej. W zamówieniach publicznych występuje *iunctim* między elementami przedmiotowymi a podmiotowymi realnego wykonania, jak również oddziaływanie dwukierunkowe. Wzorzec wykonawcy zdolnego wykonać prawidłowo opisany przedmiot zamówienia stanowić może punkt odniesienia oceny klarowności i zupełności opisu przedmiotu zamówienia, z drugiej

równoważnych winno być uznawane za spełniające warunki udziału tak np. wyrok KIO z 27.05.2015 r., KIO 1018/15, Lex; wyrok KIO z 20.08.2014 r., KIO 1608/14, Lex. Poglądy te zachowują aktualność w obowiązującym stanie prawnym.

⁵²³ Zob. np. wyrok TSUE z 5.04.2017 r., C-298/15, pkt 69, ECLI:EU:C:2017:266; wyroki TSUE z dnia 10.05.2012 r., C-368/10, pkt 56, 88 i 109, EU:C:2012: 284; wyrok TSUE z 6.11.2014 r., C-42/13, pkt 44, EU:C:2014:2345; wyrok TSUE z 14.07.2016 r., C-6/15, pkt 23, EU:C:2016:555.

⁵²⁴ A. Matusiak, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99 pkt 1, Legalis; Stanowisko UZP – „Opinia dotycząca opisu przedmiotu zamówienia”, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-Pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/opinia-dotyczaca-opisu-przedmiotu-zamowienia> (pogląd zachowuje aktualność w obowiązującym stanie prawnym, [dostęp: 18.10.2024 r.]).

⁵²⁵ Np. wyrok KIO z 14.03.2023 r., KIO 557/23, Lex; wyrok KIO z 23.04.2021 r., KIO 666/21, Legalis; wyrok KIO z 8.11.2019 r., KIO 2017/19, Lex; wyrok KIO z 12.10.2018 r., KIO 1951/18, Legalis.

⁵²⁶ Wyrok SO w Gdańsku z 27.11.2006 r., III Ca 1019/06, Lex; wyrok KIO z 10.05.2019 r., KIO 693/19, Legalis; wyrok KIO z 26.02.2018 r., KIO 245/18, Legalis; wyrok KIO z 8.11.2017 r., KIO 2240/17, Legalis; wyrok KIO z 26.05.2017 r., KIO 947/17, Legalis; wyrok KIO z 23.12.2019 r., KIO 2532/19, Legalis; wyrok KIO z 16.05.2019 r., KIO 797/19, Lex.

⁵²⁷ Tak H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 2 i nast. Na profesjonalistów zdaje się wskazywać orzecznictwo SO przywołane przez M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 99, pkt 2, Lex.

strony, ten ostatni określa krąg wykonawców dostatecznie starannych do zrealizowania zamówienia.

3. Racjonalne kryteria oceny ofert

Kryteria oceny ofert to mierniki korzyści transakcyjnych przypadających zamawiającemu⁵²⁸. W wymiarze pozytywnym, składają się z elementów zorientowanych na ocenę zaoferowanego poziomu realnego wykonania zamówionego świadczenia⁵²⁹. W aspekcie negatywnym, nie mogą przewidywać elementów innych niż związanych z przedmiotową realizacją, w tym właściwości dłużnika z wyłączeniem elementów określonych art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp, które muszą jednak rzutować istotnie na jakość wykonania zamówienia. Z regulacji art. 242 Pzp wynika abstrakcyjne ujęcie kryteriów oceny ofert (kryteria oceny wykonania *in abstracto*). Treść objęta wymogiem realnego wykonania wyznaczona zostanie kryteriami *in concreto*. Formuła kryteriów oceny przyszłej realizacji dopuszcza trzy rodzaje mierników: cenę oraz koszt, kryteria jakościowe, jak również formuły hybrydowe, łączące w sobie elementy wcześniejsze.

Jak wiadomo, w reżimie zamówień publicznych pierwszoplanowa rola przypada kryterium ceny lub kosztu, które nabierają charakteru obligatoryjnego⁵³⁰. Wynika to w szczególności z zasady odpłatności zamówień publicznych, zasady efektywności oraz reguł rozstrzygania tzw. pata ofertowego, które za ostateczny miernik uznają kryterium ceny lub kosztu (art. 248-250 Pzp). O ile cena dotyczy świadczenia spełnianego na rzecz wykonawcy, to koszt przybiera zasadniczo postać oszczędności po stronie zamawiającego. Im są one niższe tym korzystniejsze dla wierzyciela, który zarazem musi zasadniczo weryfikować, żeby nie były niskie w stopniu rażącym, stawiającym pod znakiem zapytania realność świadczenia *in natura* w określonych przez nich parametrach. Niemożliwość wykonania nie oznacza jednak niemożliwości świadczenia,

⁵²⁸ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 65 i nast.; nieco odmiennie ujęcie przedstawił P. Banasik, który przez kryterium rozumiał czynnik stanowiący podstawę wyboru czegoś, podstawę oceny, kwalifikacji, zob. P. Banasik, *Kryteria oceny ofert*, Wrocław 2011, s. 7.

⁵²⁹ Stanowi to pewne *novum* normatywne – por. art. 91 Pzp 2004 r.

⁵³⁰ Zamawiający publiczni mogą zastosować cenę jako kryterium oceny ofert o wadze przekraczającej 60% jedynie w tych przypadkach, w których w opisie przedmiotu zamówienia określą wymagania jakościowe odnośnie do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia (art. 246 ust. 2 Pzp). Przywołane obwarowanie nie dotyczy kosztu, który w każdym przypadku stanowić może jedyne kryterium oceny ofert – zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 246, pkt 1; zob. jednak uwagi W. Dzierżanowskiego, według którego zgodnie z art. 245 ust. 3 pkt 1 lit. a Pzp koszty te obejmują koszty nabycia, a zatem zasadniczo cenę, W. Dzierżanowski, [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 245, pkt 2, Lex.

lecz wywołuje negatywne skutki proceduralne w postaci odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp). Jak wiadomo, ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą zamawiający obowiązany jest zapłacić wykonawcy za towar lub usługę, uwzględniając podatek VAT oraz podatek akcyzowy, jeśli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem VAT lub podatkiem akcyzowym (art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług⁵³¹ w zw. z art. 7 pkt 1 Pzp). Co do zasady ustawa wyróżnia dwie kategorie kosztów: koszt nabycia oraz koszt cyklu życia (art. 250 ust. 1 Pzp).

Następne w kolejności są kryteria jakościowe⁵³². Chodzi zarazem o jakość w ujęciu nawiązującym do zaspokajania określonych potrzeb zamawiającego. Jakość przedmiotu świadczenia zasadniczo wynika z zastosowanych materiałów, technologii wytworzenia lub użytkowania, zasad działania. Jakościowy element kryteriów oceny zaoferowanego świadczenia *in natura* przybierać może różne postaci. Obejmuje w szczególności właściwości przedmiotu świadczenia finalnie spełnionego (parametry techniczne, właściwości estetyczne, funkcjonalne, dostępność dla osób niepełnosprawnych aspekty środowiskowe, społeczne lub innowacyjne), cechy jakościowe rzutujące na jakość wykonywania świadczenia przez wykonawcę (atrybuty personelu), akcesoryjne cechy jakościowe rzutujące na świadczenie główne (serwis posprzedażowy, pomoc techniczna). Na tle konkretnego zamówienia dopuszczalne są jednak jedynie takie, które mają doniosłe znaczenie dla zamawiającego z perspektywy potrzeby publicznej leżącej u podstaw udzielania zamówienia. Formuła kryteriów sprzężonych stanowi natomiast połączenie elementów wymienionych powyżej.

Dyrektywy doboru oraz opisu kryteriów jakościowych świadczenia *in natura* ograniczają swobodę zamawiającego w kilku aspektach. Przede wszystkim liczy się jasny i wyczerpujący sposób ich opisu, podobnie, jak przybliżony wyżej, opis przedmiotu zamówienia (rozdz. III.2 opracowania). Kryteria oceny zaoferowanego świadczenia muszą kreować w tym względzie egzekwowalne roszczenie pierwotne. Po drugie, w świetle zasady efektywności oraz proporcjonalności, zamawiający powinien dobrać kryteria, które *in concreto* są istotne z perspektywy realnego zaspokojenia interesu leżącego u podstaw udzielenia zamówienia. Opisanie kryteriów następuje przez

⁵³¹ T.j. Dz. U. 2023, poz. 168.

⁵³² Zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 65; podobnie W. Dzierżanowski, [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 241, Lex, który zauważa, że cechom przedmiotu zamówienia, które nie są doniosłe z perspektywy zamawiającego nie powinna być przypisywana istotna waga.

wskazanie nazw (określenie kryteriów), wag oraz sposobu oceny świadczenia *in natura*⁵³³. Wraz z ich opisem zamawiający obowiązany jest ustalić wagę poszczególnych mierników oraz sposobu oceny ofert w ramach danego wskaźnika (art. 247 Pzp). Może to obejmować obostrzone warunki odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady, podwyższone wymagania serwisu równoległego lub następującego po okresie rękojmi, skrócenie terminu faktycznej realizacji zamówienia. Kluczowe znaczenie dla wykonania *in natura* ma prawidłowe określenie przez zamawiającego proporcji między poszczególnymi miernikami. Elementom pozacenowym przypisać należy odpowiednią, proporcjonalną wagę. Ich znaczenie wynika z relacji między nakładami niezbędnymi dla polepszenia jakości przedmiotu świadczenia względem nakładów niezbędnych do realnego wykonania rozwiązania typowego, w szczególności o średniej jakości. Z kolei waga całej konstrukcji kryteriów oceny ofert *in concreto* wynika z udziałów częściowych, proporcjonalnie zważonych elementów do całej szacunkowej wartości zamówienia⁵³⁴.

Względy wykładni systemowej wskazują na szersze znaczenie prawne kryteriów oceny ofert jako mierników dotyczących przedmiotowej strony zamówienia. W trybie zamówienia z wolnej ręki nie operuje się żadnymi kryteriami, lecz prowadzi negocjacje z jednym wykonawcą zmierzające do zawarcia umowy. Nie znajdzie zastosowania kodeksowa regulacja określająca zawarcie umowy w trybie negocjacji (art. 72 § 1 KC), choć same negocjacje polegają na interakcji komunikacyjnej stron w celu osiągnięcia kompromisu i uzgodnienia treści przyszłej umowy⁵³⁵. Brak jest również po stronie zamawiającego ustawowego obowiązku wskazania przebiegu, czasu trwania, etapów negocjacji, jak również określenia premiowanych atrybutów świadczenia niepieniężnego. W zakresie przygotowywania negocjowanej treści umowy, oprócz wymagań

⁵³³ Zob. P. Wójcik, [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 240, pkt 1, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 240, pkt 1.

⁵³⁴ Zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 65 i nast. Element ten przyczynia się także do zapobiegania niepożądanemu zjawisku tzw. „inżynierii cenowej” w obrębie różnych kryteriów oceny ofert.

⁵³⁵ Por. M. Lubiszewski, *O potrzebie dalszego usprawnienia procedur negocjacyjnych*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 2, s. 24. Według P. Machnikowskiego negocjacje polegają na oddziaływaniu stron na siebie wzajemnie (interakcja komunikacyjna) w celu uzgodnienia skutków prawnych, jakie mają być wywołane przez zawarcie umowy. P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 72, pkt I.1, Legalis; podobnie Z. Radwański, P. Machnikowski, [w:] Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 452. Negocjacje ujmowano również jako stopniowy proces tworzenia stosunku umownego, który ma charakter płynny i zasadniczo progresywny, gdyż przy jego zastosowaniu porozumienie dotyczące treści zawieranej umowy osiągane jest fragmentarycznie („kawałek po kawałku”), w kilku „rundach” rozmów negocjacyjnych oraz w wyniku wymiany kolejnych projektów umowy, zob. S. Kubsik, *Przedkontraktowa odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu nieuczciwych negocjacji*, Warszawa 2015., rozdział II. § 3.I–V oraz przywołana tam literatura i orzecznictwo, Legalis. W toku negocjacji zamówienia z wolnej ręki zamawiający otrzymuje od wykonawcy stanowiska negocjacyjne, które rzutują na poziom zaspokojenia interesu zamawiającego-wierzyciela. W świetle komentowanej zasady zamawiający jest zobowiązany dążyć do rezultatu optymalnego z perspektywy zaspokojenia tego interesu.

kodeksowych, pamiętać należy o nakazach oraz zakazach płynących z regulacji o postanowieniach obligatoryjnych (art. 436 Pzp) oraz tzw. klauzulach abuzywnych (art. 433 Pzp). Unormowania w zakresie kryteriów oceny ofert mogą być pomocne *per analogiam* w szczególności do określenia warunków umownych, które powinny być indywidualnie uzgadniane w toku negocjacji z wykonawcą, jak również do uznania określonych postanowień za „wynegocjowane”. W świetle przybliżonej regulacji, zamawiający, negocjując postanowienia umowy o zamówienie publiczne, obowiązany jest kierować się przede wszystkim elementami, które wiążą się z realnym wykonaniem przedmiotu zamówienia. Powiązanie w tym zakresie wystąpi zarazem, jeżeli postanowienia skoncentrowane zostaną na aspektach przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do dowolnych etapów jego cyklu życia nawet jeżeli nie będą to cechy istotne przedmiotu zamówienia (art. 241 ust. 2 Pzp *per analogiam*). Ponadto, uzgodnione klauzule umowne powinny w sposób „jednoznaczny” i „wyczerpujący” opisywać wymagania w zakresie realnego wykonania przedmiotu zamówienia (art. 240 ust. 1 i 2 *per analogiam*). Wreszcie, zaproponowany przez wykonawcę stopień realizacji zamawiający jest obowiązany weryfikować przed zamknięciem negocjacji celem uniknięcia umówienia się na świadczenie niemożliwe (art. 240 ust. 2 Pzp *per analogiam*). W efekcie element realnego wykonania winien zostać postawiony przez zamawiającego w centralnym punkcie negocjacji oraz stać się warunkiem *sine qua non* zgody zamawiającego na konkretny układ praw i obowiązków stron.

De lege lata nie budzi poważniejszych wątpliwości, że kryteria oceny ofert spełniają kilka funkcji. Przede wszystkim, szeroko uznawane w piśmiennictwie, funkcje: eliminacyjną⁵³⁶, efektywnościową⁵³⁷ oraz realizacyjną. Determinant realizacyjny może dotyczyć obowiązków i ciężarów po stronie zamawiającego (cena lub koszt), w tym świadczenia zamawiającego (cena), lecz podstawowe znaczenie ma związek z właściwościami świadczenia *in natura* (kryteria jakościowe). Natomiast, w przypadkach, w których cena lub koszt są stałe na mocy obowiązujących przepisów lub w wyniku decyzji właściwych organów, kryteria jakościowe mają wyłączne znaczenie

⁵³⁶ Zob. W. Robaczyński, [w:] P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 2014, art. 70¹, pkt 2, Lex; Z. Radwański, P. Machnikowski, [w:] Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., 466, Legalis; P. Polański, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, wyd. 2, art. 70¹, pkt 2, Legalis; B. Łukańko, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 70(1), pkt 1, Lex.

⁵³⁷ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 239, pkt 4; F. Łapecki, *Wybór oferty...*, op. cit., s. 6; W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 239, pkt 2 i nast.; A. Wiktorowski, [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 17, pkt 5, Lex; M. Lubiszewski, *Zasady udzielania zamówień publicznych w ujęciu nowej ustawy*, „ZP Doradca” 2021, Nr 4, s. 26; A. Borowicz, *Aspekty ekonomiczne i rynkowe nowego Prawa zamówień publicznych*, „ZP Doradca” 2021, Nr 1, s. 28.

(art. 242 ust. 3 Pzp). Z perspektywy celów zamówienia publicznego, funkcja realizacyjna wysuwa się na przód. Świadczenia niezapewniające najkorzystniejszego wykonania *in natura*, nie wspominając o realizacji niezgodnej z warunkami zamówienia, nie są przyjmowane. Wystąpią w tym względzie co najmniej trzy istotne implikacje łączące się z analizowaną zasadą. Po pierwsze, parametry realizacyjne, poprzez akceptację oferty wykonawcy, obligatoryjnie stają się treścią zobowiązania wykonawcy w rozumieniu art. 354 § 1 KC oraz elementem roszczenia o wykonanie *in natura*⁵³⁸. Zgodnie z dominującymi w piśmiennictwie⁵³⁹ i judykaturze⁵⁴⁰ zapatrywaniami, treść obowiązku realnego wykonania jest w tym względzie szczególnie stabilna. Zmiana podlega bowiem obwarowaniom wynikającym z unormowań art. 454 i art. 455 Pzp. Po drugie, wyostrenie parametrów jakościowych realnego wykonania nakłada na zamawiającego dodatkowe powinności⁵⁴¹. W zakresie ceny i kosztu pojawia się kwestia badania ich rażąco niskiej wysokości w relacji do realnego wykonania według stawek rzeczywiście występujących w danym momencie w obrocie. Natomiast w płaszczyźnie kryteriów jakościowych liczy się wymóg dobrania kryteriów weryfikowalnych, a ponadto zbadanie możliwości ich faktycznego dotrzymania⁵⁴², co zapobiega w szczególności świadczeniu częściowo

⁵³⁸ Pewne wątpliwości mogą budzić przypadki, w których kryteria oceny ofert dotyczyłyby ocenianych kompetencji realizacyjnych wykonawcy. Z uwagi na wyraźne brzmienie art. 240 ust. 2 Pzp uznać należy, że również w takich przypadkach poziom wykonania zamówienia staje się treścią zobowiązania w rozumieniu art. 354 § 1 KC, a nie poziomem wymaganej staranności wykonawcy (art. 355 KC) choć mogą na tę ostatnią rzutować. Doktryna dopuszcza, żeby kryterium oceny ofert polegało na testowaniu kompetencji ludzkich, zob. W. Dzierżanowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 240, pkt 4, Lex.

⁵³⁹ Zob. zachowujące aktualność wypowiedzi P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, op. cit., rozdział III. § 7, rozdział IV. § 3.VI. oraz § 7, wraz z przywołaną tam literaturą i orzecznictwem, Legalis, K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział III. § 4.I. oraz przywołane tam piśmiennictwo i judykatura, Legalis; W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, *Zmiany w umowach w bieżącej praktyce zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2017, Nr 4, s. 22; W. Robaczyński, *Wybrane problemy przedmiotowej modyfikacji zobowiązania na gruncie prawa zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2014, Nr 2, s. 75 i nast.; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, wyd. VII, art. 144, pkt 12, Lex. *De lege lata* zob. spośród wielu: R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie...*, op. cit., rozdział II. § 4 wraz z przytoczoną tam judykaturą i piśmiennictwem, Legalis; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 454 oraz przywołane tam literatura i orzecznictwo, Lex, W. Robaczyński, *Wpływ wojny...*, op. cit., s. 50 i nast. wraz z cyt., tam piśmiennictwem i judykaturą.

⁵⁴⁰ Zob. wyrok TSUE z 19.06.2008 r., presstext Nachrichtenagentur GmbH, C-454/06, pkt 34 i nast. uzasadnienia i przywołane tam orzecznictwo, ECLI:EU:C:2008:351, a także przywołujące tę sprawę wyroki SN z 3.06.2015 r., V CSK 551/14, Lex, z 5.12.2013 r., V CSK 2/13, Lex; wyrok NSA z 8.03.2017 r., II GSK 1841/15, Lex; wyrok NSA z 13.03.2014 r., II GSK 12/13, Lex; wyrok NSA z 11.09.2019 r., I GSK 2713/18, Lex.

⁵⁴¹ Wniosek o dodatkowych powinnościach wzmacnia punkt 92 preambuły dyrektywy 2014/24, zgodnie z którym wybranym kryterium powinny towarzyszyć rozwiązania pozwalające na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów. Ta weryfikacja wzmacnia zasadę realnego wykonania, albowiem zapobiega zawarciu umowy obejmującej parametry nieosiągalne.

⁵⁴² I. Skubiszak-Kalinowska, *Weryfikacja spełniania przez ofertę kryteriów jej oceny*, „ZP Doradca” 2020, Nr 3, s. 11, Legalis, a także przywołany tam wyrok Trybunału z 4.12.2003 r., EVN i Wienstrom C-448/01, EU:C:2003:651; zob. również motyw 92 dyrektywy 2014/24; P. Wójcik, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 669. Autor wskazuje na obowiązek badania realności treści zaoferowanej w ramach kryteriów oceny ofert w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp). Obowiązek zbadania realności wynioskować można z zasady efektywności: H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 240, pkt 1.

niewykonalnemu (niemożliwemu). Po trzecie, parametry świadczenia niepieniężnego objęte kryteriami oceny ofert można uznać za właściwości lub przeznaczenie przedmiotu transakcji stosownie do przepisów o rękojmi (art. 556¹ § 1 pkt 1 KC), co rzutuje stymulacyjno-prewencyjnie na wykonanie *in natura*.

4. Optymalne postanowienia umowy finalnej

Zamawiający jest odpowiedzialny za ustalenie optymalnych postanowień umowy, z uwzględnieniem celów zamówienia i ukształtowania podstaw dla skutecznego zaspokojenia określonych potrzeb zbiorowych z poszanowaniem – rzecz jasna – zasady realnego wykonania zamówienia na warunkach ekwiwalentności świadczeń pod rygorem odpowiedzialności za nadużycie klauzul abuzywnych⁵⁴³. W piśmiennictwie dominuje zapatrywanie o adhezyjnym charakterze umowy o zamówienie publiczne⁵⁴⁴. Ograniczające swobodę kontraktową unormowania Pzp stanowią *lex specialis* względem kodeksu cywilnego. Ponadto, z zasady dostatecznej efektywności zamówienia wynika potrzeba zaprojektowania umowy finalnej z akcentem na roszczenia pierwotne. Dlatego wyklucza się praktyki bezzasadnego redukowania uprawnień wykonawcy. W szczególności, umowa o zamówienie publiczne może nie tylko naruszać ekwiwalentność świadczeń, lecz także ignorować koniecznego poziomu ochrony praw po stronie wykonawcy⁵⁴⁵. Ustawa nie wymaga jednak bezwzględnie pełnego (idealnego) zrównoważenia powinności dłużnych stron. Jeżeli wykonanie zamówienia *in natura* z względów usprawiedliwionych potrzebami publicznymi pozostaje szczególnie doniosłe, zamawiający uprawniony jest zaprojektować klauzule na rzecz drugiej strony w zakresie znacznego ryzyka kontraktowego. W pewnych okolicznościach, optymalnie ukształtowana umowa może być zatem umową bardziej ryzykowną dla wykonawcy. Ostateczna ocena dokonywana jest *in casu*.

Roszczenia o wykonanie zamówienia *in natura* wyrastają z podstawowej zasady swobody kształtowania treści umowy w granicach wyznaczonych ustawą, zasadami współżycia społecznego oraz ustalonymi zwyczajami (art. 353¹ KC). Projektowane

⁵⁴³ Tak R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 45.

⁵⁴⁴ R. Szostak, *Kształtowanie warunków zamówienia po zmianach w prawie zamówień publicznych, cz. II*, „FK” 2016, nr 12, s. 61-78; tenże, *Umowy o ...*, op. cit., s. 41; B. Sołtys, *Zapobieganie nadużyciom wolności kontraktowej w założeniach i projekcie nowego prawa zamówień publicznych*, „PPH” 2019, nr 8, s. 14-22; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Tom V. Przepisy pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2025, art. 8, pkt I.6 wraz z powołanym orzecznictwem i literaturą przedmiotu, Legalis.

⁵⁴⁵ Tak: R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., 42; podobnie P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 433, pkt I.1, Legalis

postanowienia umowne muszą umożliwiać dostateczne oparcie ewentualnych roszczeń w przyszłości, na etapie realizacji zamówienia. Treść umowy o zamówienie publiczne musi pozostawać w zgodzie z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, powinna rozwijać lub wprowadzać rozwiązania odrębne w obszarach regulacji względnie obowiązujących. W przypadku umów nazwanych, zamawiający obowiązany jest prawidłowo nawiązać do elementów definiujących daną umowę oraz rozwinąć pozostałe prawa i obowiązki stron stosownie do wymagań ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego. W umowach nienazwanych musi w szczególności precyzyjnie wskazać elementy świadczenia przesądzające w tym typie kontraktu. Fundamentalne znaczenie ma opis przedmiotu zamówienia, dokonany zgodnie z regułami przybliżonymi w poprzednim podrozdziale opracowania. Projektowane postanowienia muszą być dostatecznie kompletne, spójne oraz konkretne, nawet wtedy gdy konieczne jest „wariantowanie” projektowanych dyspozycji umownych, np. na wypadek zawarcia umowy z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Z wyjątkiem bowiem procedury dialogu konkurencyjnego, po złożeniu oferty niedopuszczalne są już jakiegokolwiek negocjacje uściślające⁵⁴⁶. W konsekwencji, swoboda zamawiającego w zakresie projektowania umowy finalnej podlega istotnym ograniczeniom w odniesieniu do zrównoważonego ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków. Z praktycznego punktu widzenia liczą się tu co najmniej cztery kwestie: zadowalający termin wykonania zamówienia, sposób waloryzacji (indeksacji) wysokości świadczenia pieniężnego, szczegółowe warunki odpowiedzialności kontraktowej, a także ewentualne zastrzeżenie dopuszczalnego dostosowania treści umowy do zmieniających się okoliczności realizacyjnych.

Termin odpowiedni rzutuje na szereg uwarunkowań realizacyjnych. W zamówieniach publicznych termin wykonania stanowi umowne zastrzeżenie obligatoryjne, gdyż jedynie niektóre dostawy i usługi mogą być zamawiane na czas nieoznaczony (art. 435 ust. 1 i 2 Pzp)⁵⁴⁷. To czas niezbędny do zrealizowania dłużnego świadczenia niepieniężnego⁵⁴⁸. Co do zasady czas realizacji powinien zostać wyrażony terminem końcowym lub terminami cząstkowymi, a nie datą kalendarzową, chyba że to ostatnie uzasadnione jest przyczyną obiektywną (art. 436 pkt 1 Pzp). W zamówieniach

⁵⁴⁶ Wybór oferty najkorzystniejszej zamyka jednak i ten etap opracowywania treści umowy w dialogu konkurencyjnym (art. 188 Pzp).

⁵⁴⁷ Przywołany przepis dotyczy dostaw: a) wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci; b) gazu z sieci gazowej; c) ciepła z sieci ciepłowniczej; d) licencji na oprogramowanie komputerowe, jak również usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego.

⁵⁴⁸ Tak: R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., 47.

publicznych co do zasady wyłączona została kodeksowa swoboda odwołania się do tzw. modalnych jednostek czasu („natychmiast”, „niezwłocznie”)⁵⁴⁹. Termin wykonania musi być realistyczny, powiązany z charakterem zamawianego świadczenia⁵⁵⁰. Odpowiedni termin wykonania zamówienia w sposób jasny rzutuje na wiele okoliczności realizacyjnych. Z punktu widzenia realnego wykonania zamówienia nie może on być zbyt krótki, ponieważ upływ terminu staje się często przyczyną niepotrzebnych trudności, choćby na tle publicznoprawnego obowiązku dochodzenia roszczeń (kary umowne). W praktyce zamawiający wielokrotnie znajdują się jednak pod presją jak najszybszego udzielenia zamówienia, a następnie jak najszybszego wykonania. Wykonawcy z kolei nie zawsze skłonni są oponować zbyt ambitnym terminom, poprzez wnoszenie o ich rewizję w trybie odwoławczym, toteż stosują rozwiązania pośrednie. Nawet dobrowolna prolongata terminu wykonania umowy, dopuszczalna w obrocie powszechnym, w sferze zamówień publicznych zaliczana jest jednak do okoliczności istotnych, objętych obwarowaniami wynikającymi z art. 454 i art. 455 Pzp. Stanowi ona co do zasady modyfikację istotną, co znalazło wyraz w wyroku TSUE z 07.12.2023 r., C-441/22 C-443/22, pkt 53. Wspomniane wyżej rozwiązania pośrednie wykonawców, polegają w szczególności na doliczeniu potencjalnych kar umownych do oferowanej ceny, względnie na „wychwytywaniu” nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia celem późniejszego wykorzystania. Niemniej jednak, na gruncie licznych zamówień opartych na konstrukcjach umowy dostawy, umowy o dzieło oraz umowy o roboty budowlane umowa może zostać jednostronnie rozwiązana przed nadejściem terminu realizacji, jeżeli nie jest prawdopodobne, że jej przedmiot zrealizowany zostanie w czasie umówionym (art. 610, art. 635 KC). Z kolei na tle świadczenia usług, opieszałość wykonawcy, która stawia pod znakiem zapytania prawdopodobieństwo terminowego wykonania zlecenia może uzasadniać utratę zaufania prowadzącą do wypowiedzenia umowy (art. 746 §3 KC)⁵⁵¹. W efekcie, określenie przez zamawiającego nierealistycznego terminu wykonania zamówienia prowadzi do swego rodzaju fikcji kontraktowej, z góry negatywnie rzutującej na wykonanie umowy zgodnie z jej treścią.

⁵⁴⁹ Zob. E. Kowalczyk, *Ustalenie terminu wykonania zamówienia jako szczególna konstrukcja normatywna prawa zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2023, Nr 3, s. 114.

⁵⁵⁰ E. Kowalczyk, *Ustalenie terminu...*, op. cit., s. 110-112.

⁵⁵¹ L. Ogiegło, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Warszawa 2021, art. 476, pkt 4, 6, Legalis; R. Morek, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 476, pkt D.17, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 476, pkt 6, Legalis.

Według unormowań kodeksowych termin to rozmiar czasu (por. 111 KC), powinien być zatem wyrażony jako okres. Obok terminów wykonania zamówienia w praktyce określa się liczne terminy o znaczeniu ubocznym, w szczególności zawarte w szczegółowych harmonogramach realizacji, terminy dokonywania czynności w zakresie obowiązku współdziałania stron zamówienia publicznego, czynności odbiorczych, nadzorczo-kontrolnych, realizacji powinności informacyjnych. Sposób ukształtowania należytego wykonania sprzyja praktycznemu urzeczywistnieniu analizowanej zasady z art. 354 KC także po stronie zamawiającego jako dłużnika. W szczególności, termin i warunki zapłaty powinny być określone z góry w umowie, z uwzględnieniem zasady pierwszeństwa spełnienia świadczenia niepieniężnego, jak również zasady nominalizmu (art. 358¹ KC), łagodzonej poluzowaniem wymogów w zakresie roszczeń związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa, co w zamówieniach publicznych pozostaje sytuacją najczęstszą. Liczy się przede wszystkim obowiązek zapłaty w walucie polskiej, choć dopuszczalne są płatności w walutach obcych (art. 134 ust. 2 pkt 10 Pzp)⁵⁵². Indeksacja przyczynia się do racjonalniejszego rozłożenia zmian siły nabywczej pieniądza. W pośredni sposób osłania realne wykonanie zamówienia. Zamawiający może w tym względzie stosować umowne mechanizmy samowykonalne lub wymagające zmiany umowy na podstawie klauzul przeglądowych⁵⁵³.

Na tle ogólnej zasady nominalizmu wątpliwości nasuwa ustawowy obowiązek wprowadzenia mechanizmu waloryzacji wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. W świetle zasady nominalizmu oraz obostrzeń zmian umowy, klauzule w tym zakresie nie powinny wprowadzać waloryzacji automatycznej, lecz może ona następować, jeśli wykroczy poza zwykłe i nieodzwonne ryzyko kontraktowe w obrocie profesjonalnym. Dwa przypadki indeksacji są obligatoryjne. Pierwszoplanowa rola przypada klauzulom indeksacyjnym w zamówieniach o okresie wykonania przekraczającym sześć miesięcy⁵⁵⁴. Urealnienie świadczenia pieniężnego jest dopuszczalne, jeśli zaistnieje zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z wykonywaniem zamówienia (art. 439 Pzp)⁵⁵⁵. Umowy muszą w tym względzie zawierać określenie poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniających do żądania

⁵⁵² Wówczas, dłużnik jednak może dokonać zapłaty w walucie polskiej (art. 358 §1 i 2 KC) według średniego kursu NBP z dnia wymagalności świadczenia.

⁵⁵³ Wydaje się, że ustawodawca preferuje wariant drugi (art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp), w praktyce obrotu stosowany jest on częściej.

⁵⁵⁴ Zamawiający uprawniony jest uwzględnić indeksację w projektowanych postanowieniach innych umów, ale obowiązany jest wówczas stosować (wprost) reguły opisane powyżej (art. 440 Pzp).

⁵⁵⁵ Jeśli umowa zawarta została po upływie 180 dni od upływu terminu składania ofert, to początkowym terminem waloryzacji stanowi najpóźniej dzień otwarcia ofert.

zmiany oraz początkowy termin modyfikacji wynagrodzenia. Niezbędne jest ustalenie sposobu zmiany świadczenia pieniężnego poprzez zastosowanie odpowiedniego wskaźnika dotyczącego cen materiałów lub kosztów albo innej podstawy indeksacyjnej. Trzeba również określić wymagany sposób wpływu zmiany cen na wydatki związane z wykonywaniem zamówienia *in natura*. Wreszcie, niezbędnym pozostaje zakreślenie maksymalnej, dopuszczalnej przez zamawiającego zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2 Pzp). Doniosłe dla wykonania zamówienia *in natura* jest nałożenie na wykonawcę obowiązku indeksacji pierwotnych świadczeń pieniężnych podmiotów faktycznie wykonujących część zamówienia. Chodzi o podwykonawców, których okres świadczenia przekracza sześć miesięcy. Obwarowane to zostało zwiększeniem przez zamawiającego wynagrodzenia wykonawcy wskutek zmiany cen materiałów lub kosztów, jeżeli rzutuje ona na ceny lub koszty podwykonawców (art. 439 ust. 5 Pzp)⁵⁵⁶. Uchybienie wskazanemu obowiązkowi musi być obwarowane obowiązkiem zapłaty przez wykonawcę kary umownej na rzecz zamawiającego (art. 436 ust. pkt 4 lit. a Pzp).

Drugi przypadek obligatoryjnej indeksacji ma mniejsze znaczenie dla wykonania *in natura*. Dotyczy zamówień przewidujących świadczenie wykonawcy o terminie przekraczającym dwanaście miesięcy, zarazem łączy się ze zmianą publicznoprawnych czynników kosztowych. Chodzi o zmiany podatku VAT, podatku akcyzowego, zmian ustawowego, minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej⁵⁵⁷, zmian zasad podlegania ubezpieczeniu społecznemu lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na te ubezpieczenia, modyfikacji zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z 4.10.2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych⁵⁵⁸. W tym przypadku, jak i w poprzednim, indeksacja stabilizuje roszczenie o wykonanie *in natura* poprzez oddziaływanie na konstrukcyjny element „odpłatności” zamówienia publicznego.

Zamawiający może w pewnym zakresie optymalizować prewencyjno-stymulacyjne oddziaływanie odpowiedzialności kontraktowej, co wzmacnia realne wykonanie zamówienia⁵⁵⁹. Wprowadza się w tym względzie regulacje szczególne, co do

⁵⁵⁶ Z uwagi na funkcję powołanego przepisu przyjąć należy, że wykonawca nie jest zobowiązany obniżyć wynagrodzenia podwykonawcom w razie niekorzystnych zmian własnego świadczenia. W praktyce wskazany skutek może wystąpić, gdy podwykonawcą jest podmiot o znaczenie większym potencjalnie gospodarczym i zdolnościach technicznych, które warunkowały udzielenie zamówienia.

⁵⁵⁷ Ustalonych na podstawie ustawy z 10. 10. 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. 2024, poz. 1773).

⁵⁵⁸ T.j. Dz. U. 2024, poz. 427.

⁵⁵⁹ Co do funkcji prewencyjnej zob. A. Szpunar, *Uwagi o funkcjach odpowiedzialności odszkodowawczej*, „PiP” 2003, Nr 1, s. 22; M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 74-75 oraz powołana tam literatura; T. Dybowski, [w:] S. Grzybowski (red. tomu), W. Czachórski (red. naczelny), *System Prawa*..., op. cit., s. 211 i nast.;

zasady ograniczając obciążanie wykonawcy ryzykami nietypowymi lub nieznanymi. Podstawowe znaczenie ma w tym względzie unormowanie art. 433 pkt 1-3 Pzp, zawierające tzw. klauzule abuzywne. Zgodnie z powołanym przepisem projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Ponadto, niedopuszczalne są postanowienia uprawniające zamawiającego do naliczania kar umownych za zachowania wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Oprócz tego, wyłączono dopuszczalność klauzul przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający⁵⁶⁰. Jak wskazuje się w literaturze, przywołane rozwiązanie kreuje wzruszalne domniemanie abuzywnego charakteru danego postanowienia⁵⁶¹. Celem tego rozwiązania jest zwalczanie praktyk rażąco naruszających interesy wykonawców oraz nadmiernie obciążających dłużników ryzykami realizacyjnymi⁵⁶². Wskazane uregulowanie nie rzutuje natomiast zawężająco na ustawowy reżim surowej odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi, lecz stawia granice jej obostrzaniu, w szczególności w zakresie sankcji o charakterze odszkodowawczym.

Na tle powołanego uregulowania nasuwa się przede wszystkim pytanie o jego zakres. Wspólnym mianownikiem każdej ze wskazanych klauzul abuzywnych jest pojęcie odpowiedzialność. Jak wiadomo, prawodawca posługuje się tym terminem w ustawie Pzp i kodeksie cywilnym⁵⁶³ w rozmaitych kontekstach, w rozmaitych znaczeniach⁵⁶⁴ oraz w sposób niekonsekwentny, a bogactwo dorobku doktryny prawa cywilnego w tym względzie stwarza trudności nawet w zreferowaniu zapatrywań na ten temat⁵⁶⁵. Streszczanie ich nie jest jednak konieczne dla tematu opracowania. Względy

P. Machnikowski, A. Śmieja, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 394 i nast. Na gruncie zamówień publicznych o funkcji prewencyjnej odpowiedzialności nadmienia R. Szostak, *Charakter prawny konkursu na dzieło projektowe w zamówieniach publicznych*, „PiP” 2004, Nr 6, s. 68; tenże, *Umowy o...*, op. cit., s. 229.

⁵⁶⁰ Problematyka ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron omówiona zostanie w kolejnym podrozdziale. Nie łączy się ona z kwestiami odpowiedzialności kontraktowej, lecz z gwarancjami w zakresie świadczenia pierwotnego.

⁵⁶¹ Tak: P. Drapała, [w:] P. Machnikowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt I.3, Legalis.

⁵⁶² *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy, Prawo zamówień publicznych*, Druk sejmowy nr 3624, Sejm VIII kadencji, s. 83.

⁵⁶³ Zob. P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 182.

⁵⁶⁴ Np. art. 21 ust. 1 pkt 3, art. 38 ust. 4, art. 52, art. 55 ust. 3, art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a) oraz e), art. 120, art. 409 ust. 3, art. 433 pkt 1 i 3, art. 455 ust. 1 i 2, art. 462 ust. 8, art. 465 ust. 8 Pzp.

⁵⁶⁵ Zob. P. Konik, *Umowne kształtowanie...*, op. cit., s. 7. Co do zapatrywań doktryny na temat pojęcia „odpowiedzialność” odesłać należy do przeglądu literatury przeprowadzonego przez tego autora - zob. P. Konik, *Umowne kształtowanie...*, op. cit., s. 5-30; a ponadto M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2021, s. 1-9 oraz przywołane tam piśmiennictwo i judykatura, a także Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa 2015, rozdział I. § 1.7 oraz wskazana tam literatura i orzecznictwo, Legalis.

wykładni systemowej oraz celowościowej wskazują, że przepis ten ogranicza swobodę stron w zakresie kształtowania odpowiedzialności kontraktowej. Za tę ostatnią, jak wiadomo, zasadniczo uznaje się zespół ujemnych konsekwencji prawnych przewidzianych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia⁵⁶⁶. Zbliżone pojęcie stanowi „odpowiedzialność za naruszenie zobowiązania”, które co do zasady łączone jest z negatywnymi konsekwencjami obciążającymi dłużnika na mocy ustawy lub na mocy umowy w związku z przypisanym dłużnikowi naruszeniem zobowiązania (naruszeniem ciężących obowiązków), z którym wspomniane przepisy lub umowa wiąże określone, co do zasady, negatywne konsekwencje⁵⁶⁷. Te ostatnie mogą przybierać różną postać, lecz pierwszoplanowym środkiem pozostaje żądanie wykonania zobowiązania *in natura*⁵⁶⁸. Liczą się tu zwłaszcza: obowiązek naprawienia szkody, zapłaty kary umownej, odmowa przyjęcia przez wierzyciela świadczenia, które z powodu zwłoki straciło dla niego znaczenie. Nie bez znaczenia na gruncie zamówień publicznych pozostaje skorzystanie przez wierzyciela z wykonania lub nabycia zastępczego, odstąpienie lub wypowiedzenie umowy, a także realizacja uprawnień z tytułu rękojmi⁵⁶⁹. Obok tych konsekwencji pojawić się może wygaśnięcie zobowiązania w całości lub części wskutek niemożliwości świadczenia, za którą dłużnik odpowiada, jak również obowiązek wydania surogatów w przypadkach niemożliwości świadczenia. W związku z tym przyjąć można, że rozwiązania w zakresie klauzul abuzywnych rzutować będą na postanowienia o sankcjach odszkodowawczych i nieodszkodowawczych z tytułu odchyleń realizacyjnych.

Zakres oddziaływania regulacji o postanowieniach abuzywnych wydaje się szerszy niż wynikałoby z literalnego brzmienia przepisu⁵⁷⁰. Przede wszystkim, zamawiający nie może na podstawie art. 472, 473 § 1 art. 558 KC obostrzyć odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy o okoliczności, o których mowa w art. 433 pkt 1-3 Pzp⁵⁷¹. W

⁵⁶⁶ Por. T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 8; R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 144, 229; na szersze rozumienie wskazuje P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt II.1, Legalis.

⁵⁶⁷ Zob. P. Konik, *Umowne kształtowanie...*, op. cit., s. 40.

⁵⁶⁸ F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 87; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 92.

⁵⁶⁹ P. Konik, *Umowne kształtowanie...*, op. cit., s. 13–14, 52–82 oraz powołana tam literatura; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 138 i nast.; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 92 i nast.

⁵⁷⁰ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt 8, Lex; wyrok KIO z 30.11.2021 r., KIO 3335/21, Lex; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt II.B.2, Legalis, który podnosi iluzoryczność ochrony zapewnianej przez art. 433 pkt 2 Pzp, lecz jeżeli przenieść cel tej regulacji na przesłanki odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania, to zakres udzielanej ochrony jest szerszy niż wynikałoby to z literalnego brzmienia przepisu.

⁵⁷¹ Wymienienie w tym zakresie art. 433 pkt 2 Pzp pozostaje nieprzypadkowe, gdyż wprowadzie dotyczy on odpowiedzialności z tytułu kar umownych, to jednak z uwagi na konieczność wypełnienia ogólnych przesłanek

szczegółności zamawiający nie może sięgnąć po prewencyjno-stymulujący efekt odpowiedzialności „bez względu na przyczynę”, nałożyć odpowiedzialności za siłę wyższą, wprowadzić do umowy odpowiedzialności za nieterminowość świadczenia spowodowaną okolicznościami, za które odpowiada wyłącznie zamawiający (np. objęcie rękojmą wad spowodowanych przez zamawiającego). *De lege lata* nieprzezwyteczalność pewnych przeszkód przypominać może siłę wyższą. Wiąże się to w szczególności z incydentami w obrębie infrastruktury zarządzanej przez podmioty o znaczącej pozycji ekonomicznej, technologicznej, organizacyjnej w ramach różnych globalnych systemów technologicznych, takich jak: lokalizacja satelitarna, systemy internetowe, systemy telekomunikacyjne czy transportowe⁵⁷². Nie znajduje jednak uzasadnienia wyrażone w doktrynie twierdzenie o wprowadzeniu dzięki analizowanej regulacji ogólniejszego zakazu istotnej dysproporcji do praw i obowiązków zamawiającego przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia oraz ryzyk realizacyjnych⁵⁷³. Przeciwstawia się temu przede wszystkim brzmienie art. 433 pkt 1 Pzp, w którym ustawodawca dopuścił odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, jeżeli tylko byłoby to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Po drugie, literalne brzmienie analizowanego przepisu łączy się wyraźnie z roszczeniami wtórnymi, ograniczając swobodę kontraktową wyłącznie w tym względzie. Brak dostatecznych podstaw do rozciągania zakresu unormowania na świadczenia pierwotne, w tym w zakresie ekwiwalentności. Dodatkowo, w praktyce, wykonawcy niejednokrotnie uwzględniają oznaczalne sankcje kontraktowe w cenie oferty, przyczyniając się w ten sposób do równowagi świadczeń. Trafnie natomiast wskazuje się, że zgodność postanowień umownych z art. 433 Pzp podlega ocenie nie tylko na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz również po jego udzieleniu, nawet w razie braku zaskarżenia przez wykonawcę danej klauzuli w postępowaniu odwoławczym⁵⁷⁴. Przy pomocy unormowania o klauzulach abuzywnych ustawodawca położył akcent na realne wykonanie zamówienia, dopuszczając sankcjonowanie jedynie rzeczywistych naruszeń realizacyjnych w okolicznościach uzasadnionych zachowaniami samego wykonawcy oraz podmiotów, o których mowa w art. 474 KC.

odpowiedzialności odszkodowawczej (z wyjątkiem szkody), aby ponosić odpowiedzialność z ich tytułu, zob. np. wyrok SN z 20.05.2021 r., I CSKP 124/21, Lex, a także uwagi w Rozdziale VI.2. opracowania.

⁵⁷² P. Konik, *Umowne kształtowanie...*, op. cit., s. 200 i nast. oraz powołane orzecznictwo.

⁵⁷³ Tak: P. Drapała, [w:] P. Machnikowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt I.1, Legalis.

⁵⁷⁴ Tak Ibidem, art. 433, pkt I.4, Legalis. Kontrowersyjna jest natomiast teza autora o obowiązku badania przez sąd z urzędu zgodności postanowień umowy z art. 433 Pzp.

Pierwszy z trzech zakazów wynikających z art. 433 Pzp łączy się z naruszeniem wykonania zamówienia *in natura* w aspekcie terminowym. Obwarowanie to nie ma charakteru bezwzględny, albowiem wykonawca może ponosić odpowiedzialność za tzw. opóźnienie zwykłe w przypadkach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia. W pewnych sytuacjach ustawodawca sam przesądza o ponoszeniu przez dłużnika odpowiedzialności z opóźnieniem, w szczególności na mocy art. 610 oraz art. 635 KC. Analizowana klauzula abuzywna nie wyłącza kodeksowych uprawnień zamawiającego w razie opóźnienia dłużnika. Okoliczności, o których mowa w art. 433 pkt 1 Pzp można rozumieć szeroko. W ujęciu językowym, stanowi je „wszystko to, co towarzyszy jakiejś sytuacji lub zdarzeniu”⁵⁷⁵. Sytuacja, względnie zdarzenie, o którym mowa w art. 433 Pzp wiąże się z podwyższonym znaczeniem terminowości wykonania *in natura*. Kardynalna waga terminu wykonania wynikać może ze względów płynących z rozmiaru zamówienia, znacznej wartości, celu i przeznaczenia, doniosłości zaspokajanych potrzeb publicznych⁵⁷⁶. Jest to kategoria dość pojemna, a decydują okoliczności danego przypadku. Ciężar wykazania zasadności spoczywa na zamawiającym⁵⁷⁷, przy czym najmniej wątpliwości powinny budzić sytuacje, w których istnieje ustawowy termin realizacji zadań publicznych przy jednoczesnym braku możliwości postawienia zamawiającemu zarzutu spóźnionego udzielania zamówienia. Obok wprowadzenia odpowiedzialności za opóźnienie zwykłe wyłącznie w kwalifikowanych przypadkach, zamawiający obowiązany jest dochowywać wymogów art. 473§ 1 KC⁵⁷⁸.

Drugi z zakazów dotyczy naliczania kar umownych za zachowanie niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem (art. 433 pkt 2 Pzp). Przytoczony przepis dotknięty jest dość istotnymi mankamentami redakcyjnymi, w efekcie których wymagany związek kar umownych z przedmiotem umowy interpretować należy jako związek kar umownych z realizacją przedmiotu zamówienia określonego zgodnie z regułami płynącymi z art. 99-103 Pzp (np.

⁵⁷⁵ Zob. „okoliczność” – definicja, synonimy, przykłady użycia, <https://sjp.pwn.pl> [dostęp: 19.08.2024 r.].

⁵⁷⁶ Przykładowo sytuacja taka może nastąpić w razie konieczności zrealizowania zamówienia w terminie narzuconym ustawą, w okolicznościach pilnych, w których zamówienie, z uwagi na jego zasięg, miałoby istotne znaczenie dla części lub całości pewnej wspólnoty (np. mieszkańców jednostek samorządu terytorialnego lub ich części, uczniów, seniorów). Nieco odmiennie J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt 10, Lex, który wskazuje na „właściwość” zobowiązania a nie potrzebę ochrony interesu zamawiającego; P. Drapała, [w:] P. Machnikowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt II.A.2, Legalis, kładzie natomiast akcent na treść i cel świadczenia.

⁵⁷⁷ Zob. P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt II.A.1, Legalis, który wskazuje w tym względzie wzruszalne domniemanie abuzywności.

⁵⁷⁸ Ibidem, art. 433, pkt II.A.3, Legalis.

informowanie o nieprawidłowościach działań innych podmiotów na mieniu oddalonym od przedmiotu zamówienia)⁵⁷⁹. Wskazany zakaz wyłącza jednak dopuszczalność sankcjonowania w zamówieniu publicznym obowiązków, które zostałyby na wykonawcę nałożone niejako „przy okazji”. Drugi mankament polega na ograniczeniu „naliczania kar umownych”, co mogłoby sugerować jedynie zakaz stawiania kar umownych w stan wymagalności, lecz należy to rozumieć jako niedopuszczalność zastrzegania kary umownych z tytułów nawet pośrednio niezwiązanych z realnym wykonaniem przedmiotu zamówienia. Pośredni związek z przedmiotem zamówienia lub jego prawidłowym wykonaniem może stanowić dość szeroki wyłom w tym ograniczeniu⁵⁸⁰. Literalne brzmienie przepisu dotyczy kar umownych, ale, jak się wydaje, może ono wpływać ograniczająco na przesłanki ogólnej odpowiedzialności odszkodowawczej. Odmienne interpretacja powodowałaby niespójność systemową, wykonawca mógłby być obowiązany do zapłaty świadczenia odszkodowawczego na zasadach ogólnych, ale niedopuszczalne byłoby zobowiązanie go do zapłaty kary umownej. Na gruncie zamówień publicznych za niedopuszczalne należałoby uznać obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością odszkodowawczą za okoliczności, które nie stanowią zachowania wykonawcy związanego z realizacją zamówienia (np. za siłę wyższą, za anormalne incydenty pogodowe, za przerwy lub ograniczenia w poborze energii)⁵⁸¹. Nasuwa się jednak pytanie, czy ten obejmuje ujemne konsekwencje prawne o charakterze nieodszkodowawczym (np. przymusową realizację roszczenia pierwotnego, wykonanie zastępcze, odstąpienie od umowy). Szczegółowa analiza w tym zakresie przekracza zakres rozprawy, ale wydaje się, że co do realizacji roszczenia pierwotnego oraz wykonania zastępczego odpowiedź powinna być pozytywna, z wyłączeniem jednak wykonania zastępczego, o którym mowa w art. 636 KC⁵⁸². Pamiętać przy tym należy, że rozwiązania prawne rzutujące na efekt stymulacyjny kar umownych uzupełnione zostały o nakaz wprowadzenia do umowy postanowienia o łącznej, maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 pkt 3 Pzp).

⁵⁷⁹ Ibidem, art. 433, pkt II.B.1, *Legalis*.

⁵⁸⁰ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt 11, *Lex*.

⁵⁸¹ Chodzić może o przypadki, w których treść zamówienia nie nakłada na wykonawcę obowiązków zmniejszania skutków takich zdarzeń, lecz z perspektywy realnego wykonania zamówienia są to odmienne obowiązki.

⁵⁸² Stanowiłoby niekonsekwencję w obrębie odpowiedzialności kontraktowej, gdyby wspomniane zachowania wykonawcy nie mogły stanowić podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej, ale mogłyby stanowić podstawę przymusowej realizacji świadczenia *in natura*, wykonania zastępczego, „sankcyjnego” odstąpienia od umowy. Wniosek ten zdaje się również wspierać przywołany wyżej cel regulacji, zob. *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy, Prawo zamówień publicznych...*, op. cit., s. 83.

Kolejna klauzula dotyczy zakazu zastrzegania odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Kwestia ta do pewnego stopnia nie budziła wątpliwości ani w judykaturze SN⁵⁸³, ani w literaturze przedmiotu⁵⁸⁴. Wykładnia językowa art. 433 pkt 3 Pzp wskazuje na zakaz umawiania się na odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności zaistniałe po wierzycielskiej stronie zamówienia. Regulacja ta uzupełnia kodeksowe regulacje o braku odpowiedzialności wykonawcy w zakresie, w jakim poszkodowany zamawiający przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody (art. 362 KC), o braku odpowiedzialności za zwłokę wierzyciela (art. 486 KC). W piśmiennictwie oraz orzecznictwie KIO przepis ten interpretowany jest jednak szerzej. Nie chodzi bowiem jedynie o wyłączenie odpowiedzialności w przypadkach wyłącznej winy zamawiającego, lecz wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za uchybienia zamawiającego w zakresie obowiązków poprzedzających postępowanie o udzielenie zamówienia (np. przygotowanie projektu budowlanego), jak również jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Wykluczone nałożenie na dłużnika obowiązku wykonania na własny koszt i ryzyko prac dodatkowych, ograniczanie uprawnień do żądania wynagrodzenia wskutek nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, ograniczenie lub wyłączenie uprawnień wykonawcy powstałych na skutek takich zdarzeń (np. wygaśnięcie uprawnienia do żądania dodatkowego wynagrodzenia)⁵⁸⁵. Za szerszą interpretacją opowiedziała się KIO, wyrażając zapatrywanie, zgodnie z którym niedopuszczalne jest postanowienie określające wykonawcy nierealny w danych okolicznościach termin na zgłoszenie wad dokumentacji projektowej, którą dostarczał zamawiający oraz utracie prawa do wystąpienia o przedłużenie terminu realizacji umowy z powodu wady dokumentacji projektowej⁵⁸⁶. Za inne okoliczności, z tytułu których wyłączona jest szerzej rozumiana odpowiedzialność dłużnika można uznać naruszenie obowiązku współdziałania, okoliczności zewnętrzne, na które wierzyciel przy dołożeniu należytej staranności mógł mieć wpływ⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Wyrok SN z 27.09.2013 r. I CSK 748/12, OSNC 2014, nr 6, poz. 67.

⁵⁸⁴ Por. P. Konik, *Umowne kształtowanie...*, op. cit., s. 207 i nast. oraz cyt. literatura; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 473, pkt 9, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 473, pkt 4, Legalis.

⁵⁸⁵ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt II.C.2 wraz powołanym tam orzecznictwem, Legalis.

⁵⁸⁶ Wyrok KIO z 19.11.2021 r., KIO 3260/21 www.szukio.pl; odpowiedzialność wykonawcy za dokumentację, którą dostarczył zamawiający przywołana została jako przykład klauzuli abuzywnej w dokumencie UZP *Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji stron umowy*, s. 7, www.uzp.gov.pl, [data dostępu: 14.12.2024].

⁵⁸⁷ Por. P. Konik, *Umowne kształtowanie...*, op. cit., s. 206 i nast.7 oraz powołane piśmiennictwo.

W świetle poczynionych ustaleń, ustawodawca ogranicza prewencyjno-stymulacyjne oddziaływanie określonych konstrukcji prawnych, przyznając ochronę podmiotom mającym w większości przypadków status profesjonalistów. Przywołane unormowania wymagają od zamawiającego postawienia na pierwszym planie świadczenia niepieniężnego oraz racjonalnego, proporcjonalnego, a także efektywnego stosowania rozwiązań prawnych w zakresie terminu wykonania zobowiązania, indeksacji przyczyniającej się do ekwiwalentności świadczeń, stymulacyjno-prewencyjnego oddziaływania instytucji odpowiedzialności kontraktowej.

W dostosowaniu zakresu realnego wykonania do okoliczności realizacyjnych liczy się kilka rozwiązań prawnych, ale jako pierwszą analizie należy poddać opcję. Nie została ona zdefiniowana w ustawie Pzp, ani w kodeksie cywilnym. W doktrynie ścierają się różnie zapatrywania co do rozumienia tej konstrukcji prawnej⁵⁸⁸. Orzecznictwo SN wskazuje na nienazwany charakter tej umowy oraz brak jednolitego charakteru⁵⁸⁹. Postaci opcji są rozmaicie ujmowane: jako ofertowe (silniejsza) lub umowy przedwstępne (słabsza)⁵⁹⁰. Zazwyczaj wskazuje się jednak, że chodzi o postanowienia, na mocy których stronie przysługuje prawo dokonania jednostronnego wyboru pomiędzy możliwościami określonymi w umowie⁵⁹¹. Uprawnienie w tym względzie polega na ukształtowaniu treści zobowiązania wskutek jednostronnego oświadczenia woli kontrahenta⁵⁹².

Na gruncie prawa zamówień publicznych opcja ujmowana może być jako zastrzeżenie umowne w przedmiocie modyfikacji praw i obowiązków związanych z realizacją zamówienia publicznego w razie złożenia oświadczenia woli przez zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności opisanych w klauzuli opcyjnej. Zbliża to opcję do wariantu ofertowego, ograniczonego terminem realizacji umowy o zamówienie publiczne. Do zastrzeżenia opcji zastosowanie znajdują przepisy o czynnościach prawnych, uregulowania o zobowiązaniach, zwłaszcza zasada realnego wykonania. Zgodnie z art. 441 Pzp, zamawiający może skorzystać z opcji, jeśli

⁵⁸⁸ Co do ujęć opcji zob. np. A. Chłopecki, *Opcje i transakcje terminowe. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2001, s. 148–152; M. Gutowski, *Umowa opcji*, Kraków 2003, s. 174-184 oraz 216-221; P. Tereszkievicz, [w:] M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych. System Prawa Handlowego. Tom 4*, Warszawa 2016, s. 783 i nast. wraz z przywołaną tam literaturą; M.J. Golecki, *Charakter prawny opcji w polskim prawie cywilnym: uwagi na tle nowelizacji przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących ofertowego trybu zawierania umów*, „Palestra” 2006, nr 7-8, s. 9-20 oraz cyt. piśmiennictwo; P. Plesiński, *Definicje umowy opcji w piśmiennictwie* [w:] *Umowa opcji call i put w transakcjach fuzji i przejęć*, Warszawa 2024, rozdział I.3.2.Lex.

⁵⁸⁹ Wyrok SN z 5.05.2016 r., II CSK 470/15, OSNC-ZD 2018, nr 1, poz. 9; wyrok SN z 15.12.2017 r., III CSK 321/16, Lex; wyrok SA w Łodzi z 9.04.2018 r., I ACa 1447/17, Lex.

⁵⁹⁰ G. Wiaderek, *Umowa opcyjna – konstrukcja prawna*, „Glosa” 1999, Nr 3, s. 9 i nast.; wyrok SN z 5.05.2016 r., II CSK 470/15, OSNC-ZD 2018, nr 1, poz. 9.

⁵⁹¹ Por. M. Stec, W. Włodyka, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Prywatnego. Tom 5a*, Warszawa 2020, s. 69, Legalis; R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 201.

⁵⁹² M. Stec, W. Włodyka, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 69.

przewidział ją w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Prawo opcji nie może zostać zastrzeżone na rzecz wykonawcy. W zamówieniach publicznych opcji nie domniemuje się⁵⁹³, porozumienie w tym względzie musi przybrać formę pisemną lub elektroniczną. Opcja zależy również od dopełnienia przybliżonych wcześniej reguł opisu przedmiotu zamówienia. Zastosowanie opcji wymaga jednak dopełnienia wymogów właściwych reżimowi modyfikacji umowy. Skuteczność zastrzeżenia prawa opcji zależy od spełnienia trzech przesłanek. Pierwsza polega na określeniu rodzaju i maksymalnej wartości opcji. Zasada proporcjonalności oraz poboczny charakter opcji przemawiają przy tym przeciwko wymiarowi przekraczającemu zobowiązanie podstawowe⁵⁹⁴. Po drugie, postanowienia w sprawie opcji muszą wskazywać okoliczności skorzystania z niej. Odwołanie się do tego elementu w zasadzie wyłącza uzależnienie opcji wyłącznie od woli zamawiającego. Powinny to być okoliczności przynajmniej zobiektywizowane, weryfikowalne, okoliczność stanowić może nadejście pewnego terminu. W praktyce uzależnia się skorzystanie z opcji od uzyskania przez zamawiającego finansowania zamówienia w części zamówienia objętej opcją, a także uzyskania zgód organów nadzorczych lub kontrolnych, aktualizacji budżetów, ukończenia prac przez innych wykonawców. Trzecia przesłanka polega na tym, że postanowienia o opcji nie mogą prowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Chodzi tutaj o zachowanie ogólnego charakteru zamówienia wskutek skorzystania z opcji. Opcja nie może prowadzić do zmiany rodzaju zamówienia (dostawa, usługa, robota budowlana), w zamówieniach mieszanych niedopuszczalna jest zmiana głównego przedmiotu zamówienia, zakaz obejmuje zmianę typu umowy nazwanej (z umowy sprzedaży na umowę dostawy)⁵⁹⁵.

Na gruncie zamówień publicznych zasadniczo przyjmuje się zazwyczaj, że opcja służy zwiększeniu zakresu świadczenia⁵⁹⁶. Modyfikacja zakresu wykonania zamówienia *in natura* nie odbiega w tym względzie od konstrukcji cywilistycznej. Jest to uprawnienie zamawiającego do jednostronnej zmiany zakresu świadczenia, w szczególności

⁵⁹³ Zob. SO w Warszawie wyrok z 11.03.2022 r., XXIII Zs 146/21, Lex.

⁵⁹⁴ Zob. wyrok KIO z 06.09. 2012 r., KIO 1807/12; wyrok KIO z 16.07. 2012 r., KIO 1349/12; wyrok KIO z 16.02. 2011 r., sygn. akt: KIO 225/11, cyt. za A. Elżanowska, *Prawo opcji w zamówieniach publicznych*, DNPzp 2021, nr 5, s. 16.

⁵⁹⁵ Więcej o ogólnym charakterze umowy – rozdział V.5 tegoż opracowania.

⁵⁹⁶ Chodzi o tzw. opcję ilościową. Za dopuszczalną uznać należy tzw. ilościową opcję sankcyjną, polegającą na zmniejszeniu zakresu zamówienia w razie naruszenia zobowiązania. Argumentu *a fortiori* dostarcza w tym względzie regulacja art. 433 pkt 4 Pzp.

zwiększenia⁵⁹⁷, bez zmiany umowy o zamówienie publiczne lub udzielenia odrębnego zamówienia. Najczęściej występująca w praktyce tzw. opcja ilościowa polega na zmianie treści zamówienia publicznego o określoną z góry część zamówionego świadczenia, której wymagalność została uwarunkowana wystąpieniem określonych w umowie okoliczności. Opcja wyraża się w klauzuli uzależniającej wymagalność realnego wykonania części definitywnie zamawianego świadczenia od nieukształtowanych ostatecznie potrzeb zamawiającego⁵⁹⁸. Zakres obowiązku wykonania *in natura* pozostaje pełen, lecz w części objętej opcją jest to obowiązek potencjalny⁵⁹⁹.

Dowolna redukcja przez zamawiającego zakresu obowiązku wykonania *in natura* jest niedopuszczalna. Według art. 433 pkt 4 Pzp zakazane są klauzule uprawniające zamawiającemu do jednostronnej rezygnacji z wykonania *in natura* bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron. Interpretacja tego przepisu nie wzbudza kontrowersji w doktrynie⁶⁰⁰ ani orzecznictwie⁶⁰¹, które akcentują funkcję gwarancyjną. Należy odróżnić to uregulowanie od przewidzianego art. 644 KC prawa do odstąpienia od umowy o dzieło za zapłatą odpowiedniego obliczanego wynagrodzenia oraz od wynikającego z art. 649⁴ §3 KC obowiązku zapłaty odpowiedniego wynagrodzenia w przypadku niewykonania robót budowlanych. Zasadnicza różnica polega na tym, że zamawiający publiczny zasadniczo nie może zwolnić dłużnika z obowiązku świadczenia z utrzymaniem obowiązku płatności ze środków publicznych. W konsekwencji, zamawiający, w granicach swobody umów, zastrzegali kontraktowe uprawnienie do znacznego, a niekiedy nawet całkowitego zredukowania zakresu zamówienia z jednoczesnym wykluczeniem zgłaszania przez wykonawców roszczeń z tego tytułu, w tym żądania zapłaty części roszczeń pierwotnych, pokrycia kosztów lub odszkodowania. Rzutowało to negatywnie nie tylko na zakres obowiązku realnego

⁵⁹⁷ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 441, pkt 1; podobnie J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 441, pkt 2, Lex; E. Wiktorowska wskazuje, iż opcja polega na rozszerzeniu zamówienia: zob. E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 441, pkt 1, Lex; podobnie o poszerzonym zakresie zamówienia wypowiada się M. Zawisza, M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 441, pkt 2, Legalis. SO w Warszawie w wyroku z 11.03.2022 r., XXIII Zs 146/21, Lex odnosił opcję do zwiększenia zakresu zamówienia.

⁵⁹⁸ Tak: R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 33; podobnie J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 441, pkt 4, Lex.

⁵⁹⁹ Co do ujęcia obowiązku potencjalnego zob. K. Świrydowicz, *W sprawie pojęcia obowiązku*, „RPEiS” 1981, Nr 1, s. 93 i nast.

⁶⁰⁰ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt 13, Lex; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt 10, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt 5.

⁶⁰¹ Co do gwarancyjnej funkcji przywołanego uregulowania zob. np. wyrok KIO z 29.01.2024 r., KIO 99/2024, Lex; wyrok KIO z 22.09.2023 r., KIO 2516/2023, Lex; wyrok KIO z 26.11.2021 r., KIO 3233/21, Lex.

wykonania i skorelowany z nim obowiązek zapłaty, lecz mogło również prowadzić do decyzji arbitralnych oraz nadużyć zagrażających konkurencji. Personel zamawiającego mógł bowiem znacznie ograniczać świadczenie wykonawcy, którego udziału w zamówieniu nie preferował celem wszczęcia postępowania na zredukowany zakres i poprawienia stworzenia szansy „odzyskania” zamówienia innemu wykonawcy. Wskutek unormowania art. 433 pkt 4 Pzp obowiązek rzeczywistego wykonania *ab initio* obejmuje pełen zakres skonkretyzowanego świadczenia, który może ulec zmniejszeniu z woli wierzyciela w z góry zapowiedziany sposób. Natura prawna omawianego rozwiązania normatywnego wyraża się jednak nie tyle w zmniejszeniu wymiaru świadczenia niepieniężnego, ile w skorelowanym z tym zredukowaniem wierzytelności pieniężnej wykonawcy.

Z ustawy Pzp wynikają jednak ograniczenia, które nie zostały wprost wskazane w art. 433 pkt 4 Pzp. Mają one znaczenie nie tylko na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w toku którego wykonawcy mogą zwalczać niezgodne z ustawą klauzule redukcyjne, ale również na etapie wykonywania umowy. Może się bowiem okazać, że skorzystanie z klauzuli redukcyjnej prowadziłyby do skutków nieakceptowalnych z perspektywy podstawowych zasad zamówień publicznych. W takim wypadku oświadczenie woli zamawiającego mogłoby nie być skuteczne. Przede wszystkim, redukcja zakresu zamówienia dotyczyć ma wymiaru przedmiotu zamówienia, w związku z czym treść klauzuli musi sprostać wymaganiom związanym z opisem przedmiotu zamówienia, szczególnie w zakresie opisu jasnego i wyczerpującego. Ponieważ złożenie przez zamawiającego oświadczenia woli zmieni treść zobowiązania, to nie sposób pominąć wyroku TSUE z 7.09.2016 r., C-549/14⁶⁰², zgodnie z którym istotne ograniczenie zakresu zamówienia może skutkować tym, że zamówieniem zainteresowałyby się podmioty o innym (mniejszym) potencjalne do jego wykonania. Dodatkowo, wspólnym elementem modyfikacji umowy o zamówienie publiczne oraz zastosowania opcji jest zakaz zmiany ogólnego charakteru umowy (art. 455 ust. 1 pkt 1 c i ust. 2 oraz art. 441 ust. 1 pkt 3 Pzp). Nie bez znaczenia jest, że zastosowanie opcji, jak i częściowego odstąpienia od umowy wskutek odpadnięcia interesu publicznego realizuje się – *verba legis* – w związku z pewnymi „okolicznościami”. W efekcie przyjąć należy, że zmniejszenie zakresu obowiązku wykonania *in natura* nie może modyfikować ogólnego charakteru zamówienia publicznego, w szczególności przekształcenia go w

⁶⁰² EU: C: 2016:634.

obowiązek o odmiennym charakterze jurydycznym. Przykładowo, poprzez wyłączenie dostawy spod zakresu zamówienia mieszanego, w wyniku czego roszczenie pierwotne zredukowałoby się do świadczenia usług na warunkach zlecenia (art. 750 KC)⁶⁰³. Dodatkowo, jak się wydaje, zamawiający powinien wskazać okoliczności, w których może skorzystać z uprawnienia do redukcji obowiązku realnego wykonania. Co więcej, wydaje się, że klauzule redukcyjne nie mogą wchodzić w grę w sytuacjach prawnych, w których za zmniejszeniem zamówienia przemawiałoby odpadnięcie interesu publicznego wskutek nieprzewidzianych okoliczności, gdyż tym ostatnim przypadkom poświęcona jest regulacja art. 456 ust. 1 Pzp. Przedstawiona regulacja zwiększa niewzruszoność oraz tożsamość świadczenia *in natura* w sposób większy niż unormowania kodeksowe.

Doniosłe znaczenie dla realnego wykonania zamówienia ma udzielenie zamówienia w częściach. Każdy podejmuje się wykonać tyle, ile może, a to sprzyja realnemu wykonaniu. Zgodnie z art. 91 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia. W razie skorzystania z tej kompetencji, poszczególne części zamówienia stają się zamówieniami odrębnie kontraktowanymi i wykonywanymi, które łączy jedynie ogólny przedmiot oraz wszczęcie i przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia⁶⁰⁴.

Konstrukcja prawna zamówienia udzielanego w częściach nie stanowiła przedmiotu pogłębionych analiz doktryny. Możliwe są przynajmniej dwa podejścia interpretacyjne. Pierwsze polega na przyjęciu istnienia jednego obowiązku wykonania *in natura*, który prowadzi do zaspokojenia jednego interesu zamawiającego, obejmującego całość zamówienia publicznego. Wspomniany obowiązek, po stronie dłużniczej złożony byłby z częściowych obowiązków realnego wykonania. Według drugiego podejścia interpretacyjnego chodziłoby natomiast o zwielokrotnienie indywidualnych obowiązków realnego wykonania, których łączne dopełnienie doprowadziłoby, poprzez zaspokojenie wierzycielskich interesów częściowych, do pełnego zaspokojenia interesu zamówienia „całościowym” zamówieniem. Ze względu na samodzielność materialnoprawną oraz realizacyjną części zamówienia, należy się opowiedzieć za wariantem drugim.

⁶⁰³ Wydaje się, że klauzula redukcyjna nie może przyznawać zamawiającemu dyskrecjonalności w zakresie zmniejszenia świadczenia wykonawcy bez względu na okoliczności. Nie muszą one podane zostać w treści klauzuli, ale zamawiający obowiązany jest korzystać z niej w przypadkach uzasadnionych.

⁶⁰⁴ Wyrok KIO z 2.06.2023 r., KIO 1388/23, Lex; podobnie M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 91, pkt 1-3, Lex.

Poszczególne umowy cząstkowe składają się w samodzielne, ale funkcjonalnie powiązane elementy struktury prawnej realizacji całego zamówienia, których dopiero łączne i rzeczywiste wykonanie doprowadzi do pełnego zaspokojenia interesu wierzyciela. W ramach każdej części zamówienia dostrzegalny jest osobny interes wierzyciela, za zaspokojenie którego odpowiadają dłużnicy. Dostrzegalny jest jednak interes całościowy, skupiający w sobie wykonania *in natura* wszystkich części zamówienia. Jego pełne zrealizowanie nie jest jednak objęte obowiązkiem pierwotnym żadnego z wykonawców. Wykonawcy nie ponoszą też w tym zakresie odpowiedzialności solidarnej.

Wiadomym jest, że zamawiający może udzielić zamówienia na wykonanie każdego fragmentu w ramach odrębnych postępowań albo przygotować i przeprowadzić jedno postępowanie, w którym dopuści możliwość składania ofert częściowych. W tym drugim przypadku konieczne jest określenie przez zamawiającego zakresu i przedmiotu części zamówienia oraz wskazanie, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części. Wielkość i przedmiot poszczególnych fragmentów zamówienia mogą być określane przez zamawiającego w sposób dowolny. Kryteria podziału mogą cechować się naturą lokalizacyjną (np. podział zamówienia na zimowe utrzymanie dróg na poszczególne odcinki dróg), temporalną (np. podział dostaw na partie produktów dostarczanych w różnych terminach), ilościową (np. podział dostaw na partie produktów dostarczanych w określonych terminach), rodzajową (np. podział zamówienia na dostawy artykułów biurowych na poszczególne grupy artykułów), cech dłużnika (np. podział zamówienia na obsługę prawną z zakresu zamówień publicznych, prawa spółek, prawa pracy itd.)⁶⁰⁵, możliwe są również kryteria podziału mieszane.

Zasada realnego wykonania zamówienia *in natura* znajduje się w centralnym punkcie z kilku względów. Po pierwsze, zawarcie umowy w odniesieniu do części zamówienia umożliwia zaspokojenie pełnego interesu zamawiającego poprzez realizację odcinkową, redukując ryzyko naruszania zobowiązania wskutek nadmiernego rozmiaru lub kumulacji obowiązków realizacyjnych. Nie składa się kwestii zaspokojenia potrzeb publicznych w ręce jednego wykonawcy⁶⁰⁶. Zwiększenie kręgu potencjalnych wykonawców może pozytywnie oddziaływać na efektywność zamówienia w aspekcie

⁶⁰⁵ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 91, pkt 1; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 91, pkt 2, Lex.

⁶⁰⁶ E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 91, pkt 2, Lex; na kwestię dywersyfikacji ryzyka realizacyjnego zwraca uwagę M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 91, pkt 3, Lex.

cenowym. Element ten można uznać za czynnik wzmacniający realne wykonanie zamówienia. Ponadto, podział zamówienia na części nie może wpływać negatywnie na wykonanie *in natura*. Wprawdzie decyzja w tym względzie należy do zamawiającego⁶⁰⁷, który w razie nieskorzystania z kompetencji obowiązany jest podać w dokumentach zamówienia jedynie powody swojego stanowiska, lecz wykonawcy nie mają roszczenia o podzielenie zamówienia⁶⁰⁸. Na niekorzyść fragmentacji zamówienia obejmującego nawet podzielny przedmiot przemawiać mogą względy techniczne, organizacyjne, ekonomiczne lub celowościowe⁶⁰⁹, w szczególności trudności w koordynacji wykonywania różnych części, zagrożenie dla właściwego dotrzymania umowy lub mniej korzystne zaspokojenie interesu zamawiającego (motyw 78 dyrektywy 2014/24)⁶¹⁰.

5. Ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia

Konstrukcja prawna stosunku zabezpieczającego ma naturę obligacyjną oraz charakter akcesoryjny. Każde zabezpieczenie powstaje z odrębnej czynności prawnej. Wprawdzie źródłem zabezpieczenia jest autonomiczny stosunek obligacyjny, jednak zostaje sprzężony z zamówieniem publicznym w ten sposób, że gdy upada umowa podstawowa, to wygasa zabezpieczenie.⁶¹¹ Zabezpiecza się ściągalność roszczeń przysługujących zamawiającemu, zasadniczo nie przewiduje się zabezpieczenia ukierunkowanego odwrotnie, na zabezpieczenie należności wykonawcy, z wyjątkiem gwarancji zapłaty i to pod warunkiem, że inwestorem nie jest Skarb Państwa (art. 649¹ KC). Nieuchronność zaspokojenia roszczeń z pominięciem ingerencji sądowej skłania wykonawców do właściwego wykonania *in natura* w obawie przed samowykonaniem zabezpieczenia przez zamawiającego. Ze względu na zasadę efektywności zamówień, zamawiający niemal w każdym przypadku powinien wymagać zabezpieczenia. Wykładnia systemowa (art. 134 ust. 2 pkt 5 Pzp) oraz dopuszczalność wyboru innej oferty

⁶⁰⁷ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 91, pkt 4, Lex; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 91, pkt 5, Lex; wyrok KIO z 5.04.2022 r., KIO 685/22, Lex; uchwała KIO z 16.03.2022 r., KIO/KD 12/22, Legalis; wyrok KIO z 31.01.2024 r., KIO 77/2024, Lex.

⁶⁰⁸ Odmienne: D. Grześkowiak-Stojek, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 91, pkt 5, Legalis.

⁶⁰⁹ Wyrok KIO z 07.12.2022 r., sygn. akt: KIO 3128/22, Legalis.

⁶¹⁰ W tym zakresie, zamawiający nie jest zobowiązany przedkładać dalszego, ogólnego celu zamówienia publicznego i dalszego interesu publicznego związanego z udziałem małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych nad bezpośrednim celem zamówienia publicznego i związanym z nim interesem zamawiającego.

⁶¹¹ Por. R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 128 i nast.; tenże, *Zmiany dotyczące umów. Część druga*, „ZP Doradca” 2019, Nr 11, str. 12 i nast.; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 449, pkt 1, Lex.

w razie uchylania się wykonawcy od wniesienia zabezpieczenia wskazują na proceduralną naturę obowiązków w tym zakresie⁶¹². Umowa o zamówienie publiczne nie wywołuje pełnych skutków prawnych do czasu wniesienia wymaganego zabezpieczenia⁶¹³. Odstąpienie od wymogów w tym względzie pozostaje niedopuszczalne, a regulacja o zmianach umowy o zamówienie publiczne nie może znaleźć zastosowania nawet *per analogiam* z uwagi na brak luki prawnej. Poszczególne kategorie zabezpieczenia odnoszą się do wszelkich roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Oprócz roszczeń odszkodowawczych, ustanowienie zabezpieczenia obejmuje kary umowne, pokrycie kosztów wykonania zastępczego, zwrot ceny lub jej części z tytułu rękojmi, roszczenia z tytułu całkowitej lub częściowej niemożliwości świadczenia lub zwłoki i inne. Pokrycie wyrażonych w pieniądzu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego następuje w wykonaniu bezpośrednich stosunków zabezpieczających. Wyrażona art. 451 ust. 3 Pzp zasada ciągłości zabezpieczenia dotyczy bezpośrednich stosunków zabezpieczających, raz zaktualizowany obowiązek ramowy utrzymuje się aż do wykonania zamówienia (art. 453 Pzp).

Zabezpieczenie dotrzymania zamówienia nie stanowi nowości w polskim prawie zamówień publicznych. Już przepisy przedwojenne przewidywały powinność jego ustanowienia. W pierwszej kolejności należało ustalić w warunkach przetargu wysokość oraz sposób zabezpieczenia, a następnie określić skutki uchylenia się od tej powinności. Zasadniczo, zaniedbanie ustanowienia zabezpieczenia prowadziło do rozwiązania obligu z udziałem niesumiennej oferty oraz skutkowało utratą wadium. Wreszcie, zgodnie z powołanymi unormowaniami umowa powinna określać sposób i wysokość zabezpieczenia wykonania, które powinno zostać złożone jeszcze przed jej podpisaniem (§21 ust. 7, art. 40 ust. 1 pkt 8 oraz ust. 4 rozp. RM 1937).

Podstawowa funkcja ściągłości roszczeń to funkcja stymulacyjna, która wynika wprost z natury prawnej zabezpieczenia. Stąd wyraźnie przywołuje ją art. 449 ust. 2 Pzp, ponieważ wzmacnia pozycję wierzyciela⁶¹⁴. Zabezpieczenie pełni też funkcję

⁶¹² Tak R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 129; podobnie J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 449 pkt 1, Lex, który wskazuje, że postanowienie w tym zakresie nie stanowi elementu umowy o zamówienie publiczne; na samoistność, a przy tym akcesoryjność zabezpieczenia wskazuje również A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 449, pkt 1, Lex.

⁶¹³ R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 128. Odmienna ocena dotyczyłaby sytuacji zgody zamawiającego na wniesienie zabezpieczenia w okresie wykonywania zamówienia.

⁶¹⁴ R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 121; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 449, pkt 1, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo*

symplicacyjną oraz gwarancyjną w odniesieniu skutecznego zaspokajania roszczeń. Spełnienie świadczenia niepieniężnego łączy się zazwyczaj z większą liczbą ryzyk prawnych i faktycznych niż zapłata ze strony dłużnika o publicznoprawnym statusie. Interes pieniężny wykonawcy zabezpieczony zostaje przez mechanizmy obligatoryjnego planowania zamówień publicznych, zapobiegania powstawaniu odsetek w sferze finansów publicznych, niewielkim zagrożeniem upadłością zamawiającego publicznego. Z zasady zabezpieczenie ma charakter finansowy⁶¹⁵, co narzuca potrzebę przekształcenia roszczeń niepieniężnych w pieniężne. W szczególności, w oparciu o upoważnienie umowne zamawiający może świadczenie niepieniężne (np. „naprawcze” z tytułu rękojmi) wycenić według kosztów rzeczywistych albo według cen rynkowych analogicznie jak przy wykonaniu zastępczym.

Powinność ustanowienia zabezpieczenia ma obecnie charakter fakultatywny, choć formy i wysokość zabezpieczenia zostały określone normatywnie. W sytuacjach typowych wysokość może opiewać do pięciu procent ceny całkowitej lub maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego. W przypadkach uzasadnionych zamawiający może jednak z góry zwiększyć pułap zabezpieczenia do dziesięciu procent ceny maksymalnej lub wartości nominalnej zobowiązania wierzyciela (art. 452 ust. 1–3 Pzp). Uzasadnione przypadki mogą wystąpić przez wzgląd na przedmiot zamówienia lub jakieś konkretne ryzyko realizacyjne. Okoliczności te zamawiający obowiązany jest ujawnić w dokumentach zamówienia (art. 452 ust. 3 Pzp). Rozważając tę kwestię zamawiający obowiązany jest uwzględnić w szczególności przewidywane ryzyko naruszenia zobowiązania, prawdopodobny rozmiar i skutki zaistniałych nieprawidłowości, jak również cel zamówienia publicznego, w szczególności wagę użytecznego elementu w otrzymaniu świadczenia. Stosunek ramowy oraz stosunki zabezpieczenia bezpośrednie mają charakter stały, temporalnie wykraczają poza obowiązek realnego wykonania zamówienia. Reguła ciągłości zabezpieczenia stanowi strukturę odrębną, dotyczy przede wszystkim modyfikacji w płaszczyźnie bezpośrednich stosunków zabezpieczających (art. 451 ust. 3 Pzp)⁶¹⁶. Zamawiający obowiązany jest

zamówień..., op. cit., art. 449, pkt 1, którzy zwracają uwagę na dyscyplinowanie wykonawcy; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 449, pkt 1, Legalis.

⁶¹⁵ R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 127; nieco odmiennie: J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 449, pkt 6, Lex, który stwierdza „pieniężny” charakter zabezpieczenia; autor ten nie trafnie dopuszcza wnoszenie innych form zabezpieczenia, np. w ramach kryteriów oceny ofert; na zamknięty katalog form zabezpieczenia wskazuje A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 2, Lex.

⁶¹⁶ R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 126; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 451, pkt 3, Lex; A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 451, pkt 2, Lex; H.

zwrócić właściwemu wykonawcy ustanowione zabezpieczenie w terminie 30 dni od wykonania zamówienia (poświadczonego stosownym pokwitowaniem). Jedyne tytułem rękojmi, co w istocie oznacza naprawienie świadczenia, zamawiający może pozostawić kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia (art. 453 ust. 1–2 Pzp)⁶¹⁷. W tym przypadku zabezpieczenie zwracane jest w terminie 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji jakości (art. 453 ust. 3 Pzp).

Formy zabezpieczenia ściągłości roszczeń są zróżnicowane. Ustawa podaje aż osiem form (konstrukcji), od najmniej złożonej (kaucji) do bardziej skomplikowanych (np. zastaw rejestrowy). Zamawiający nie może narzucić żadnej z nich. Jednak wybór spośród pięciu z nich należy do wykonawcy, natomiast do trzech pozostałych wymagana jest zgoda zamawiającego (art. 450 ust. 1 i 2 Pzp). Zamawiający nie może przy tym wyrazić zgody na zabezpieczenie, które istotnie niedomagałoby w aspekcie funkcji sygnalizacyjnej oraz prewencyjno-stymulacyjnej. Wydaje się, że punkt wyjścia stanowić powinna łatwość zabezpieczenia cechująca formy podstawowe. Każda z dopuszczalnych postaci stanowi inną czynność zabezpieczającą, która podlega realizacji na gruncie przepisów odrębnych. Szczegółowa analiza przekracza zakres opracowania, toteż można poczynić ustalenia podstawowe.

Główne formy zabezpieczenia wykonania zamówienia opierają się o konstrukcje stosowane często w praktyce gospodarczej. Treść SWZ w tym zakresie stanowi jedynie wskazanie dla wykonawcy co do konkretnych relacji prawnych ochraniających realne wykonanie. Z perspektywy zamawiającego stanowią natomiast zobowiązanie do akceptacji stosunków zabezpieczających wedle wyboru wykonawcy, jeżeli tylko zostaną spełnione wymagania wierzycielskie postawione z góry. Pięć ustawowo dopuszczalnych relacji prawnych obejmuje: kaucję, poręczenie bankowe lub poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancję bankową, gwarancję ubezpieczeniową, poręczenie udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tzw. fundusze poręczeniowe)⁶¹⁸. Ich szczegółowe omówienie przekracza zakres opracowania, toteż poniżej ujęte zostaną jedynie elementy doniosłe dla analizowanej zasady.

Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 451; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 451, pkt 5, Legalis.

⁶¹⁷ W przypadku niekaucyjnych form zabezpieczenia chodzi o utrzymanie 30% wartości, na którą opiewa dany instrument zabezpieczający.

⁶¹⁸ To podmioty, którym Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości udzieliła pomocy finansowej przeznaczonej na powiększenie wyodrębnionego księgowo funduszu (tzw. funduszu poręczeniowego), z którego ten podmiot udziela poręczeń lub gwarancji spłaty kredytów albo pożyczek. Udzielenie zabezpieczenia następuje poprzez umowę

Zabezpieczenie w pieniądzu to kaucja zabezpieczająca, umożliwiająca bezpośrednie zaspokojenie zamawiającego poprzez potrącenie. Stanowi umowę kauzalną, nienazwaną, prowadzącą do nawiązania fiducyjnego stosunku prawnego na linii zamawiający-wykonawca, który przenosi do majątku zamawiającego własność sumy pieniężnej wynikającej z warunków zamówienia celem zabezpieczenia określonych roszczeń (*causa cavendi*), a zamawiający zobowiązuje się do zwrotu przedmiotu kaucji w całości, jeżeli stosunek prawny zamówienia publicznego zostanie prawidłowo wykonany⁶¹⁹. Należy ją odróżniać od zabezpieczenia w formie zatrzymania wynagrodzenia wykonawcy, który godzi się na wypłacenie tej jego części w innym terminie, a także na to, żeby wierzyciel przeznaczał je na pokrycie wierzytelności z tytułu nienależytego wykonania umowy⁶²⁰. Kaucję wpłacić należy na rachunek wskazany przez zamawiającego (art. 450 ust. 3 Pzp), a zamawiający, jako posiadacz rachunku co do zasady może swobodnie dysponować środkami pieniężnymi zgromadzonymi na rachunku (art. 50 ust. 2 Pr. bank). W zamówieniach o okresie realizacji dłuższym niż rok, zabezpieczenie – za odrębną zgodą zamawiającego – tworzone być może wskutek potrąceń z wynagrodzenia wykonawcy należnego z tytułu częściowego wykonania zamówienia (art. 452 ust. 4 Pzp), co stanowi szczególny sposób tworzenia kaucji gwarancyjnej, odmienny od zatrzymania części wynagrodzenia wykonawcy. W takim wypadku, w dniu zawarcia umowy wykonawca zobowiązany jest ustanowić zabezpieczenia na co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia. Wobec kaucji zamawiający-fiducjant dysponuje uprawnieniami właścicielskimi o charakterze powierniczym⁶²¹, a co za tym idzie wiąże go zakaz czynienia czegokolwiek, co utrudniałoby jej zwrot. Kaucja powinna być przechowywana na oprocentowanym rachunku bankowym, podlega zwrotowi wraz z oprocentowaniem, pomniejszonym o koszty prowadzenia rachunku i prowizji bankowej za jej rozliczenie (art. 450 ust. 5 Pzp).

poręczenia z zamawiającym – J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 2, Lex.

⁶¹⁹ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 133; odmiennie: P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 6, Legalis; co do kaucji gwarancyjnej zob. wyrok SN z 20.09.2024 r., II CSKP 1384/22, Lex; wyrok SN z 17.12.2015 r., I CSK 1005/14, Lex; wyrok SA w Warszawie z 3.06.2016 r., I ACa 902/15, Lex; wyrok SA we Wrocławiu z 20.08.2021 r., I AGa 161/21, Lex.

⁶²⁰ Wyrok SN z 20.09.2024 r., II CSKP 1384/22, Lex; wyrok SA w Łodzi z 21.07.2021 r., I AGa 36/21, Lex. Za kaucję tak wnoszone zabezpieczenie uznaje P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 6, Legalis nie trafnie wskazując, że potrącenie, o którym mowa w tym przepisie oznacza „zatrzymanie”.

⁶²¹ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 128; podobnie A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 5, Lex; U. Walasek-Walczak, *Realizacja uprawnień wynikających z rękojmi za wady fizyczne dzieła budowlanego z przedmiotu zabezpieczenia rzeczowego*, „PZP. Kwartalnik” 2010, Nr 4, str. 14 i nast.; zob. postanowienie SN z 6.11.2015 r., V Kk 304/15, Lex; odmiennie: J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 2, Lex, który wskazuje na roszczenia o zatrzymanie środków.

Pozostałe formy podstawowe mają charakter pośredni, uzasadniają bowiem pokrycie roszczeń zamawiającego względem wykonawcy przez osoby trzecie względem obowiązku realnego wykonania zamówienia. Zauważalne jest oparcie się przez ustawodawcę zasadniczo na konstrukcjach zarówno o charakterze akcesoryjnym, jak i nieakcesoryjnym, czyli poręczeniu oraz gwarancji. Wspólny mianownik stanowią kwalifikowane cechy dłużnika w stosunku zabezpieczenia, co wzmacnia funkcję stymulacyjno-prewencyjną. Każda z tych form musi spełniać funkcje w sposób jak najbardziej zbliżony do kaucji. Rzecz jasna, poręczenie stanowi stosunek nawiązany na mocy umowy między zamawiającym a kwalifikowanym poręczycielem, na mocy której poręczyciel zobowiązuje się względem zamawiającego wykonać zobowiązanie, na wypadek gdyby dłużnik główny zobowiązania nie wykonał (art. 876 KC)⁶²². Zarówno poręczenie udzielane przez bank, jak i przez SKOK ma charakter pieniężny (art. 84 Pr. bank. oraz art. 450 ust. 1 pkt 2 Pzp). Poręczenie musi określać granice kwotowe i temporalne zobowiązania poręczyciela. Jeżeli udzielane jest przez bank, to stanowi czynność bankową (art. 5 ust. 2 pkt 8 Pr. bank.). Natomiast gwarancje zabezpieczające wykonanie zamówienia *in natura*⁶²³ to zasadniczo umowy jednostronnie zobowiązujące, na mocy których gwarant zobowiązuje się względem zamawiającego zapłacić oznaczoną sumę pieniężną w razie zaistnienia podstaw objętych treścią gwarancji⁶²⁴. Gwarancja bankowa stanowi czynność bankową, polegającą na przyrzeczeniu banku-gwaranta, że po spełnieniu przez uprawnionego beneficjenta określonych w gwarancji warunków zapłaty, ów bank wykona określone świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku⁶²⁵. Natomiast, gwarancja ubezpieczeniowa pozostaje umową nienazwaną, kwalifikowaną podmiotowo (zakład ubezpieczeń). Piśmiennictwo⁶²⁶ oraz judykatura⁶²⁷ przeważnie kwalifikuje ją jako

⁶²² R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 128; więcej co do poręczenia zob. Z. Radwański, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 8*, Warszawa 2011, s. 555 i nast.; R. Trzaskowski, *Poręczenie. Analiza instytucji i perspektywa kodyfikacyjna*, Warszawa 2012, rozdział II; III§4, Legalis; L. Ogiełto, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 876 i nast., Legalis.

⁶²³ W zakresie gwarancji bankowej a ubezpieczeniowej zob. np. M. Orlicki, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Prywatnego. Tom 5b*, Warszawa 2020, s. 999-1000 wraz z cyt. literaturą i orzecznictwem, Legalis.

⁶²⁴ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 135.

⁶²⁵ Ibidem; obszernie co do gwarancji bankowych zob. G. Tracz, *Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej*, Kraków 1998; Ł. Przyborowski, *Roszczenia zwrotne na skutek uprawnionej realizacji gwarancji na pierwsze żądanie*, „MoPBANK” 2020, Nr 11; tenże, *Nieuprawnione skorzystanie z gwarancji na pierwsze żądanie a rozliczenia zwrotne stron*, „MoPBANK” 2021, Nr 1.

⁶²⁶ M. Orlicki, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 995, Legalis; M. Bączyk, *Wadialna gwarancja ubezpieczeniowa na zlecenie jednego z konsorcjantów. Glosa do wyroku SN z dnia 15 lutego 2018 r.*, IV CSK 86/17, „Glosa” 2019, Nr 4, s. 63-69, Lex.

⁶²⁷ Wyrok SN z 15.02.2018 r., IV CSK 86/17, Lex z glosami: M. Bączyka, *Wadialna gwarancja...*, op. cit., s. 63-69, Lex; M. Sieradzkiej, *Gwarancja wadialna może obejmować tylko jednego członka konsorcjum. Glosa do wyroku SN z dnia 15 lutego 2018 r.*, sygn. IV CSK 86/17, Lex.

jednostronne zobowiązanie ubezpieczyciela/gwaranta, że po ziszczeniu się warunków określonych w treści zobowiązania, gwaranta/ubezpieczyciel spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta”. W praktyce, wymagania dotyczące gwarancji bankowych wytyczają zazwyczaj wymagania zamawiających w zakresie gwarancji ubezpieczeniowych. Nawiązanie bezpośredniego stosunku zabezpieczającego następuje w wskutek wystawienia przez gwaranta dokumentu gwarancji, którego następce przyjęcie (nawet dorozumiane) przez zamawiającego prowadzi do zawarcia umowy gwarancyjnej. W praktyce, zazwyczaj wymaga się gwarancji bezwarunkowych, nieakcesoryjnych, płatnych na pierwsze pisemne żądanie, w których gwarant nie może podnosić zarzutów ze stosunku zamówienia publicznego. Tak ukształtowane stosunki gwarancji dosyć silnie zbliżają się do kaucji w aspekcie funkcji symplifikacyjnej oraz prewencyjno-stymulującej.

Zobowiązania zabezpieczające wymagające dodatkowej zgody zamawiającego obejmują trzy konstrukcje prawne: weksel z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, zastaw na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego, zastaw rejestrowy ustanowiony na zasadach określonych w ustawie o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów. Zgodę na korzystanie z tych postaci zabezpieczenia zapowiedzieć należy z góry w warunkach zamówienia⁶²⁸, przy czym, jak się zdaje, wymóg ten nie dotyczy ustanowienia zastawu rejestrowego z uwagi na niemożność zdeterminowania przez zamawiającego w sposób wyczerpujący przedmiotu zastawu rejestrowego spośród szerokiego katalogu ustawowego (art. 7 u.z.r.).

Weksel *in blanco* poręczony przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-pożyczkową stanowi papier wartościowy, wystawiony według prawa wekslowego, który obejmuje zobowiązanie do zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej po okazaniu dokumentu. Zapłata może nastąpić po uzupełnieniu przez zamawiającego w zakresie brakujących elementów, zwłaszcza poprzez oznaczenie sumy wekslowej⁶²⁹. Funkcja gwarancyjna

⁶²⁸ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 3, Legalis; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 3, Lex.

⁶²⁹ Tak: R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 138 i nast., A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 10, Lex; A. Gawrońska-Baran, *Zabezpieczenie weksłowe należytego wykonania umowy*, „PZP. Kwartalnik” 2023, nr 4, s. 89 i nast.; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 7.1; odmiennie: J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 3, Lex, który dopuszcza jedynie weksel zupełny. Mając na względzie abstrakcyjny charakter weksla wydaje się, że wymaganie weksla zupełnego stanowi nadmierne obostrzenie i koliduje z zasadą proporcjonalności. Więcej o istocie zobowiązania wekslowego, w tym funkcjach gwarancyjnych zob. M. H. Koziński, J. Dybiński, [w:] A. Szumański (red.), *Prawo papierów wartościowych. System Prawa Prywatnego. Tom 18*, Warszawa 2016, s. 198 -210, 212-223; M. Czeplak, [w:] M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych. System Prawa Handlowego. Tom 4*, Warszawa 2016, s. 128 i

zobowiązania wekslowego realizuje się m.in. przez surowszy reżim odpowiedzialności dłużników wekslowych. Dochodzenie roszczeń z weksla pozostaje również łatwiejsze i szybsze niż innych roszczeń obligacyjnych, wekslem może zostać zabezpieczone zobowiązanie, które ma powstać w przyszłości.⁶³⁰ Wekslowi *in blanco* zazwyczaj towarzyszy tzw. deklaracja wekslowa, określająca warunki jego wypełnienia. Nie stanowi ona jednak przesłanki ważności weksla. W reżimie zamówień publicznych, zabezpieczenie roszczeń zamawiającego obostrzone zostaje wymogiem, aby avalistą weksla został bank lub SKOK. Umacnia się w ten sposób możliwość rzeczywistego zaspokojenia roszczeń zamawiającego poprzez zaciągnięcie zobowiązania przez podmiot, którego zobowiązanie do utrzymywania stabilnej sytuacji ekonomicznej monitorowane jest przez organy regulacyjne. Poręczający bank lub SKOK odpowiadają solidarnie wraz z dłużnikiem wekslowym, za którego poręczono (art. 32 Pr. weksl.). W efekcie, oddziaływanie prewencyjno-stymulacyjne ulega wzmocnieniu.

Kolejne, zastawnicze rozwiązania zabezpieczające przybierają postać złożoną. Pierwsze z nich obejmuje skarbowe oraz komunalne papiery wartościowe (art. 450 ust. 2 pkt 2 Pzp). Przywołane rozwiązanie polega na zabezpieczającym obciążeniu prawa inkorporowanego w skarbowym lub komunalnym papierze wartościowym uprawnieniem, na mocy którego zamawiający-zastawnik może dochodzić zaspokojenia z obciążonego prawa bez względu na to komu ono przysługuje oraz z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi uprawnionego z papieru wartościowego⁶³¹. Ustanowienie zastawu wymaga umowy pomiędzy właścicielem obciążonych papierów (zastawcą) a zamawiającym (zastawnikiem). Jest to zastaw na prawach (art. 327 i nast. KC), do którego w zakresie nieuregulowanym zastosowanie znajdują przepisy o zastawie zwykłym na ruchomości (art. 306 KC)⁶³². Brak przeszkód, żeby zastawcą zostawał wykonawca, członek konsorcjum, osoba trzecia (np. spółka z grupy kapitałowej wykonawcy działająca na jego zlecenie). Wymaga się, żeby przedmiotem zabezpieczenia

nast.; M. Czarnecki, L. Bagińska, *Prawo wekslowe. Komentarz*, [w:] *Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 101, Legalis [data dostępu: 10.12.2024].

⁶³⁰ M. H. Koziański, J. Dybiński, [w:] A. Szumański (red.), *Prawo papierów...*, op. cit., s. 214; M. Czeplak, [w:] M. Stec (red.), *Prawo instrumentów...*, op. cit., s. 130; M. Czarnecki, L. Bagińska, *Prawo wekslowe. Komentarz*, [w:] *Prawo wekslowe...*, op. cit., art. 101, pkt II. 5, Legalis.

⁶³¹ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 137; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 3, Lex; podobnie H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 7.2.

⁶³² Zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 137 wraz z cytowaną tam literaturą; M. Nyc-Zimny, *Elektronizacja czynności zabezpieczających – zastaw na papierach wartościowych*, „PZP. Kwartalnik” 2019, Nr 3, s. 52 wraz z przywołanym piśmiennictwem; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 3, Lex; A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 11, Lex.

zostawały wyłącznie papiery wartościowe emitowane przez podmioty o znacznym majątku oraz szczególnie utrwalonymi statusie prawnym, w tym niedopuszczalnością ogłoszenia opadłości (art. 6 pkt 1 i 2 Pr. up.). Regułą pozostaje, że zaspokojenie wierzytelności zamawiającego z tytułu naruszenia zamówienia następuje w drodze sądowego postępowania egzekucyjnego. A co za tym idzie, niezbędne jest uzyskanie przez zamawiającego tytułu egzekucyjnego przeciwko wykonawcy (art. 777 KPC), a następnie zaopatrzenie w klauzulę wykonalności, po czym dochodzi do sprzedaży przedmiotu zastawu, na koniec zamawiający uczestniczy w podziale sumy uzyskanej z egzekucji (art. 1025 §1 pkt 5, art. 1033-1034 KPC).

Odrębną konstrukcję stanowi zastaw rejestrowy. W świetle zasady efektywności oraz dla zachowania efektu stymulacyjno-prewencyjnego bezpośredniego stosunku zabezpieczenia, zasadność wyrażenia przez zamawiającego zgody w tym względzie powinna być *in casu* uzależniona od sprawnego nawiązania stosunku zastawu rejestrowego o odpowiednim przedmiocie oraz potencjału do szybkiego zaspokojenia wierzytelności z przedmiotu zastawu. Jak wiadomo, ustanowienie tego zastawu wymaga umowy pisemnej pod rygorem nieważności między zastawcą⁶³³, dokonującym obciążenia zastawianego przedmiotu w celu zabezpieczenia oznaczonej wierzytelności pieniężnej (także przyszłej lub warunkowej) a zamawiającym-zastawnikiem jako wierzycielem oraz wpisanie zastawu rejestrowego do rejestru zastawów (art. 2 ust. 1 u.z.r.)⁶³⁴. W efekcie, strony zamówienia publicznego w pewnym stopniu uzależnione zostaną od sprawności postępowania nieprocesowego. Przedmiot zastawu rzutuje na realizację funkcji stymulacyjno-prewencyjnej oraz symplifikacyjnej. W myśl art. 7 ust. 1 u.z.r. zastaw ten obejmować może rzeczy ruchome i zbywalne prawa majątkowe z wyłączeniem: praw mogących być objętych hipoteką, wierzytelności, na których ustanowiono hipotekę, statków morskich i statków w budowie, które mogą zostać objęte hipoteką morską. Poza wskazanymi wyłączeniami, katalog przedmiotów zastawu rejestrowego pozostaje w zasadzie nieograniczony, obejmując w szczególności: rzeczy oznaczone co do tożsamości, rzeczy gatunkowe, jeżeli w umowie zastawniczej zostaną zidentyfikowane oraz zostanie ustalony sposób wyodrębnienia od innych rzeczy, zbiory rzeczy lub praw, które stanowią całość gospodarczą, wierzytelności, prawa na dobrach

⁶³³ Nie ma przeszkód prawnych, żeby zastawcą był wykonawca, członek konsorcjum, osoba trzecia (np. spółka z grupy kapitałowej wykonawcy).

⁶³⁴ Więcej o zastawie rejestrowym zob. J. Gołaczyński, [w:] E. Gniewek (red.), *Prawo rzeczowe. System Prawa Prywatnego. Tom 4*, Warszawa 2021, s. 369 i nast.; J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego. Tom 5*, Warszawa 2017, s. 305 i nast. wraz z cyt. tam literaturą.

niematerialnych, prawa z papierów wartościowych (art. 7 ust. 2 u.z.r.). Jeżeli przedmiot zastawu dopiero zostanie nabyty przez zastawcę, to obciążenie zastawem rejestrowym staje się skuteczne z chwilą jego nabycia (art. 7 ust. 3 u.z.r.). Za dopuszczalny uznaje się zastaw na papierach wartościowych dopuszczonych do notowań giełdowych lub na wierzytelnościach pieniężnych objętych rachunkami bankowymi⁶³⁵. Może on okazać się korzystny w przypadku długoterminowych lub skomplikowanych zamówień publicznych o znacznej wartości⁶³⁶. Zaspokojenie z przedmiotu zastawu rejestrowego następuje zasadniczo w drodze sądowego postępowania egzekucyjnego⁶³⁷. Dopuszczalne jest zaspokojenie roszczeń z tytułu naruszeń wykonania *in natura* również wskutek: przejęcia przedmiotu zastawu na własność przez zastawnika (art. 22 u.z.r.), sprzedaży przedmiotu zastawu w drodze przetargu publicznego (art. 24 u.z.r.), oraz dochodów uzyskiwanych z przedsiębiorstwa zastawcy lub z czynszu uzyskanego z wydzierżawienia przedsiębiorstwa, (art. 27 u.z.r.). Pozaegzekucyjne zaspokojenie wierzyciela musi jednak zostać przewidziane w umowie zastawniczej.

Jak łatwo zauważyć, konstrukcja prawna ramowego obowiązku zabezpieczenia wykonania zamówienia *in natura*, jak również konkretne stosunki zabezpieczające, zostały zorientowane na wzmocnienie jego realnego wykonania. Wniesienie zabezpieczenia pociąga za sobą obciążenie finansowe dla wykonawcy, jak również stwarza dla niego dodatkowe ryzyko finansowo-ekonomiczne, zgodnie z którym naruszenie zobowiązania wiąże się z pokryciem roszczeń zamawiającego z przedmiotu zabezpieczenia.

6. Udzielenie zaliczki na poczet wykonania zamówienia

Udzielenie zaliczki wzmacnia pozycję wykonawcy w zakresie realnego wykonania zamówienia. Efekt ten osiąga się poprzez wsparcie zaliczkowe z uwzględnieniem sposobu wydatkowania i rozliczania zaliczki (np. zakup materiałów, których rozliczenie nastąpić może dopiero po wykorzystaniu na poczet świadczenia). W zamówieniach publicznych dopuszcza się wyłącznie zaliczki na poczet kosztów realizacji

⁶³⁵ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 140.

⁶³⁶ Na potencjał w zakresie PPP zwraca uwagę J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 450, pkt 3, Lex.

⁶³⁷ J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 310; M. Litwińska-Werner, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo handlowe – część ogólna. System Prawa Handlowego. Tom 1*, Warszawa 2009, s. 769 i nast.

świadczenia niepieniężnego. Nie ma przy tym przeszkód do ograniczenia zaliczki do wydatkowania zaliczki wyłącznie na określone koszty materiałowe, osobowe lub inne, z wyłączeniem jednak marży lub zysku dłużnika. Jej udzielenie powoduje, że po stronie wykonawcy odpadają koszty kredytu. Zaliczka nie doczekała się definicji legalnej w przepisach prawa zamówień publicznych ani też w kodeksie cywilnym, choć wyjątkowo unormowano zaliczkę przy zleceniu i innych umowach⁶³⁸. Prawo zamówień publicznych wyróżnia zaliczkę fakultatywną (art. 442 Pzp) oraz względnie obligatoryjną (art. 443 ust. 1 Pzp). Uzupełniająca regulacja w zakresie zaliczek zawarta została również w przepisach dotyczących umów o roboty budowlane z terminem wykonania przekraczającym 12 miesięcy⁶³⁹. Na tle konstrukcji prawnej zaliczki w reżimie zamówień publicznych zasadniczo wyrażone są dwa konkurujące ze sobą stanowiska. Według pierwszego, zaliczka równoznaczna jest z przedpłatą, uiszczaną przez zamawiającego przed terminem zapłaty wynagrodzenia. Zaliczka nie stanowi tutaj samodzielnego tytułu do świadczenia pieniężnego, czerpie swoją podstawę z obowiązku zapłaty wynagrodzenia⁶⁴⁰. Za prawidłowe uznać należy jednak zapatrywanie, wedle którego zaliczka ma charakter odrębny oraz akcesoryjny, stanowi tytuł sprzężony z zobowiązaniem podstawowym, powstały na mocy zastrzeżenia umownego podmiotowo istotnego. Kreuje ono w granicach wyznaczonych art. 353¹ KC konsensualną umowę nienazwaną o naturze powierniczej, która polega na zobowiązaniu zamawiającego do przekazania wykonawcy pewnej kwoty na określony cel z obowiązkiem rozliczenia się⁶⁴¹. W razie upadku umowy podstawowej wygasa również zobowiązanie zaliczkowe, a ewentualnie wypłacona kwota podlega zwrotowi. Drugie z podejść interpretacyjnych znajduje uzasadnienie w wykładni językowej oraz celowościowej art. 442 Pzp („zaliczka na poczet wykonania zamówienia”, a nie zapłaty wynagrodzenia), jak również we względach płynących z wykładni systemowej. Gdyby zaliczka stanowiła element ceny, to jej zwrot zabezpieczany byłby zabezpieczeniem należytego wykonania zamówienia. Pomimo tego,

⁶³⁸ Zob. art. 622§1, art. 626 §2, art. 743, art. 763, art. 771, art. 859³ KC.

⁶³⁹ W przywołanych przepisach zasadniczo odmiennie uregulowana została kwestia obowiązku wskazania zaliczki w dokumentach zamówienia lub ogłoszeniu, a co za tym idzie konstrukcja prawna zaliczki pozostanie tożsama.

⁶⁴⁰ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 442, pkt 1, 3, Lex; zdaje się, że podobnie H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 442, pkt 1, według których zaliczka to kwota wpłacona na poczet przyszłego świadczenia pieniężnego, stanowiąca jedynie część ceny, a także E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 442, pkt 2, Lex.

⁶⁴¹ Tak: R. Szostak, *Charakter prawny zaliczki w ramach zamówień publicznych*, "PiP" 2008, Nr 3, s. 41 i nast.; podobnie M. Czerwiński, *Zaliczkowanie wykonawcy zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2023, Nr 1, s. 101, 111-112; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 442, pkt 3, Legalis.

że zaliczka *in casu* jest jedna, to dopuszczalne jest wypłacanie jej w transzach⁶⁴². Powyższa konstrukcja zaliczki wraz z jej funkcjami pozwalają na ograniczenie od zbliżonych rozwiązań prawnych: kaucji, przedpłaty, zadatku, tzw. przedświadczenia⁶⁴³.

Jak wiadomo, podstawowy warunek zaliczkowania wykonawcy sprowadza się do zastrzeżenia takiej możliwości bezpośrednio w ogłoszeniu oraz innych warunkach zamówienia (art. 442 ust. 1 Pzp). Ustawa nie określa minimalnej treści przywołanego wskazania, w literaturze⁶⁴⁴ wskazuje się na konieczny związek zaliczki z ceną oferty. Dodatkowo uwzględniać należy również celowy oraz rozliczalny charakter zaliczki. W efekcie, zakres informacji wynikający z tych wymogów może być dość szeroki. W pierwszej kolejności powinien niewątpliwie obejmować podanie kwoty zaliczki, która nie może przekraczać kosztów spełnienia świadczenia⁶⁴⁵. W przypadku zaliczki obligatoryjnej minimalna wysokość odpowiada co najmniej pięciu procentom wynagrodzenia wykonawcy (art. 443 ust. 3 Pzp). Dodatkowo, wskazanie powinno obejmować określenie celu zaliczki („na wykonanie zamówienia”) lub nawet konkretnych obowiązków stosownie do harmonogramów realizacji zamówienia, podanie terminu jej wypłaty (to ostatnie w celu uniknięcia wymagalności zaliczki na mocy art. 455 KC), jak również ustalenie reguł rozliczenia, w tym zaliczania na poczet realnie spełnionego świadczenia, a także ustalenie przesłanek i terminów zwrotu zaliczki. W przypadku zaliczki wypłacanej w transzach, należy określić warunki wykazywania przez wykonawcę zrealizowania zamówienia w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek. Zasadniczo powinno to następować poprzez dokumenty związane z odbiorem zaliczkowanych elementów świadczenia *in natura*⁶⁴⁶.

Zaliczka łączy się funkcjonalnie z zasadą realnego wykonania zamówienia. Przede wszystkim stanowi formę wsparcia na rzecz wykonawcy wskazującą na funkcję stymulacyjną sprzężonego z umową główną zobowiązania zaliczkowego. Zaliczkowanie

⁶⁴² Zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit. s. 187; jak się zdaje podobnie M. Czerwiński, *Zaliczkowanie wykonawcy...*, op. cit., s. 113 i nast.; wydaje się, że odmiennie J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 442, pkt 10, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 442, pkt 2.

⁶⁴³ Zob. R. Szostak, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 39-41 i nast.; tenże, *Umowy o zamówienia...*, op. cit. s. 186 i nast.; M. Lemkowski, *Świadczenie antycypacyjne*, Warszawa 2016, s. 38-43; M. Czerwiński, *Zaliczkowanie wykonawcy...*, op. cit., s. 105-107.

⁶⁴⁴ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 442, pkt 2; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 442, pkt 7, Lex; M. Czerwiński, *Zaliczkowanie wykonawcy...*, op. cit., s. 113.

⁶⁴⁵ R. Szostak, *Charakter prawny ...*, op. cit., s. 41 i nast.; tenże, *Umowy o zamówienia...*, op. cit. s. 186-187; M. Czerwiński, *Zaliczkowanie wykonawcy...*, op. cit., s. 111.

⁶⁴⁶ R. Szostak, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 40 i nast.; idem, *Umowy o ...*, op. cit. s. 185; M. Czerwiński, *Zaliczkowanie wykonawcy...*, op. cit., s. 114; odmiennie J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 442, pkt 7, Lex.

zapewnia wykonawcy bezpłatny dostęp do niezbędnych środków pieniężnych⁶⁴⁷. W szczególności obowiązek rozliczenia zaliczki uzyskuje fundamentalne znaczenie na tle wykonania zamówienia *in natura*. Nie bez znaczenia jest też zwrotny charakter zaliczki, który uzasadnia jej rozliczenie w formie potrącenia z należności przypadających wykonawcy z tytułu wykonania zamówienia lub jego części. Warunkowa natura zobowiązania zaliczkowego rzutuje na uprawnienie wykonawcy do zatrzymania zaliczki w razie spełnienia przez niego świadczenia, a co za tym idzie na wymiar zachowania na poczet wynagrodzenia. W razie niepełnego wykorzystania zaliczki na koszty realizowanego świadczenia lub wykorzystania jej niezgodnie z przeznaczeniem, zaliczka podlega zwrotowi w całości lub odpowiedniej części⁶⁴⁸. Natomiast w przypadku zaliczki wypłacanej w transzach, zapłata kolejnych transz zaliczki *expressis verbis* uzależniona została od wykazania przez wykonawcę wypełnienia świadczenia w zakresie poprzednio udzielonej zaliczki (art. 442 ust. 2 Pzp). Funkcja stymulacyjna, uzupełniona zostaje funkcją kontrolną rzeczywistego postępu prac, w szczególności, w zamówieniach na roboty budowlane o terminie realizacji przekraczającym 12 miesięcy zaliczkowanie drugiej i kolejnej transzy uzależnione zostało od przedstawienia przez wykonawcę dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców oraz dalszych podwykonawców, którzy brali udział w rzeczywistej realizacji zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona (art. 447 ust. 1 pkt 2 Pzp). Dodatkowo, wypłatę zaliczki uznaje się powszechnie za postać współdziałania wierzyciela, a co za tym idzie, *de lege lata*, za fundamentalną powinność wierzycielską ukierunkowaną na wykonanie zamówienia (art. 431 Pzp)⁶⁴⁹.

W piśmiennictwie wskazuje się dwa sposoby rozliczenia zaliczki. Pierwszy opiera się na potrąceniu wierzytelności zamawiającego o zwrot zaliczki z wierzytelnością wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. Drugi sposób rozliczenia polega na ustaleniu swego rodzaju mechanizmu „samowykonalnego”, w którym wskutek spełnienia świadczenia niepieniężnego wygasa obowiązek zwrotu zaliczki oraz zapłaty wynagrodzenia w części objętej zaliczką. Z uwagi na ryzyko związane ze zwrotem zaliczki ustawa przewiduje obligatoryjne zabezpieczenie jej zwrotu. Zabezpieczenie takie

⁶⁴⁷ R. Szostak, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 40 i nast.; idem, *Umowy o ...*, op. cit. s. 185; M. Czerwiński, *Zaliczkowanie wykonawcy...*, op. cit., s. 101.

⁶⁴⁸ Zob. R. Szostak, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 39-41 i nast.; idem, *Umowy o ...*, op. cit. s. 186 i nast.

⁶⁴⁹ R. Szostak, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 41 i nast.; idem, *Umowy o ...*, op. cit. s. 185; M. Czerwiński, *Zaliczkowanie wykonawcy...*, op. cit., s. 101; zaliczkę jako przejaw współdziałania ujmował na tle „Pzp” 2004 Z. Gordon, *Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 2, s. 35; zob. również rozdział V.2. opracowania.

może być wnoszone w jednej lub kilku formach, analogicznych do form realnego wykonania zamówienia, przy czym wymaganą postać zabezpieczenia określa w sposób wiążący zamawiający. Zabezpieczenie powinno opiewać na 100% kwoty wypłacanej zaliczki. Wymaganie zabezpieczenia jest fakultatywne z wyjątkiem dotyczy sytuacji, w której przewidywana wartość udzielanych zaliczek przekracza 20% szacowanego wynagrodzenia wykonawcy⁶⁵⁰. W przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zwrotu zaliczki, w umowie określa się formę lub formy zabezpieczenia, wysokość zabezpieczenia, a także sposób jego wniesienia i zwrotu. Umowa może przewidywać możliwość zamiany formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie realizacji zamówienia *in natura* (art. 442 Pzp). W świetle dokonanych ustaleń, zaliczka stanowi rozwiązanie wzmacniające – względem regulacji kodeksowej – zasadę realnego wykonania zamówienia. Wykazuje w tym względzie funkcję stymulacyjną, stanowi element obowiązku współdziałania, realizuje funkcję prewencyjno-kontrolną.

⁶⁵⁰ Obligatoryjne zabezpieczenie zwrotu zaliczki wyłączone zostało w odniesieniu do zamawiającego będącego państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej inną niż jednostka sektora finansów publicznych i tzw. podmiotem prawa publicznego (art. 442 ust. 6 Pzp).

IV WERYFIKACJA WIARYGODNOŚCI WYKONAWCY

1. Uwagi ogólne

W zamówieniach publicznych ograniczenie swobody wyboru wykonawcy łączy się z jego wiarygodnością, choć na wybór rzutuje również treść najkorzystniejszej oferty. Wiarygodność to kwestia dotrzymania umowy o zamówienie publiczne, niekiedy skomplikowanej, związana z zaspokajaniem celu świadczenia powiązanego z potrzebami zbiorowymi, a także bezpieczeństwem i ochroną zaufania w obrocie⁶⁵¹. Wprawdzie dyrektywa nie uzasadnia konkretnych podstaw wykluczenia niewiarygodnego wykonawcy, lecz wystarczy uwzględnić rozstrzygnięcia TSUE, zgodnie z którymi cele art. 57 i 63 dyrektywy 2014/24 muszą być uwzględnione. W świetle tych orzeczeń, wiarygodność łączy się bezpośrednio z zaufaniem do wykonawcy⁶⁵². Wiarygodność (stan zaufania) to nie tylko brak podstawy do wykluczenia z ubiegania się o zamówienie, ale również udokumentowanie tego stanu. Na gruncie przepisów kodeksu cywilnego także wchodzi grę w ochrona zaufania co do zrealizowania umowy przez dłużnika⁶⁵³. Z perspektywy słownikowej zaufanie to stan, w którym ocena osoby jest pozytywna co do dobrej reputacji, wiedzy i umiejętności⁶⁵⁴. W piśmiennictwie zarysowały się dwa zasadnicze znaczenia tego terminu. W świetle pierwszego, zaufanie polega na żywieniu oczekiwań względem przyszłego i niepewnego zachowania innej osoby lub bytu złożonego (organizacji, systemu), przy założeniu, że efekty zachowania podmiotu obdarzanego zaufaniem będą korzystne z punktu widzenia podmiotu ufającego⁶⁵⁵. Z perspektywy niniejszego opracowania trafne wydaje się jednak zapatrywanie drugie, zgodnie z którym zaufanie oznacza określoną relację, w ramach której weryfikujący

⁶⁵¹ Ochrona zaufania w stosunkach prywatnoprawnych ujmowana jest jako ochrona uzasadnionych (rozsądnych) oczekiwań. Cz. Żuławska, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo handlowe – część ogólna. System Prawa Handlowego. Tom I*, Warszawa 2009, s. 340.

⁶⁵² Zob. wyrok TSUE z 10.11.2022, C-631/21, pkt 49, ECLI:EU:C:2022:869; wyrok TSUE z dnia 3.06.2021 r., C-210/20, pkt 35, ECLI:EU:C:2021:445; wyrok z 19.06.2019 r., C-41/18, pkt 29, EU:C:2019:507, wyrok z 3.10.2019 r., C-267/18, pkt 26, EU:C:2019:826 wyroku; na tle względnych przesłanek wykluczenia TSUE wskazywał na oparcie zaufania na rzetelności wykonawcy w wyrokach z 21.12.2023 r., C-66/22, pkt 76, ECLI:EU:C:2023:1016 oraz z 15.09.2022 r., C-416/21, pkt 41 wraz z przytoczonym tam orzecznictwem, EU:C:2022:689. Relację zaufania stron zamówienia publicznego akcentował m.in. F. Łapecki, *Z problematyki wykluczenia wykonawcy budowlanego z powodu nienależytego wykonania uprzedniego zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 4, s. 95.

⁶⁵³ Na wykonanie umowy jako podstawowe, chronione oczekiwanie zwraca m.in. P. Machnikowski, *Prawne instrumenty...*, op. cit., s. 138.

⁶⁵⁴ Por. „zaufanie” - <https://sjp.pwn.pl> [dostęp 31.03.2024 r.].

⁶⁵⁵ Zob. np. P. Machnikowski, *Prawne instrumenty...*, op. cit., s. 59; P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, s. 69; nieco odmiennie zaufanie ujmuje m.in. M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014, s. 100 i nast.

zaufanie nabiera pozytywnego przekonania do wiarygodności drugiej strony⁶⁵⁶. Zaufanie to zatem następstwo wiarygodności strony, odpowiednio dowiedzione, gdyż w przeciwnym przypadku trudno operować nawet prawdopodobieństwem dobrej reputacji. W związku z tym zasadnicza funkcja przepisów w tym zakresie sprowadza się do ochrony interesów zamawiającego-wierzyciela (publicznych). W orzecznictwie, zwłaszcza KIO, prezentowane jest jednak niezbyt trafne stanowisko o „sankcyjnym” charakterze przywołanych unormowań⁶⁵⁷. Obok dobrej reputacji równie ważna jest zdolność do należytego wykonania zamówienia. Kwalifikacja podmiotowa w aspekcie pozytywnym ma potwierdzać właśnie tę zdolność (art. 112 ust. 1 zd. 1 *in fine* Pzp). Natomiast w aspekcie negatywnym zmierza ona do wykluczania z ubiegania się o zamówienie w oparciu o dane dotyczące rażących naruszeń wymogów uczciwości i rzetelności (art. 108 ust. 1 pkt 1- 4 i art. 109 Pzp)⁶⁵⁸. Kwestia jest wyraźna w wymiarze pozytywnym kwalifikacji podmiotowej (art. 112 ust. 1 zd. 1 *in fine* Pzp). W sferze negatywnej należy jednak zauważyć, że trudno dopuścić do wykonywania zamówienia przestępców lub podmioty, które dopuściły się ciężkich uchybień lub wyrządzających szkody w poprzednich zamówieniach. W przepisach o wykluczeniu wykonawcy nie chodzi o dodatkową „sankcję Pzp”⁶⁵⁹. Osoba bez dobrej reputacji z zasady nie jest gwarantem należytego wykonania zamówienia publicznego. Wymagałby także całkowitego oraz permanentnego nadzoru ze strony zamawiającego. Powiązanie wskazanych uregulowań ze swobodą umów w aspekcie swobody doboru kontrahenta rzutuje w szczególności na wykładnię systemową oraz celowościową przepisów o obligatoryjnych i fakultatywnych podstawach wykluczenia.

⁶⁵⁶ M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne...*, op. cit., s. 100 i nast. Wprawdzie autorka zaznaczyła, że przedstawione rozumienie zaufania nie do końca odpowiada sytuacjom, które zazwyczaj bada się w obrębie doktryny prawa cywilnego, ale zaprezentowane przez nią stanowisko koreluje z przywołanym w rozdziale IV.2 opracowania orzecznictwem TSUE dotyczącym fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Ponadto w zamówieniach publicznych składa się oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, zawierające zapewnienia łączące się z wiarygodnością wykonawcy-dłużnika.

⁶⁵⁷ Zob. np. wyrok KIO z 23.02.2023 r., KIO 287/23, Lex; wyrok KIO z 20.04.2023 r., KIO 974/23, Lex; wyrok KIO z 18.03.2022 r., KIO 566/22, Lex.

⁶⁵⁸ Poza tematem rozprawy leży wyłączenie dopuszczalności udzielenia zamówienia na rzecz obywateli Federacji Rosyjskiej, podmiotów pochodzących z Rosji lub działających pod kierunkiem obywateli rosyjskich lub podmiotów z Rosji lub wspierających agresję na Ukrainę wynikające z uregulowań art. 5k Rozporządzenia Rady (EU) nr 833/2014 (Dz. U. UE. L. 2014.229.1 z 31.07.2014) oraz art. 7 ust. 1 ustawy z 13.04.2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t.j. Dz. U. 2024, poz. 507). Są to rozwiązania szczególne. Można przy tym zauważyć brak zaufania co do rzetelnego dążenia przez takie podmioty do realnego zaspokajania potrzeb zbiorowych w państwach wspierających Ukrainę.

⁶⁵⁹ Odmienne H. Nowak H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 108, pkt 1 i nast., którzy wskazują na funkcję prewencyjną oraz represyjną w zakresie czynów objętych przesłankami art. 108 Pzp. Jednakże prewencja i represja wynika z innych ustaw szczególnych.

2. Podstawy wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie

Wykluczenie z postępowania uzasadniają przede wszystkim podstawy o charakterze bezwzględny, natomiast przesłanki względne mają charakter dodatkowy, raczej wystrzegający wymagania wobec dłużników-wykonawców. Fakultatywność wyraża się w przyznaniu zamawiającemu kompetencji do wskazywania według okoliczności (zagrożeń) zdarzeń prawnych rzutujących ujemnie na wykonanie zamówienia, a także weryfikacji ich udokumentowania⁶⁶⁰. Przewidywany w dyrektywach katalog przesłanek obligatoryjnych jest zamknięty. Według art. 57 ust. 6 dyrektywy państwa członkowskie uprawnione są do objęcia bezwzględnymi podstawami wykluczenia niektórych okoliczności, które są fakultatywne na poziomie dyrektywy⁶⁶¹. Wydaje się, że w Polsce największe znaczenie powinny mieć bankructwo wykonawcy oraz ciężkie naruszenie powinności zawodowych, jak również kwalifikowane naruszenie wcześniejszego zamówienia publicznego. Rozwiązanie przyjęte przez prawodawcę polskiego ocenić należy krytycznie, ponieważ w realiach naszej gospodarki popadające w powołane sytuacje zazwyczaj nie dają odpowiedniej rękojmi należytego wykonania zamówienia. Fakultatywne ujęcie nie powinno uzasadniać dowolności po stronie zamawiającego nawet w aktualnym stanie prawnym. Zamawiający niejednokrotnie zobowiązany jest skorzystać z przyznanej kompetencji. Zapatrywanie przeciwne nie dałoby się pogodzić z rolą zamówień publicznych. Zamawiający bez uzasadnienia nie może rezygnować z przesłanek wykluczenia wykonawcy z uwagi na rażące zaniedbania obowiązków zawodowych lub umownych⁶⁶². Przymus skorzystania z tej kompetencji wiąże się z przewidywaniem zagrożeń. Zgodnie z art. 109 ust. 2 Pzp jeśli zamawiający przewiduje wykluczenie wskutek przesłanek względnych, to wskazuje je w ogłoszeniu lub innych dokumentach zamówienia. „Przewidywać” w znaczeniu językowym to antycypować określoną sytuację, co w tym przypadku wiąże się z potencjalnym ubieganiem się wykonawców niewiarygodnych o dopuszczenie do udzielenia zamówienia⁶⁶³. Wystarcza dostateczne prawdopodobieństwo. Wykluczenia z ubiegania

⁶⁶⁰ Por. wyrok SO w Nowym Sączu z 27.05.2020 r., III Ca 252/20, www.szukio.pl; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 1.

⁶⁶¹ Zob. wyrok TSUE z dnia 3.06.2021 r., C-210/20, pkt 28, ECLI:EU:C:2021:445; wyrok z dnia 10.07.2014 r., C-358/12, pkt 36, EU:C:2014:2063; wyrok z dnia 28.03.2019 r., C-101/18, pkt 45, EU:C:2019:267; wyrok z dnia 30.01.2020 r., C-395/18, pkt 34, EU:C:2020:58.

⁶⁶² Pogląd przeciwny oznaczałby, że przykładowo, na tle bulwersującej sprawy tzw. łowców skór, zamawiający mógłby rezygnować z przesłanek dotyczących przestrzegania powinności profesjonalnych nawet, gdyby prawdopodobny był udział w postępowaniu podmiotów łączonych takim procederem – co do okoliczności powołanej sprawy zob. <https://www.gov.pl/web/ies/sprawa-lowcow-skor>, [dostęp: 31.10.2024].

⁶⁶³ Por. „przewidywać” <https://sjp.pwn.pl> [dostęp: 31.10.2024].

się o zamówienie nie można postrzegać jako naruszenia reguł konkurencji lub równego traktowania, ponieważ takie podmioty nie mogą być traktowane na równi z uczciwymi uczestnikami obrotu. W ślad za uznaniem w wyjątkowych sytuacjach istnienia przymusu wprowadzenia względnych przesłanek wykluczenia, przyjąć należy prawo do domagania się przed KIO wprowadzenia ich do warunków zamówienia⁶⁶⁴.

Obligatoryjne przesłanki wykluczenia wynikają z regulacji unijnej i dotyczą ciężkich przestępstw co do zasady popełnianych rozmyślnie⁶⁶⁵. Dopuszczenie się takich czynów godzi w Zasady Europejskiego Prawa Kontraktów określone w art. 1:201(1)(2) PECL oraz podstawowe standardy etyczne⁶⁶⁶. Zamawiający może jednak podjąć zwiększone ryzyko, jeśli z powodów uzasadnianych „nadrzędnymi wymogami interesu ogólnego”, świadczenie „godziwe” może zostać zapewnione jedynie przez podmiot nieuczciwy (art. 57 ust. 3 dyrektywy 2014/24, art. 215 ust. 1 oraz art. 304 Pzp)⁶⁶⁷.

Spośród bezwzględnych przesłanek wykluczenia, z perspektywy zasady realnego wykonania zamówienia najmniej kontrowersji wzbudzają podstawy związane z przestępstwami stwierdzonymi prawomocnym orzeczeniem sądu. W szczególności liczą się przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296-307 KK, oszustwo (art. 286 KK), a także przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów (art. 270-277d KK)⁶⁶⁸. Doniosłą podstawę wykluczenia może stanowić

⁶⁶⁴ W orzecznictwie KIO dominuje zapatrywanie odmienne, wskazujące na brak możliwości skutecznego domagania się przez wykonawców wprowadzenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia do warunków zamówienia – tak KIO w wyroku z 28.08.2018 r., KIO 1611/18, Lex.

⁶⁶⁵ C. Risvig Hamer, [w:] M. Steinicke, P.L. Vesterdorf (red.), *EU Public Procurement Law*, C.H Beck, Hart, Nomos, 2018, s. 630. Por. art. 2 a) decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW (Dz.U. L 300 z 11.11.2008, s. 42), art. 3.1 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. C 195 z 25.6.1997, s. 2), art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW (Dz.U. L 192 z 31.7.2003, s. 54), art. 1 ust. 1 lit a) i b) Konwencji w sprawie ochrony „interesów finansowych” Wspólnot Europejskich (Dz.U. C 316 z 27.11.1995, s. 48); w art. 1 ust. 1, art. 3, art. 4 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW (Dz.U. L 164 z 22.6.2002, s. 3), art. 2 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE (Dz.U. L 309 z 25.11.2005, s. 15), art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE (Dz.U. L 101 z 15.4.2011, s. 1).

⁶⁶⁶ P. Nowicki, *Aksjologia prawa...*, op. cit., s. 200.

⁶⁶⁷ Dyrektywa 2014/24 podaje przykłady pilnie potrzebnych szczepionek lub sprzętu ratowniczego.

⁶⁶⁸ W świetle art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp wyklucza się z postępowania wykonawcę, jeżeli jego samego albo urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki (w spółce jawnej lub partnerskiej), komplementariusza (w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej) lub prokurenta prawomocnie skazano za określone, ciężkie przestępstwa krajowe lub odpowiadające im czyny zabronione w świetle prawa obcego. Katalog wspomnianych czynów zabronionych obejmuje między innymi przestępstwa: a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego (art. 258 KK), b) handlu ludźmi (art. 189a KK), c) o charakterze korupcyjnym (m.in. sprzedajność, przekupstwo, płatną protekcję bierną i czynną, łapownictwo wyborcze wg. art. 228-230a, art. 250a KK), korupcji i płatnej protekcji w sporcie wg. art. 46-48 u.o.s., d) związane z działaniami terrorystycznymi (np. finansowanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym wg. art. 165a KK, samego przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 115 § 20 KK) f) nielegalnego zatrudnienia małoletniego cudzoziemca g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, w tym nadużycie zaufania (art. 296 KK), łapownictwo menadżerskie (art. 296a Kk), oszustwo finansowe (art. 297 Kk), oszustwo ubezpieczeniowe (art. 298 KK), niezaspokojenie roszczeń wierzyciela, czyli tzw. oszukańcze bankructwo (art. 300 Kk), oszukańczy transfer majątku (art. 301§1 KK), h) oszustwo (art. 286 KK), i) przeciwko wiarygodności dokumentów, w tym fałsz materialny oraz intelektualny dokumentu, wyłudzenie poświadczenia nieprawdy, użycie dokumentu poświadczającego nieprawdę, niszczenie lub ukrywanie dokumentów (art. 270-277d KK).

prawomocny zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne orzekany w oparciu o ustawę z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary⁶⁶⁹. Jeśli z własnego lub cudzego przestępstwa skorzysta jednostka organizacyjna, to także ona powinna być wykluczana z ubiegania się o zamówienie na okres od roku do pięciu lat. Przestępstwa, o których mowa w tej ustawie popełniają osoby fizyczne, ale odpowiedzialność przypisywana jest podmiotom zbiorowym, jeśli zachowanie mogło przynieść mu korzyść, w tym niemajątkową. Katalog czynów przestępstw jest zamknięty, a dodatkowo przestępstwo musi być stwierdzone odpowiednim orzeczeniem. Ze względów prewencyjnych nie bez znaczenia pozostaje także bezwzględne wykluczenie spowodowane poważnym zakłóceniem konkurencji, w tym zaistnieniem konfliktu interesów. W ślad za dyrektywami wykluczać trzeba również za niebagatelne zaległości publicznoprawne (podatki, opłaty, składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne) stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną (art. 108 ust. 1 pkt 3, 5-6 Pzp).

Dotkliwe podważenie zaufania następuje w związku z naruszeniem przez wykonawcę powinności zawodowych⁶⁷⁰. Wykonawca podlega wykluczeniu nawet jeśli sprawcą był podmiot, na zasobach którego zamierzał polegać⁶⁷¹, wymaga się jednak uwzględnienia możliwości wykonawcy do sprawdzenia wiarygodności takiego podmiotu⁶⁷². Potwierdza to tezę o budowaniu zaufania do wykonawcy na jego wiarygodności i zdolności do jej udokumentowania⁶⁷³.

Według art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy 2014/24 wykonawca podlega wykluczeniu, jeśli zamawiający może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które poddaje w wątpliwość jego uczciwość⁶⁷⁴. W kardynalnym dla interpretacji przywołanego uregulowania wyroku z

⁶⁶⁹ T.j. Dz. U. 2023, poz. 659 ze zm. - zasadniczo są to osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków.

⁶⁷⁰ Wyrok TSUE z 15.09.2022 r., C-416/21, pkt 56, ECLI:EU:C:2022:689, przywołujący wyrok TSUE z 16.12.2008 r., C-213/07, pkt 42, EU:C:2008:731.

⁶⁷¹ Tak TSUE w wyrokach z 30.01.2020 r., C-395/18, EU:C:2020:58; z 03.06.2021 r., C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445.

⁶⁷² Zob. w tej mierze wyrok TSUE z 07.09.2021, C-927/19, pkt 157, EU:C:2021:700; wyrok z 3.06.2021 r., C-210/20, pkt 40, ECLI:EU:C:2021:445; wyrok z 30.01.2020 r., C-395/18, pkt 52, EU:C:2020:58; postanowienie TSUE z 4.06.2019 r., C-425/18, pkt 34, ECLI:EU:C:2019:476.

⁶⁷³ Por. W. Hartung i in., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, art. 57, pkt 1, Legalis; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE...*, op. cit., art. 57, pkt 1, Legalis.

⁶⁷⁴ Prawo krajowe ma dookreślać – z uwzględnieniem prawa unijnego – warunki wykonania tego przepisu. Orzecznictwo Trybunału na tle art. 5 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18 UE (obecnie art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24) wskazywało, że pojęcie „poważne uchybienie zawodowe” może zostać doprecyzowane i wyjaśnione przez prawo krajowe, jednakże z poszanowaniem prawa Unii – zob. postanowienie Trybunału z 04.06.2019 r., C-425/18, pkt 28, ECLI:EU:C:2019:476, oraz wyrok TSUE z 13.12.2012 r., C-465/11, pkt 26, EU:C:2012:801.

13.12.2012 r., C-465/11⁶⁷⁵ Trybunał opowiedział się za interpretacją, zgodnie z którą „poważne wykroczenie zawodowe” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia wpływające na wiarygodność zawodową konkretnego wykonawcy, wykraczając poza normy deontologiczne obowiązujące w danym zawodzie. Chodzi zazwyczaj o zachowania umyślne lub poważne niedbalstwo, które rzutują negatywnie na zaufanie do wykonawcy⁶⁷⁶. Chodzi o poważne błędy w sztuce, przykładowo, o fałszerstwo dokumentów przy usługach księgowych, spowodowanie katastrofy budowlanej przez architekta, katastrofy komunikacyjnej w transporcie.

W myśl art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, przesłanki wykluczenia obejmują trzy zasadnicze elementy. Po pierwsze, zawinione, poważne naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych. Po drugie, podważenie uczciwości wykonawcy. Trzecią przesłankę stanowi związek przyczynowy między elementami 1 i 2⁶⁷⁷. Kategoria obowiązków zawodowych jest pojemna i zróżnicowana. W pierwszej kolejności chodzi o profesje regulowanych oraz przedsiębiorców (np. architekci, inżynierowie budownictwa⁶⁷⁸, adwokaci i radcowie prawni⁶⁷⁹, biegli rewidentzi⁶⁸⁰), oraz inne dające się wyodrębnić grupy zawodowe (np. menadżerowie określonych jednostek organizacyjnych). Szczególnie doniosłą rolę odgrywa zasada wyrażona art. 9 Pr. przeds.⁶⁸¹, w myśl której

⁶⁷⁵ Wyrok TSUE z 13.12.2012 r., C-465/11, EU:C:2012:801; więcej na temat tego orzeczenia zob. P. Bogdanowicz, *Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w świetle tzw. dyrektywy klasycznej – glosa do wyroku TS z 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta S.A., ABC Direct Contact Sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.*, EPS 2013, Nr 7, s. 46–51; M. Sieradzka, *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2019, s. 107 i nast.; A. Sołtysińska, *The principle of proportionality under the New Public Procurement Law in light of European regulations*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 3, s. 3 i nast.

⁶⁷⁶ Zob. wyrok TSUE z 13.12.2012 r., C-465/11, pkt 30, EU:C:2012:801; wyrok TSUE z 08.06.2023, C-545/21, pkt 52, ECLI:EU:C:2023:451; w późniejszym orzecznictwie wskazywano na „każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu gospodarczego, jego uczciwość i niezawodność” – zob. postanowienie Trybunału z dnia 4.06.2019 r., C-425/18, pkt 28–31, ECLI:EU:C:2019:476; C. Risvig Hamer, [w:] M. Steinicke, P.L. Vesterdorf (red.), *EU Public...*, op. cit., s. 636, wskazujący na rozstrzygnięcie duńskiego Sądu Najwyższego, który nie uznał podważenia uczciwości wykonawcy odstępującego od umowy w związku z rozbieżnościami co do wykładni jej treści, a przy tym kontynuował wykonywanie usług transportowych również po odstąpieniu od umowy.

⁶⁷⁷ W literaturze dostrzec można nieco odmienne ujmowanie przesłanek, zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt. 5.1 i nast.; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 345–346; J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt E, Legalis; P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień...*, op. cit., kom. do art. 109, pkt 3, Legalis. Sformułowanie „co podważa jego uczciwość” zdaje się sugerować, że zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych automatycznie podważa uczciwość wykonawcy. Przedmiotem wykazania przez zamawiającego byłoby wówczas zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, a podważanie zaufania byłoby skutkiem wynikającym z ustawy. Przeciwno tej interpretacji przemawia jednak brzmienie przepisu oraz zakaz wykładni *per non est* (zbędną byłaby część: „co podważa jego uczciwość”).

⁶⁷⁸ Ustawa z 15.12.2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 551).

⁶⁷⁹ Ustawa z 06.07.1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 499); ustawa z 26.05.1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1564).

⁶⁸⁰ Ustawa z 11.05.2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1035).

⁶⁸¹ *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców*, Druk Sejmowy nr 2051 z 21.11.2017 r., s. 6, 27 i nast. uzasadnienia. M. Sieradzka, *Podstawowe zasady obowiązujące przy podejmowaniu, wykonywaniu oraz*

przedsiębiorca obowiązany jest prowadzić działalność zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, poszanowaniem dobrych obyczajów oraz słusznym interesów innych przedsiębiorców i konsumentów. Zobowiązany jest także do poszanowania oraz ochrony praw i wolności człowieka⁶⁸². Druga przesłanka dotyczy stosunku wykonawcy do naruszenia obowiązków zawodowych, co zasadniczo polega na przypisaniu mu wysokiego stopnia winy. Jak wiadomo, ustawa Pzp nakazuje poszukiwać w tym względzie co najmniej rażącego niedbalstwa⁶⁸³. Niedbalstwo rażące to kwalifikowana i najcięższa postać winy nieumyślnej, granicząca z winą umyślną. Od niedbalstwa zwykłego odróżnia się znaczącym odstępstwem od reguł prawidłowego postępowania. To zazwyczaj postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu wymaganej staranności, wiadomości, umiejętności. Chodzi o szczególną naganność postępowania⁶⁸⁴. Jeśli wykonanie zobowiązania wymaga specjalnych wiadomości lub umiejętności dłużnika, za rażące niedbalstwo należy uznać także jego postępowanie poniżej minimalnego elementarnego poziomu tych wiadomości lub umiejętności⁶⁸⁵. Wina umyślna występuje z kolei w dwóch odmianach: zamiaru bezpośredniego oraz

zakończeniu działalności gospodarczej oraz ich wpływ na sytuację prawną przedsiębiorcy (dodatek MoP 13/2018); Ustawa z 6.03.2018 r – Prawo przedsiębiorców – analiza i ocena najważniejszych przepisów, MOP 2018, Nr 13, s. 23. W nawiązaniu do powołanej regulacji SN w postanowieniu z 29.12.2021 r. III CSK 175/21, Legalis, wyraził zapatrywanie, według którego zapewnienie bezpiecznych warunków dla klientów sklepów wielkopowierzchniowych stanowi obowiązek przedsiębiorców działających w tego rodzaju obiektach, co obejmuje także ochronę przed niedbalstwem i niebezpiecznym zachowaniem innych klientów.

⁶⁸² Obowiązek poszanowania oraz ochrony przez przedsiębiorców w Polsce praw i wolności człowieka zaczerpnięty został z Wytocznych ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka (UN Guiding Principles on Business and Human Rights), pkt 3.5. Opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego „Obowiązek zachowania należytej staranności”, Dz. Urz. UE C 429/136 z 11.12.2020 r., s. 136; *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy, Prawo przedsiębiorców...*, op. cit., s. 31 i nast.; tekst zasad zob. <https://www.ohchr.org/en/publications/reference-publications/guiding-principles-business-and-human-rights> [data dostępu: 10.12.2024].

⁶⁸³ Wyrok TSUE z 13.12.2012 r., C-465/11, pkt 30, EU:C:2012:801.; podobnie TSUE w postanowieniu z 4.06.2019 r., C-425/18, pkt 31, ECLI:EU:C:2019:476. Rangi naruszenia nie należy upatrywać w powadze samego obowiązku lub skutkach naruszenia, w tym w znacznym rozmiarze szkody; okoliczności te mogą mieć jednak znaczenie w świetle proporcjonalności wykluczenia z postępowania; nieco odmiennie H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 5.2, którzy zwracają uwagę na „obiektywne skutki naruszenia” w ślad za wyrokiem TSUE z 04.05.2017 r. w sprawie C-387/14 pkt 78, ECLI:EU:C:2017:338. Wyrok ten dotyczy jednak „poważnego wprowadzenia w błąd”, co jest terminem odrębnym, a tym samym immanentnie obejmuje wywołanie pewnego skutku wskutek dostarczenia informacji nieścisłej. Wymagany przez art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp skutek łączy się natomiast z utratą zaufania do uczciwości wykonawcy.

⁶⁸⁴ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 214 i nast.; w kwestii rażącego niedbalstwa zob. W. Borysiak, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 472, pkt III.D oraz powołana tam literatura, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 355, pkt I.7, art. 472, pkt 4-6, Legalis; wyrok SN z 19.02.2003 r., V CKN 1680/00, Legalis; podobnie Z. Gordon, *Odpowiedzialność doradcy podatkowego za rażące niedbalstwo*, „PP” 2006, nr 9, s. 35-42 wraz z powołanym piśmiennictwem, Lex. W zachowującym aktualność orzecznictwie TSUE, które zapadło na tle art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 stwierdzono, że wskazany przepis nie ma na celu jednolitego stosowania na poziomie krajowym wymienionych w nim podstaw wykluczenia, gdyż państwa członkowskie mają prawo do niestosowania w ogóle tych podstaw wykluczenia lub też do włączenia ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który może się zmieniać w zależności od sprawy, w oparciu o krajowe względy porządku prawnego, gospodarczego lub społecznego, zob. postanowienie Trybunału z 04.06.2019, C-425/18, pkt 25 oraz przywołane tam orzecznictwo, ECLI:EU:C:2019:476.

⁶⁸⁵ Wyrok SN z 14.12.2023 r., II CSKP 1955/22, Legalis.

ewentualnego⁶⁸⁶. Za przykład takiego zachowania uznać można porzucenie zamówienia publicznego celem realizacji korzystniejszego finansowo kontraktu. Ostatnia przesłanka polega na tym, że kwalifikowane naruszenie obowiązków zawodowych jest „skutkowe” w tym znaczeniu, że pociąga za sobą podważenie zaufania co do uczciwości i wiarygodności wykonawcy⁶⁸⁷. Nie chodzi tutaj o adekwatny związek przyczynowy, może wystarczać zwykłe powiązanie kauzalne⁶⁸⁸, uzupełniane wymogami płynącymi z zasad zamówień publicznych, a w szczególności z zasady proporcjonalności. Ocena prowadzić musi do konkluzji, zgodnie z którą naganna postawa wykonawcy podważa zaufanie do przestrzegania przez niego obowiązków umownych. Jak wiadomo, drobne nieprawidłowości mogą jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia, chyba że są to powtarzające się przypadki (pkt 101 preambuły dyrektywy 2014/24). W praktyce KIO nie uznawała za podstawy wykluczenia nieprzedstawienia przez wykonawcę umów o pracę oraz innych umów cywilnoprawnych zawartych z pracownikami oddelegowanymi do realizacji spornej umowy, jeśli nie skutkowało to dopuszczeniem do pracy osoby nieprzeszkolonej bądź pozbawionej poświadczenia bezpieczeństwa⁶⁸⁹. Zaufania do wykonawcy nie podważyła także uzasadniona odmowa zawarcia umowy o zamówienie publiczne⁶⁹⁰.

Równie doniosłe praktycznie jest wykluczenie z powodu wyrządzenia szkód niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia publicznego (umowy koncesji). Według art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, nie dopuszcza się do zamówienia wykonawcy, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Jak łatwo zauważyć, unormowanie to implementuje do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24 i obejmuje trzy elementy. Pierwszy

⁶⁸⁶ W. Czachórski, [w:] S. Grzybowski (red. tomu), W. Czachórski (red. naczelny), *System prawa...*, op. cit., s. 546; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 200; M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 63; tenże, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2021, s. 103.

⁶⁸⁷ W świetle literalnego brzmienia przepisu oraz wykładni celowościowej zawinione zachowanie nie musi wywoływać innego skutku, np. powodować szkody w określonej postaci lub rozmiarze, prowadzić do odstąpienia od umowy, stwarzać podstawy do naliczenia kar umownych.

⁶⁸⁸ Co do metod ustalania związków przyczynowych w prawie cywilnym zob. np. A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 71 i nast., a także K. Krupa-Lipińska, *Związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, Warszawa 2020, s. 38, 111 oraz przywołana tam literatura i orzecznictwo; M. Kaliński, *Szkoda na...*, op. cit., s. 363 i nast.

⁶⁸⁹ Wyrok KIO z 14.01.2019 r., KIO 2613/18, Legalis.

⁶⁹⁰ Wyrok KIO z 19.06.2018 r., KIO 1126/18, Legalis.

stanowi kwalifikowana postać naruszenia zobowiązania z umowy o zamówienie publiczne lub umowy koncesji wskutek przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Kolejny to zaistnienie po stronie wierzyciela określonej sytuacji prawnej, polegającej na zrealizowaniu uprawnień w zakresie zakończenia stosunku obligacyjnego, wykonania zastępczego, rękojmi lub powstania roszczenia odszkodowawczego. Trzeci element stanowi związek przyczynowy między elementami pierwszym a drugim. Istotność „zobowiązania” wyznaczana jest poprzez charakter i cel danego obowiązku pierwotnego, oceniany z perspektywy zaspokojenia potrzeb zamawiającego-wierzyciela⁶⁹¹. Przede wszystkim pojęcia zawarte w przywołanym uregulowaniu należy interpretować zgodnie z dorobkiem doktryny prawa zobowiązań, co znajduje uzasadnienie we względach wykładni językowej, systemowej oraz celowościowej, zasadach techniki prawodawczej⁶⁹², a także odesłania z art. 8 ust. 1 Pzp⁶⁹³. Redakcja przepisu może budzić zastrzeżenia. Nie chodzi w nim bowiem o zobowiązanie w rozumieniu art. 353 KC, lecz o istotny obowiązek pierwotny wynikający ze zobowiązania. Na tle ujęcia „istotności” wyróżniły się dwa główne stanowiska. Według rozumienia wąskiego, istotne zobowiązanie stanowiłoby zasadniczo świadczenie główne. Obowiązki uboczne, służące przygotowaniu, przeprowadzeniu, zabezpieczeniu oraz rozliczeniu świadczenia, jedynie w ograniczonym zakresie mogłyby być kwalifikowane jako istotne zobowiązanie⁶⁹⁴. Stanowisko szersze nie ogranicza istotności do powinności dłużnych o charakterze podstawowym⁶⁹⁵. Kwalifikacja danego obowiązku jako głównego lub ubocznego albo funkcjonalnie związanego z długiem jest pomocna, lecz nie przesądzająca. Na korzyść stanowiska szerokiego przemawia literalne brzmienie przepisu, które wskazuje na jakikolwiek wymóg pierwotny, nawet jeśli ulokowany został poza obowiązkiem głównym (*lege non distinguende*). Nie bez znaczenia są również względy wykładni systemowej. Nienależyte wykonanie obowiązku może być rezultatem niedopełnienia uzupełniających cech świadczenia, w szczególności wymagań jakościowych lub

⁶⁹¹ Kwestia dotyczy oczywiście naruszenia zobowiązania wykonawcy, czyli zasadniczo obowiązku pierwotnego. Odmienne interpretacja prowadziłaby do nakazu wykluczenia w razie zwłoki przyjęcia przez wykonawcę świadczenia pieniężnego (element niezbędnie koniecznej odpłatności zamówienia), która prowadziła do złożenia przez zamawiającego kwoty świadczenia do depozytu sądowego i powstaniu po jego stronie uszczerbku w postaci związanych z tym kosztów. Wierzycielską perspektywę przyjmuje J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109 ust. 1, pkt G 7, Legalis.

⁶⁹² Zob. § 9 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (j.t. Dz. U. z 2016 r., poz. 283).

⁶⁹³ Z pewnymi odmiennociami J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109 ust. 1, pkt G 4, Legalis, która wskazuje na ograniczony zakres korzystania w tym względzie z doktryny i orzecznictwa dotyczącego art. 471 KC.

⁶⁹⁴ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7.2.

⁶⁹⁵ Zob. np. M. Sieradzka, M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 11, Legalis; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7.1. i nast.

terminowych (por. rozdz. II.1 opracowania). Choć obowiązek bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy nie stanowi obowiązku głównego, to jednak jego naruszenie może prowadzić do zerwania więzi obligacyjnej, a co za tym idzie stanowi powinność „istotną” (art. 465 ust. 7 *in fine* Pzp). W efekcie, o charakterze danej powinności dłużnej przesądza przede wszystkim treść zobowiązania oraz konkretne okoliczności realizacyjne. Surowość regulacji wyraża się w braku konieczności przypisania wykonawcy winy w naruszeniu istotnego obowiązku⁶⁹⁶. Surowość ta jest jednak w znacznej mierze uzasadniona, jeśli bowiem kwestia dotyczyłaby obrotu powszechnego, to racjonalnie działający wierzyciel mógłby swobodnie decydować o nieuwzględnianiu kontrahenta, który nie dotrzymuje ważnych obowiązków. Unormowanie wymaga, żeby do odchyień realizacyjnych doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Dotyczyć mogą one konsorcjantów, a także podmiotów pomocniczych (udostępniający zasoby, podwykonawcy, podmioty, którym wykonawca powierzył lub przy pomocy których wykonywał zamówienie lub umowę koncesji). W świetle zasady proporcjonalności oraz względów wykładni systemowej, analizowane uregulowanie nie obejmuje przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub niezwiązanych z wykonawcą osób trzecich (np. akty chuligańskie, przeszkadzające w rzeczywistym wykonaniu zamówienia, którym wykonawca nie mógł zapobiec). Dodatkowo, wskazana wcześniej ochrona interesów wykonawców wynikająca z regulacji o klauzulach abuzywnych (art. 433 Pzp) wyłącza wykluczenie z powodu naruszenia powinności niezwiązanych nawet pośrednio z realizacją zamówienia. Jak łatwo zauważyć, odchylenie od prawidłowego wykonania przybrać może jedną z trzech postaci: znacznego stopnia, znacznego zakresu, a także „długotrwałości”, przy czym ustawa Pzp nie przybliży tych terminów. Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniami nieostrymi zapewnia pewną elastyczność, uniemożliwia jednak wytyczenie z góry ostrych granic poszczególnych naruszeń, z perspektywy funkcji tego przepisu nie jest to przy tym bezwzględnie konieczne. Ocena musi być dokonywana *in concreto*⁶⁹⁷. Pojęcia niewykonanie oraz nienależyte wykonanie powinno interpretować się zgodnie z rozumieniem cywilistycznym (por. rozdz. II.1 opracowania). W pozostałych aspektach można posiłkować się wykładnią gramatyczną i ujęciem językowym. „Stopień” w ujęciu słownikowym to „poziom, intensywność

⁶⁹⁶ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7.1.; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7, Lex; F. Łapecki, *Z problematyki ...*, op. cit., s. 96; co do braku zawinienia wykonawcy zob. wyrok KIO z 13.12.2021 r., KIO 3467/21, Legalis.

⁶⁹⁷ Nie jest przy tym wykluczona kumulatywna postać niesolidności wykonawcy, np. długotrwałe opóźnienie w rozpoczęciu wykonywania całego zamówienia (art. 610, art. 635 KC).

czegoś”⁶⁹⁸. Do kategorii tej można zaliczyć m.in. wykonanie obowiązku w sposób kolidujący z jego naturą lub celem, nieprzydatny dla zamawiającego. Uwzględnić należy wymagania jakościowe, ilościowe, dopuszczenie się rażącego niedbalstwa⁶⁹⁹. Znaczne naruszenie co do „zakresu” zasadniczo obejmuje elementy kwantyfikowalne zamówienia: rozmiar, wielkość, liczbę substratów obowiązku, np.: fragmentaryczność udzielanych informacji, szczątkowość harmonogramów, zawinioną częściową niemożliwość świadczenia, konieczność dokonywania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż pięć procent wartości umowy (art. 465 ust. 7 *in fine* Pzp). Ostatnia postać odchyień wiąże się z wymiarem temporalnym. Wyraża się w „długotrwałym nienależytym” wykonywaniu istotnego obowiązku. W świetle literalnego brzmienia przepisu, znaczny stopień naruszenia nie jest w tym przypadku wymagany⁷⁰⁰, lecz wynika to z charakteru rozciągnięcia w czasie. Niewielkie odstępstwo terminowe może jednak stanowić znaczące naruszenie, jeżeli określony termin wykonania stanowił cechę konstytutywną świadczenia. Przywołane wyżej odchylenia realizacyjne rzutować muszą na zaistnienie określonych sytuacji prawnych w stosunku zamówienia publicznego lub koncesji. Te ostatnie polegają zasadniczo na realizacji uprawnień wierzycielskich wynikających z różnych konstrukcji prawnych. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp obejmują one przede wszystkim wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie oraz wykonanie zastępcze, a także realizację uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Nasuwa się pytanie, czy wyliczenie sytuacji prawnych stanowi *numerus clausus*. Przeciwno szerszej interpretacji może przemawiać licznie prezentowana teza o sankcyjnym charakterze unormowania⁷⁰¹. Za właściwsze uznać można jednak stanowisko przeciwne, zgodnie z którym katalog ten pozostaje otwarty⁷⁰². Jeśli uwzględnić, że problem dotyczy swobody doboru wiarygodnego kontrahenta oraz konstrukcji prawnych o podobnych funkcjach, to

⁶⁹⁸ „Stopień” – definicja, synonimy, przykłady użycia, <https://sjp.pwn.pl> [dostęp: 12.06.2024 r.].

⁶⁹⁹ Teza ta jest dyskusyjna, ale brak jest podstaw, aby spod art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wyłączać obowiązek dochowania należytej staranności z art. 355 KC, szczególnie, że pozostaje ona skorelowana z realizacją innego, „merytorycznego” obowiązku – podobnie co do „poważnego” niedbalstwa H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7.2; podobnie wyrok KIO z 8.03.2023 r., KIO 481/23, Lex; wyrok KIO z 30.03.2023 r., KIO 746/23, Lex.

⁷⁰⁰ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7.2.

⁷⁰¹ Tak np. J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt G. 1, Legalis; zob. również argumentację podmiotów wykluczanych z postępowania, przywoływaną w uzasadnieniu spraw wyrok KIO z 19.11.2021 r., KIO 3078/21, www.szukio.pl; wyrok KIO z 14.03.2022 r., KIO 449/22, www.szukio.pl; wyrok KIO z 23.02.2023 r., KIO 287/23, Lex; wyrok KIO z 20.04.2023 r., KIO 974/23, Lex; wyrok KIO z 18.03.2022 r., KIO 566/22, Lex.

⁷⁰² H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7.3, M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7, Lex; A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 16, Lex, która akcentuje jednak wymóg odszkodowawczego charakteru kary umownej; KIO przyjęła szerszą wykładnię art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, obejmującą m.in. karę umowną: wyrok KIO z 19.11.2021 r., KIO 3078/21, www.szukio.pl; wyrok KIO z 14.03.2022 r., KIO 449/22, www.szukio.pl; wyrok KIO z 23.07.2021 KIO 1482/21, Legalis.

stanowisko drugie wydaje się trafniejsze. Na wykładni językowej przywołanego przepisu nie można w pełni polegać, bowiem oznaczałoby to nieobjęcie uregulowaniem odmowy przez zamawiającego przyjęcia świadczenia *aliud*. Wiarygodnym pozostawałby wykonawca, który nie osiągnął nawet minimalnego poziomu zaspokojenia wierzyciela, wskutek czego zamawiający odmówił przyjęcia świadczenia i dochodził roszczenia pierwotnego. Natomiast, wykonawca, który zobowiązanie wykonał, lecz w okolicznościach uzasadniających znaczne kary umowne za długotrwałą zwłokę podlegałby wykluczeniu. Kolidowałoby to z zasadą proporcjonalności oraz równego traktowania. W świetle tematu niniejszego opracowania nie jest niezbędne szczegółowe opisywanie poszczególnych instytucji związanych odpowiedzialnością za naruszenie zobowiązania. Poprzestać można na wskazaniu, że wypowiedzenie i odstąpienie od umowy stanowią uprawnienia kształtujące, dochodzące do skutku poprzez złożenie oświadczenia woli⁷⁰³. „Sankcyjne” wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy może mieć podstawy umowne (np. zastrzeżenie *lex commissoria*), jak i ustawowe⁷⁰⁴. *De lege lata* odszkodowanie, podobnie jak pozostałe sytuacje prawne, nie muszą być objęte orzeczeniem sądu⁷⁰⁵. Odszkodowanie to również restytucja naturalna (np. odzyskanie mienia utraconego z przyczyn dotyczących wykonawcy – art. 363 KC)⁷⁰⁶. Kara umowna uzasadnia wykluczenie⁷⁰⁷. Wykonanie zastępcze obejmuje realizację z mocy upoważnienia ustawowego, umownego, sądowego⁷⁰⁸. Z kolei realizacja uprawnień z tytułu rękojmi oznacza skorzystanie przez zamawiającego w szczególności z uprawnień z art. 560–561¹ KC oraz postanowień umownych modyfikujących odpowiedzialność

⁷⁰³ Zob. spośród wielu M. Warciński, *Umowne prawo odstąpienia*, Warszawa 2010, s. 99; P. Drapała, A. Olejniczak, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1245, 1259, Legalis.

⁷⁰⁴ Termin wypowiedzenie i odstąpienie „sankcyjne” odnosi się tutaj do sytuacji, w których uprawnienia są realizowane w związku z naruszeniem zobowiązania przez drugą stronę – w odniesieniu do sankcyjnego odstąpienia umownego zob. P. Drapała, A. Olejniczak, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1254 Legalis i cytowane tam piśmiennictwo.

⁷⁰⁵ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7.4; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7, Lex; A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 16, Lex; odmiennie w zakresie „zasądzenia odszkodowania”; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 11, Legalis.

⁷⁰⁶ Tak: M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 348. Co do sposobów naprawienia szkody i zasadniczo niepieniężnego charakteru zobowiązania odszkodowawczego zob. np. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 177 i nast. oraz przywołane tam piśmiennictwo i judykatura, Legalis; T. Dybowski, [w:] S. Grzybowski (red. tomu), W. Czachórski (red. naczelny), *System prawa...*, op. cit., s. 283–290; B. Lackoroński, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2020, art. 363, pkt 1 i nast. oraz przywołana tam literatura i orzecznictwo, Legalis.

⁷⁰⁷ Tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109, pkt 7.3; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 348; zob. również M. Drozdowicz, *Czy wcześniejsze kary umowne mogą prowadzić do wykluczenia*, „Rzeczpospolita” 21.08.2021; wyrok KIO z 19.11.2021 r., KIO 3078/21, www.szukio.pl; wyrok KIO z 14.03.2022 r., KIO 449/22, www.szukio.pl; wyrok KIO z 23.07.2021 r., KIO 1482/21, Legalis.

⁷⁰⁸ Zob. R. Szostak, *Nowe Prawo...*, op. cit., s. 46; podobnie M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 348.

wykonawcy z tytułu rękojmi (art. 558 KC). Poza zakresem unormowania znajdują się jednak obowiązki z tytułu gwarancji jakości⁷⁰⁹. Trzecia przesłanka polega na istnieniu związku przyczynowego między przedstawionymi wyżej dwoma elementami. W świetle wykładni systemowej oraz celowościowej art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, natura jurystyczna tej relacji kauzalnej pozostanie tożsama wobec występującej na tle art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wobec czego, odesłać należy do rozważań poczynionych wyżej.

Formuła prawna tzw. samooczyszczenia (*self-cleaning*) obejmuje elementy związane odbudową zaufania do wiarygodności realizacyjnej wykonawcy. Z punktu widzenia zasady realnego wykonania zamówienia szczególne znaczenie ma samooczyszczenie dokonywane na tle przedstawionych przesłanek fakultatywnych. Jak wiadomo, instytucja tzw. samooczyszczenia wywodzi się z prawa unijnego (art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24). Unormowania art. 110 Pzp stanowią wyjątek od zasady wykluczania wykonawcy niewiarygodnego, toteż podlegają wykładni ścisłej⁷¹⁰. Analizowane rozwiązanie prawne polega na „wykazaniu rzetelności wykonawcy”, który w innym przypadku podlegałby wykluczeniu z postępowania. Działania wykonawcy muszą być takie, że zostanie osiągnięty skutek w postaci odzyskania wiarygodności (motyw 102 preambuły dyrektywy 2014/24⁷¹¹ art. 110 ust. 3 Pzp)⁷¹². Wykonawca uprawniony jest wdrażać *self-cleaning* wielokrotnie, jak również poprawiać *self-cleaning* już dokonany. Ogólny schemat prawny samooczyszczenia obejmuje kilka elementów. Przede wszystkim wykonawca stwierdza występowanie względem niego określonej przesłanki wykluczenia⁷¹³. Następnie wykazuje zamawiającemu skuteczność adekwatnych działań sanacyjnych. Na tle uregulowania art. 110 ust. 2 Pzp wyróżnić można trzy warunki odzyskania przez wykonawcę niezbędnej wiarygodności⁷¹⁴.

⁷⁰⁹ Zob. J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 109 pkt G. 12, Legalis.

⁷¹⁰ Tak J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 110 pkt B.10, Legalis; zob. wyrok KIO z 27.08.2019 r., KIO 1576/19, Legalis; odmiennie A. Kowalczyk, *Instytucja self-cleaningu – kilka uwag*, „ZP Doradca” 2021, Nr 2, s. 54, która opiera argumentację na wyroku TSUE z 14.01.2021 r., C-387/19 ECLI:EU:C:2021:13. Wydaje się jednak, że przywołane przez autorkę poszanowanie prawa do obrony nie koliduje ze ścisłą interpretacją przepisów realizujących to prawo.

⁷¹¹ Osiągnięcie określonego rezultatu wynika z motywu 102 preambuły 2014/24/UE, zgodnie z którym należy uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie, [podkr. autora] dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania.

⁷¹² Na przyniesienie określonych rezultatów zwraca się uwagę również w literaturze – zob. np. A. Kowalczyk, *Praktyczne aspekty...*, op. cit., s. 140.

⁷¹³ Zasadniczo wyklucza to samooczyszczenie „na wszelki wypadek” lub „z ostrożności” – tak KIO w wyroku z 27.08.2019 r., KIO 1576/19, Legalis; wyrok KIO z 15.06.2018 r., KIO 991/18, KIO 997/18, KIO 1000/18, KIO 1007/18 i KIO 1016/18, www.szukio.pl; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 110, pkt 11.

⁷¹⁴ Nie są to jedyne przypadki uznawane w literaturze za przejawy samooczyszczenia, gdyż dla przypadków wykluczenia z powodu zalegania z opłacaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne bądź zdrowotne ustawodawca wprowadził przepisami art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp szczególne zasady samooczyszczenia – zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 110, pkt 3. Piśmiennictwo

Wprawdzie potrzeba ich łącznego wystąpienia może różnić się w zależności od przypadku, ale zasadniczo przyjąć należy regułę kumulatywności. Ciężar wykazania spoczywa na wykonawcy, katalog środków wykazania pozostaje otwarty. Pierwszy element wymaga czynnej transparentności co do istnienia podstawy wykluczenia. Obejmuje ona wyczerpujące wyjaśnienie okoliczności leżących u podstawy utraty wiarygodności oraz kwalifikowanej, bo „aktywnej” współpracy z właściwymi podmiotami⁷¹⁵. Rzetelne podejście wykonawcy do stwierdzonych odchyłeń stanowi warunek *sine qua non* samooczyszczenia. Kwestia dotyczy współpracy z odpowiednimi organami po nastąpieniu zdarzeń stanowiących podstawę wykluczenia⁷¹⁶, współdziałania z zamawiającym prowadzącym postępowanie, w obrębie którego ma dojść do wykluczenia, jak i kooperacji z zamawiającym, który został dotknięty nieprawidłowościami stanowiącymi podstawę do wykluczenia⁷¹⁷. Współpraca musi uzasadniać konkluzję o wyczerpującym wyjaśnieniu okoliczności. Drugi element, który jest konieczny dla samooczyszczenia to swego rodzaju działania indemnifikacyjne. Polegają co najmniej na zobowiązaniu się do naprawienia wyrządzonej szkody. Kategoria ta wystąpi, jeżeli zachowanie wykonawcy doprowadziło do jej powstania. Naprawieniu podlega każda szkoda, w tym niemajątkowa. Indemnifikacja powinna nastąpić zgodnie z odpowiednimi przepisami (art. 361 § 1 KC, jak również art. 788, art. 801 KC, art. 80–87 Pr. przew., art. 323–324 Pr. środ.). Zobowiązanie do naprawienia szkody, o którym mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp powinno być konkretne, bezwarunkowe, a w zakresie wysokości odszkodowania stanowcze co do szkody zdatnej do oszacowania na dzień zaciągania zobowiązania. Za niedopuszczalne uznać należy ogólne zobowiązanie się do naprawienia szkody pod warunkiem ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej lub zobowiązanie się do naprawienia szkody w wysokości orzeczonej wyrokiem sądu. Trzeci element skutecznego odzyskania wiarygodności realizacyjnej stanowią działania prewencyjno-korekcyjne. Są one zorientowane na zapobieżenie występowaniu

dzieli środki na: środki naprawcze (art. 110 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp) oraz zapobiegawcze (art. 110 ust. 2 pkt 3 Pzp) – zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 110, pkt 2; na trzy warunki wskazała M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 356.

⁷¹⁵ Element ten musi obejmować przyznanie przez wykonawcę określonych negatywnych faktów oraz uznanie, że zaistniała względem niego określona przesłanka wykluczenia, co wyłącza możliwość przedstawienia przez wykonawcę tych okoliczności do swobodnej oceny zamawiającego – zob. wyrok Sądu Zamówień Publicznych z 26.11.2021 r., XXIII Zs 101/21, www.szukio.pl.

⁷¹⁶ Zob. J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., kom. do art. 110, pkt B.7 Legalis; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 416. Autorzy wskazali na potrzebę szerokiego rozumienia terminu „odpowiednie organy”.

⁷¹⁷ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 110, pkt 6; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo...*, op. cit., s. 356; J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 110, pkt B.7, Legalis.

nieprawidłowości w przyszłości. Wykładnia językowa i funkcjonalna art. 110 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazują na konieczność osiągnięcia określonego rezultatu. W związku z tym, wykazanie nawet znacznych kosztów lub najwyższej staranności w podjęciu działań sanacyjnych pozostanie irrelewantne, jeśli nie doprowadza do osiągnięcia wymaganego skutku. W świetle literalnego brzmienia art. 110 ust. 2 pkt 3 Pzp katalog ich jest nieograniczony. Może okazać się konieczne wdrożenie działań wykraczających poza katalog ustawowy, który obejmuje: zerwanie powiązań z podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowości (np. rozwiązanie umów), reorganizację personelu, wdrożenie systemu sprawozdawczości i kontroli, jak również utworzenie struktury audytu do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji i standardów, a także wprowadzenie wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie unormowań wewnętrznych. Przywołane czynności powinny być – *verba legis* – „konkretne” oraz „odpowiednie” (adekwatne) bez względu na to, czy ich natura jest techniczna, organizacyjna lub kadrowa. W efekcie, nie będą prowadzić do odzyskania wiarygodności realizacyjnej działania ogólne, niemożliwe do zrealizowania w ogóle lub w danym czasie, abstrahujące od konkretnej przyczyny nieprawidłowości, działania deklaratywne (np. wprowadzenie regulacji bez egzekwowania ich stosowania) (*contra facta non valent argumenta*). Adekwatność należy oceniać z perspektywy osiągnięcia skutku prewencyjnego. Działania wykonawcy winny zostać osadzone na zidentyfikowanej przyczynie nieprawidłowości, a następnie wywoływać w obszarze stwierdzonych naruszeń realny efekt korekcyjno-prewencyjny na przyszłość. Powinna w tym względzie występować odpowiednia relacja kauzalna.

W świetle poczynionych ustaleń, formuła prawna tzw. samooczyszczenia wzmacnia obowiązek realnego wykonania zamówienia. W pierwszym wymiarze, sprzyja ono przywracaniu przez wykonawcę stanu zgodności rzeczywistego wykonania z treścią zobowiązania, czy to w sferze zaspokojenia roszczenia pierwotnego, czy też roszczeń wtórnych. W drugim aspekcie, samooczyszczenie stanowi rozwiązanie potwierdzające, że dłużnicza strona zamówienia publicznego ponownie budzi zaufanie dzięki odbudowanej wiarygodności realizacyjnej.

3. Warunki wymagane od wykonawców

Potencjał wykonawcy niezbędny do spełnienia zamówionego świadczenia łączy się bezpośrednio ze „zdolnością do należytego wykonania zamówienia”, która ma znaczenie fundamentalne w obliczu celu zamówienia przeznaczanego na ciągłe zaspokajanie potrzeb publicznych. W odniesieniu do pojęcia tej zdolności w piśmiennictwie i orzecznictwie⁷¹⁸ wskazuje się w pierwszej kolejności na aspekty proceduralne rzutujące na prawidłowość określonych warunków udziału w postępowaniu. Zdolność ta nie stanowi z pewnością szczególnej zdolności prawnej w obszarze zamówień publicznych, ponieważ za tą ostatnią zasadniczo uznaje się prawną możliwość bycia (stania się) podmiotem praw i obowiązków z zakresu prawa cywilnego, co wyklucza określanie jej w drodze czynności prawnej⁷¹⁹. W ujęciu słownikowym „zdolny” to „mogący coś zrobić”. Zdolność do należytego wykonania zamówienia oceniana jest przy pomocy warunków zamówienia, w szczególności warunków udziału w postępowaniu. Nie bez znaczenia jest też przedmiot zamówienia, jego cechy konstytutywne oraz uzupełniające, jak również termin wykonania. To wszystko uzasadnia ujęcie, zgodnie z którym „zdolność do należytego wykonania zamówienia” to możliwość realnego wykonania zamówienia zgodnie z art. 354 KC, a także poniesienia ryzyk kontraktowych z uwagi na znajdowanie się w sytuacji prawno-faktycznej określonej warunkami zamówienia. Zdolność do należytego wykonania zamówienia ma charakter cywilnoprawny, łączy się z warunkami udziału w postępowaniu, pojmowanymi jako korzystne przesłanki podmiotowe zamówienia publicznego.

Niezbędne predyspozycje wykonawcy wynikają z celu oraz treści zobowiązania, w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy. Zamawiający winien odnieść wspomniane atrybuty do katalogu warunków

⁷¹⁸ Zob. np. M. Sieradzka, *Warunki udziału...*, op. cit., s. 6., eadem, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 112, Legalis; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 112, pkt 1 i nast., M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 112, pkt 1 i nast.; K. Śliwak, *Zasada równego traktowania przy kwalifikacji podmiotowej w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2022, s. 118 i nast., 134 i nast. Pojęcie to nie występuje w: *Leksykon zamówień publicznych*, Warszawa 2020, s. 490 i nast.; por. wyrok KIO z 14.03.2024 r., KIO 583/24, Lex; wyrok KIO z 15.02.2022 r., KIO 261/22, Lex; wyrok KIO z 26.04.2022 r., KIO 1003/22, Lex – badaniu poddano orzecznictwo KIO na tle art. 112 Pzp w bazie Lex oraz Legalis (wg stanu na dzień 01.12.2024).

⁷¹⁹ Zob. S. Grzybowski, [w:] Grzybowski S. (red. tomu), Czachórski W. (red. naczelny), *System Prawa Cywilnego. Tom I. Część ogólna*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 284; M. Pazdan, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom I*, Warszawa 2012, s. 1022 i nast. oraz przywołana literatura; podobnie R. Strugała, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023, art. 8, pkt I.1, Legalis; P. Księżak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 8, pkt B.2 Legalis.

udziału w postępowaniu, spośród których obowiązany jest wybrać minimalne, pozwalające jednak prawidłowo spełnić zamówione świadczenie. W ten sposób zbudowany zostaje wzorzec wykonawcy zdolnego wykonać zobowiązanie należycie. Wyjątkowo, w procedurach negocjacyjno-przetargowych, gdy warunki kontraktowe i odpowiadające im obowiązki umowne nie są z góry znane, wzorzec kompetentnego wykonawcy w mniejszym stopniu odnosi się do konkretnego przedmiotu zamówienia i konkretnej treści umowy finalnej. W tych przypadkach, kluczowe znaczenie ma cel zamówienia, a w szczególności przeznaczenie jego przedmiotu. Zakres potencjalnej zdolności zależy od okoliczności indywidualnego zamówienia. Na dodatek, zdolność do prawidłowego wykonania świadczenia staje się złożona w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie (spółka cywilna, tzw. konsorcja). W praktyce wyodrębnia się niekiedy zdolność zwykłą oraz kumulatywną. W tym drugim przypadku chodzi o zdolność skupiającą potencjały co najmniej dwóch podmiotów. W praktyce występują w tym zakresie układy horyzontalne (np. spółka cywilna, konsorcja), wertykalne (udostępnianie zasobów przez podmiot trzeci) oraz mieszane (konsorcjum korzystające z zasobów podmiotu trzeciego). W obrocie zauważa się również zdolność zwykłą i kwalifikowaną. Ta ostatnia obejmuje potencjał realizacyjny wynikający z kryteriów selekcji.

Pojęcie warunków udziału w postępowaniu nie zostało zdefiniowane w ustawie⁷²⁰. Nie jest też jednolicie rozumiane w doktrynie i orzecznictwie. Według jednego stanowiska, są to pozytywne przesłanki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o charakterze podmiotowym, służące ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania⁷²¹. W kolejnym ujęciu uznaje się je za kryteria dotyczące przymiotów wykonawcy, służące ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia⁷²². Następne zapatrywanie, nawiązujące do interpretacji UZP, określa te warunki jako swoiste, związane ze specyfiką danego zamówienia kryteria odnoszące się do właściwości podmiotowych wykonawcy, mające na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do zrealizowania

⁷²⁰ Termin ten występuje w definiensach kryteriów selekcji oraz podmiotowych środków dowodowych (art. 7 pkt 9 i 17 Pzp).

⁷²¹ Zob. np. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 112, pkt 2; K. Śliwak akcentuje związek warunków z potencjałem w zakresie należytego wykonania zamówienia, zob. K. Śliwak, *Zasada równego...*, op. cit., s. 118 i nast.

⁷²² M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 112, pkt 1 i nast., Lex.

zamówienia⁷²³. Z kolei wedle rozstrzygnięcia WSA w Łodzi, warunki udziału to okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość ubiegania się o zamówienie, które mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia⁷²⁴. Natomiast w jednych z rozstrzygnięć KIO przyjęto interpretację, zgodnie z którą są to okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o zamówienie publiczne⁷²⁵. Jak można zauważyć, przedstawione zapatrywania zasadniczo łączą warunki udziału z pozytywnymi przesłankami służącymi ocenie, czy wykonawca rokuje pozytywnie co do należytego wykonania umowy. W efekcie, z perspektywy zasady realnego wykonania można przyjąć stanowisko M. Sieradzkiej, zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu to wymogi pozwalające ocenić zamawiającemu zdolności wykonawcy do prawidłowego (należytego) wykonania zamówienia publicznego⁷²⁶. Ustawa Pzp łączy właściwości podmiotowe dłużnika z jakością spełnianego świadczenia. Według art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp, jakościowe kryteria oceny ofert mogą być związane z organizacją, kwalifikacjami zawodowymi oraz doświadczeniem osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeśli elementy te mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. W tym przypadku wskazane elementy podmiotowe mogą awansować do konstytutywnych cech świadczenia. W praktyce wyróżnia się warunki abstrakcyjne oraz warunki *in concreto*. Te drugie dotyczą indywidualnego zamówienia i skupiają się na konkretnym wycinku potencjału realizacyjnego wykonawcy. Ich ustalanie należy do zamawiającego, który odnosi się do normatywnie wytyczonych atrybutów wykonawcy. Jak zasygnalizowano, na tle rozważań o wymogu należytej staranności, ich określenie łączy się ze wzorcem starannego dłużnika w rozumieniu art. 355 KC. Mogą zatem podwyższać próg staranności, a tym samym obostrzać pierwotne powinności dłużne, jak i przesłanki odpowiedzialności

⁷²³ W. Bereszek, [w:] P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid (red.), *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 243; zob. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – Urząd Zamówień Publicznych, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-Pzp/inne/warunki-udzialu-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>, [data dostępu: 10.12.2024].

⁷²⁴ WSA w Łodzi wyrok z 02.02.2021 r., III SA/Łd 808/20, Lex.

⁷²⁵ Wyrok KIO z 14.03.2024 r., KIO 583/24, Lex.

⁷²⁶ Zob. M. Sieradzka, *Warunki udziału...*, op. cit., s. 6.

kontraktowej, a także rzutować na możliwość przewidywania określonych ryzyk kontraktowych.

W imię zasady proporcjonalności zamawiający jest zobowiązany określić warunki udziału w postępowaniu. Na gruncie kodeksu cywilnego dopuszczalność braku wymagań podmiotowych nie budzi zastrzeżeń. Natomiast na tle prawa zamówień publicznych zasadniczo możliwe są dwa stanowiska. Według pierwszego, które przeważa w piśmiennictwie i judykaturze, zamawiający ma pełną swobodę niepostawienia żadnych warunków udziału w postępowaniu⁷²⁷. Zasadnicze argumenty zwolenników tego nurtu opierają się na literalnym brzmieniu art. 57 pkt 2 Pzp i zakazu wykładni *per non est*. Można opowiedzieć się jednak za wariantem rygorystycznym, wedle którego zamawiający ma obowiązek postawić warunki udziału w zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji. Odpowiedzi nie ułatwia niekonsekwencja redakcyjna ustawodawcy⁷²⁸, ale stanowisku temu sprzyja kilka argumentów. Po pierwsze, art. 57 ust. 2 Pzp zdaje się określać cechy wykonawcy, który – *verba legis* – może ubiegać się o udzielenie zamówienia, ale nie reguluje, kwestii skorzystania przez zamawiającego z kompetencji do określenia warunków udziału (*argumentum a rubrica*). Po drugie, przyznanie zamawiającemu pełnej swobody w analizowanym zakresie kolidowałoby z literalnym brzmieniem art. 112 ust. 1, art. 134 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz zakazem wykładni *per non est* tych przepisów⁷²⁹. Kolejnych argumentów dostarczają zasada proporcjonalności oraz efektywności. Skoro warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia może być warunek zbyt niski⁷³⁰, to tym bardziej nieproporcjonalny może być brak warunku. Trudno też uznać, jakoby prawodawca

⁷²⁷ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 57, pkt 3; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, art. 57, pkt 5, Legalis; D. Grześkowiak-Stojek, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 57, lit. C.3, Legalis; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 57, pkt 2, Lex; A. Gawrońska-Baran, W. Dzierżanowski, *Warunki wymagane od wykonawców w nowym ujęciu*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 1, s. 20; K. Śliwak, *Zasada równego...*, op. cit., s. 134 oraz przywołane tam orzecznictwo KIO; E. Wiktorowska, *Zasada proporcjonalności i uczciwej konkurencji przy określaniu warunków udziału w postępowaniu*, „DNPzp” 2024, Nr 1, s. 7 i nast.; według M. Lubiszewskiego przepisy Pzp odzwierciedlają normę kompetencyjną bez przesądzania, czy jest to obowiązkiem, czy uprawnieniem zamawiającego, zob. M. Lubiszewski, *Odpowiedzialność zamawiającego za udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy niezdolnemu do jego wykonania*, „PZP. Kwartalnik” 2019, Nr 2, s. 99 i nast.; wyrok KIO z 28.01.2022 r., KIO 64/22, Legalis; wyrok KIO z 12.11.2020 r., KIO 2777/20, www.szukio.pl.

⁷²⁸ Por. literalne brzmienie art. 57 pkt 2, art. 112 ust. 1, art. 134 ust. 1 pkt 8, art. 281 ust. 2 pkt 2 Pzp.

⁷²⁹ Wniosek ten opiera się na założeniu, że przywołanej informacji nie stanowiłoby wskazanie: „zamawiający nie stawia warunków udziału w postępowaniu”, gdyż byłaby to informacja o braku warunków udziału.

⁷³⁰ Zob. M. Lubiszewski, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 101 oraz przywołane tam orzecznictwo, Legalis – pogląd autora zachowuje aktualność w obecnym stanie prawnym; zob. również wyrok KIO z 6.02.2018 r., KIO 127/18, www.szukio.pl; wyrok KIO z 5.11.2015 r., KIO 2288/15, Lex; wyrok KIO z 19.07.2013 r., KIO 1623/13, Lex; wyrok KIO z 17.07.2009 r., KIO/UZP 857/09, Lex. Na gruncie poprzedniego stanu prawnego zob. I. Skubiszak-Kalinowska, [w:] *Prawo zamówień publicznych, Komentarz aktualizowany*, Lex, art. 22 Pzp, pkt 9, Lex.

założył, że każdy podmiot o pełnej zdolności do czynności prawnych jest w stanie faktycznie zrealizować umowę o wartości przekraczającej 130 tys. złotych. Nie można oczywiście wykluczyć przypadków, w których „prosta” umowa uzasadniałaby brak wymagań podmiotowych, lecz sytuacja taka stanowiłaby wyjątek.

Zdolność do występowania w obrocie gospodarczym to wymóg wstępny, ponieważ nie można udzielać zamówienia publicznego jednostkom bez podmiotowości w sferze prawa cywilnego (zamówienie to umowa majątkowa), choć w praktyce sporadycznie zdarza się jego naruszenie. Warunek ten ma zatem znaczenie głównie prewencyjne. Forma organizacyjna wykonawcy nie ma większego znaczenia (indywidualna osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej - art. 7 pkt 30 Pzp), byleby pozostawała w zgodzie z prawem kraju, na terenie którego ma siedzibę. W zakresie statusu prawnego jednostek organizacyjnych mogą być różnice międzypaństwowe, w szczególności temu, kto działa (przedsiębiorca) poza normami prawa przedmiotowego traktowany jest jako bezprawny uczestnik obrotu. Nie każda forma organizacyjna zapewnia jednostce nieograniczoną zdolność majątkową zwłaszcza do zaciągania zobowiązań we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność. Dlatego w obrębie niektórych osób prawnych obowiązują ograniczenia w prowadzeniu działalności (np. w odniesieniu do niektórych samorządowych osób prawnych), z wyjątkiem wojewódzkich spółek kapitałowych⁷³¹. Inne mogą prowadzić działalność gospodarczą uboczną, obok podstawowych zdań statutowych. Funkcjonują też takie jednostki, które w ogóle nie posiadają zdolności do zaciągania zobowiązań majątkowych bezpośrednio w swoim imieniu, a swoje uczestnictwo w obrocie czerpią z podmiotowości osób, które je utworzyły (np. wspólnoty mieszkaniowe, spółki cywilne, stowarzyszenia zwykłe). Nie mogą więc skutecznie ubiegać się o zamówienia publiczne. Szczególny przypadek stanowi samorządowy zakład budżetowy, operujący na zasadach komercyjnych wyłącznie w kilkunastu wąsko ujętych obszarach według art. 15-16 u.f.p. Jako jednostka wewnętrzna, pozbawiona osobowości prawnej może działać w imieniu i na rachunek gminy (powiatu, województwa) także w zakresie zaciągania zobowiązań na podstawie pełnomocnictwa udzielonego indywidualnie dyrektorowi zakładu. Według przepisów Pzp jednostka mająca status zamawiającego może zostać wykonawcą u innego zamawiającego. W każdym razie o zdolności ubiegania się o zamówienie publicznie rozstrzyga ostatecznie ustawa.

⁷³¹ Por. art. 13 ust. 2 ustawy o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. 2024, poz. 1907).

Wymaganie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym wiąże się z weryfikacją o charakterze dokumentacyjnym⁷³². Są to krajowe rejestry (ewidencje) prowadzone dla przedsiębiorców, natomiast rejestry (ewidencje) zawodowe są przede wszystkim rejestrami (ewidencjami) osób wykonujących wolne zawody oraz rzemieślników. W przypadku wykonawców z siedzibą lub miejscem zamieszkania w Polsce jest to rejestr przedsiębiorców KRS oraz Centralna Ewidencja Działalności Gospodarczej⁷³³. Zamawiający często odwołują się do tych dokumentów, bowiem sprawdzają się w praktyce.

Wymóg dotyczący uprawnień do prowadzenia działalności reglamentowanej administracyjnie rzutuje na możliwość niezakłóconej realizacji zamówienia publicznego⁷³⁴. Prowadzenie działalności gospodarczej jest wolne zarówno na obszarze państwa polskiego, jak UE, choć nie zawsze ubieganie się o zamówienie może być zależne od jej wykonywania. Każdy ma możliwość podejmowania działalności profesjonalnej, lecz w formach unormowanych prawem. Tylko wyjątkowo w zakresie: a) paru dziedzin istotnych dla interesów państwowych wymagane jest uzyskanie niezbędnej koncesji w postaci decyzji właściwego ministra lub innego organu państwa (np. do ochrony osób lub mienia, wykonywania przewozów lotniczych, dystrybucji paliw, nadawania programów radiowo telewizyjnych), b) kilkudziesięciu dziedzin obarczonych zagrożeniami i uwarunkowanych istnieje potrzeba uzyskania indywidualnego zezwolenia administracyjnego wydawanych przez właściwe organy (np. w zakresie działalności transportowej, zagospodarowania odpadów, maklerskiej, produkcji leków, a także c) licznych przypadków działalności wymagającej zachowania szczególnych wymagań ustawowych (np. działalności leczniczej, telekomunikacyjnej, archiwalnej), wymaga się stosownej rejestracji administracyjnej oraz kontroli przestrzegania prawa sprawowanej przez właściwy organ. Ten, kto prowadzi taką działalność regulowaną z naruszeniem przepisów uważany jest za przedsiębiorcę bezprawnego, działającego w okolicznościach zagrożonych odpowiedzialnością karną. Dlatego według art. 114 Pzp zamawiający może weryfikować posiadanie przez wykonawcę odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji

⁷³² Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 113, pkt 1; podobnie M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 113, pkt 1 i nast., Lex; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 113, pkt 2, Legalis.

⁷³³ Zob. A. Matusiak, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 113, pkt 2, Legalis; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 113, pkt 3, Lex; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 113, pkt 2 i nast., Legalis.

⁷³⁴ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 114, pkt 1 i nast., tak też M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 114, pkt 1, Lex.

lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, także wówczas, gdy ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju pochodzenia wykonawcy. Sprawdzeniu zamawiającego może podlegać również status członkowski w określonych organizacjach, jeśli pozostaje on niezbędny do świadczenia określonych usług w kraju wykonawcy. Warunek ten ma charakter osobisty, ponieważ nie może on zostać wypełniony dzięki udostępnieniu zasobów. Zamawiający może żądać wykazania się uprawnieniami wyłącznie w zakresie wymaganym przepisami odrębnymi, skorelowanymi odpowiednio z przedmiotem zamówienia⁷³⁵. Jeśli tylko niektóre aspekty wykonawcze wymagają uprawnień, żądanie zamawiającego dotyczy tych zadań. O ile orzecznictwo nie nakazuje, żeby zamawiający żądał wszystkich pozwoleń, dopuszczając poprzestanie jedynie na ich wycinku⁷³⁶, to zamawiający powinien zachować w tym względzie daleko posuniętą staranność. Analizowane obostrzenia rzutują na realne spełnienie świadczenia przynajmniej w trzech aspektach. Po pierwsze, uwarunkowania reglamentacyjne niejednokrotnie wiążą się z obowiązkiem dysponowania przez przedsiębiorcę określonymi zasobami finansowymi, w tym niepochodzącymi z pożyczek lub kredytów, środkami technicznymi, prowadzeniem działalności przy pomocy odpowiedniego personelu oraz z przestrzeganiem innych, niekiedy rygorystycznych, wymagań⁷³⁷. W takich wypadkach, w sposób pośredni potwierdza się szerszą zdolność realizacyjną wykonawcy. Po drugie, kwalifikowane wymagania podmiotowe mają oczywiste znaczenie dla roszczenia o wykonanie zamówienia w sytuacjach, w których wymagana jest szczególna właściwość po stronie dłużnej. Gdyby określoną cechą podmiotową wykonawcy (uprawnienia) uznać za element konstrukcyjny, to ich brak prowadziłby do nieistnienia obowiązku wykonania. Nie ulega wątpliwości, że może to dotyczyć całości lub niektórych tylko obowiązków pierwotnych (art. 58§3 KC). Zamawiający zobowiązany jest zatem wnikliwie przygotować i ustalić treść zamówienia, zwłaszcza w zakresie opisu jego przedmiotu. W piśmiennictwie zasadniczo wskazuje się na brak reguły ogólnej co do tego czy naruszenie norm określających obligatoryjne cechy podmiotowe strony umowy stanowi sprzeczność z ustawą. Zasadniczo przyjmuje się, że jeśli istniałby ścisły związek między działaniem oraz jakością, do której strony są

⁷³⁵ Tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 114, pkt 2; podobnie: M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 114, pkt 2, Legalis; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 114, pkt 1, Lex.

⁷³⁶ Zob. L. Łamejko, *Warunek posiadania uprawnień w praktyce orzeczniczej KIO*, „DNPzp” 2024, Nr 1, str. 45 i nast. wraz z cyt. orzecznictwem.

⁷³⁷ Zob. np. art. 32 i nast. Pr. energ., art. 6 i nast. ustawy z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz. U. 2024, poz. 838).

zobowiązane a wymaganiami podmiotowymi, to wówczas wskazaną sprzeczność należałoby stwierdzać⁷³⁸. Po trzecie, wymóg dysponowania przybliżanymi uprawnieniami wpływać może co najmniej na terminowość wykonania zamówienia. Byłaby ona zagrożona, gdyby przed zawarciem umowy lub w toku realizacji zamówienia okazało się, że wykonawca zobowiązany jest dopiero uzyskiwać niezbędne uprawnienia.

Warunek w postaci dysponowania dostatecznym potencjałem ekonomicznym gwarantuje nie tylko zdolność do ponoszenia koniecznych nakładów, lecz także zdolność do ponoszenia odpowiedzialności z tytułu obciążeń gospodarczych. W szczególności braki w wyposażeniu majątkowym wykonawcy (środki trwałe) i nadmierne zadłużenie osłabiają jego zdolność realizacyjną. Na przód wysuwają się określone zasoby majątkowe warunkujące sprawną obsługę zamówień, przede wszystkim w zakresie spełnienia świadczenia pierwotnego i ponoszenia ryzyka kontraktowego. Z kolei zdolność finansową łączy się tradycyjnie z możliwością sfinansowania kosztów realizacji świadczenia, a jej rozmiar odnosi się do wartości zamówienia. Aktualne jest stanowisko TSUE, zgodnie z którym wymagania w tym zakresie powinny być właściwe do wykazania bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania zamówienia⁷³⁹. Potencjał „niezbędny” w rozumieniu art. 115 ust. 1 Pzp powinien być wymagany w stopniu minimalnym; lecz chodzi o wykonanie należyte, a nie jakiegokolwiek⁷⁴⁰. Zarówno dyrektywa, jak i ustawa Pzp nie ograniczają swobody zamawiającego odnośnie do doboru warunków *in concreto*⁷⁴¹. Praktyka obrotu wskazuje, że dopuszczalnymi sposobami wykazywania tych zdolności jest udokumentowanie tzw. zdolności kredytowej w odniesieniu do kredytu lub pożyczki celowej na potrzeby kontraktu, obowiązek utrzymywania w dyspozycji pewnej kwoty przez czas realizacji umowy, jak również wskaźnik minimalnego obrotu w obszarze objętym zamówieniem, a także pewne zadowalające inne wskaźniki finansowe⁷⁴². Jak wiadomo, zasoby ekonomiczno-

⁷³⁸ Tak co do nieważności, względnie innych następstw uchybienia normom kompetencyjnym do zawierania danych umów zob. R. Trzaskowski, *Granice swobody...*, op. cit., s. 261; M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017, s. 230; P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 584 i nast., według którego występowanie sankcji administracyjnych lub karnych świadczyć może o braku sankcji nieważności.

⁷³⁹ Wyrok TSUE z 13.07.2017 r., C-76/16, pkt 33, 38, ECLI:EU:C:2017:549.

⁷⁴⁰ Tezę tę wzmacnia wyrok TSUE z 31.03.2022 r., C-195/21, pkt 50, ECLI:EU:C:2022:239; wyrok TSUE z 26.01.2023, C-403/21, pkt 60, ECLI:EU:C:2023:47.

⁷⁴¹ Por. Wyrok TSUE z 7.09.2021 r., C-927/19, pkt 71, 74; ECLI:EU:C:2021:700; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 115, pkt 2, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 115, pkt 1 i nast.; M. Sieradzka, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 115, pkt 2, Legalis; eadem, *Warunki udziału...*, op. cit., s. 50. Interpretację tę potwierdza również otwarty katalog podmiotowych środków dowodowych (§8 rozp.śr.dow.).

⁷⁴² Wyrok TSUE z 13.07.2017 r., C-76/16, pkt 36–38; ECLI:EU:C:2017:549; wyrok TSUE z 7.09.2021 r., C-927/19, pkt 74, 78; ECLI:EU:C:2021:700; M. Grabarczyk, *Problematyka zdolności ekonomicznej wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia*, „DNPZP” 2024, Nr 2, s. 7 i nast.

finansowe mogą mieć znaczenie dla licznych zamówień na roboty budowlane oraz dostawy z uwagi na ustawowe prawo do odstąpienia przez zamawiającego od umowy w razie opóźnienia, także wówczas, gdy opóźnienie zostało spowodowane brakiem środków na realizację (por. art. 635 KC).

Zdolność techniczna oraz zawodowa łączy się z realnym wykonaniem zamówienia w sposób bezpośredni. Zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp zamawiający uprawniony jest określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, które umożliwią wykonanie go na odpowiednim poziomie jakości. Na przód wysuwają się tu możliwości związane z odpowiednimi do potrzeb publicznych właściwościami świadczenia. Aspekt techniczny potencjału wiąże się ze środkami natury technicznej i wyposażeniem w postaci maszyn, urządzeń i narzędzi. Natomiast zdolność zawodowa determinowana jest wykształceniem, kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem samego wykonawcy oraz jego personelu, a szczególna rola w tym zakresie przypadnie kadrze kierowniczej, organizacji oraz strukturze przedsiębiorstwa wykonawcy⁷⁴³. Z perspektywy realnego wykonania zamówienia trzeba zwrócić uwagę na aż pięć kwestii. W praktyce obrotu w pierwszej kolejności liczą się wiedza i doświadczenie wykonawcy. Doniosłe jest nie tylko posiadanie samego przedsiębiorstwa z załogą, lecz liczy się także jakość, z jaką funkcjonuje. W analizowanym kontekście ma charakter złożony, przy czym na plan pierwszy wysuwa się to, jak ono funkcjonuje. W ujęciu słownikowym doświadczenie to ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie praktyki i obserwacji, a nawet własnej empirii⁷⁴⁴. Na gruncie zamówień publicznych aktualne pozostaje stanowisko SN⁷⁴⁵, zgodnie z którym posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oznacza stan dysponowania przez wykonawcę zarówno osobami zapewniającymi prawidłowe wykonanie zamówienia, jak i składnikami takimi jak *know-how*, tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacja, *goodwill*, renoma itp. W efekcie, odróżniać należy wiedzę i doświadczenie związane z osobą przedsiębiorcy oraz jego pracownikami od składników niematerialnych przedsiębiorstwa związanych z wiedzą i doświadczeniem.

⁷⁴³ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 116 pkt 2; odmiennie M. Sieradzka, która – jak się wydaje – ujmując w obrębie zdolności technicznej elementy wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia, zob. M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 116, pkt 3, Legalis. Autorka w dawniejszym stanie prawnym uznawała, iż za zdolność techniczną i zawodową rozumie się doświadczenie poparte odpowiednimi referencjami – zob. M. Sieradzka, *Warunki udziału...*, op. cit., s. 57.

⁷⁴⁴ Zob. „doświadczenie” – definicja, synonimy, przykłady użycia, <https://sjp.pwn.pl> [dostęp: 01.06.2024 r.].

⁷⁴⁵ Postanowienie z 7.10.2008 r., III CZP 87/08, Lex.

Z kolei w literaturze przedmiotu wskazuje się, że doświadczenie to zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do faktycznego wykonania określonych czynności (niezawodność), którego natura wyraża się w umiejętnościach organizacyjno-praktycznych, zwłaszcza co do przewidywania zagrożeń i ryzyk, które nabywa się z upływem czasu w trakcie realizacji podobnych obowiązków⁷⁴⁶. W efekcie, jednorazowe wykonanie czynności w ramach jednej i tej samej umowy na ogół nie wystarcza dla zbudowania zaufania w zakresie wiedzy i doświadczenia⁷⁴⁷. Po drugie, doświadczenie służy realnemu wykonaniu zamówienia i samo stanowi wynik wcześniejszych rzetelnych realizacji zobowiązań gospodarczych. *Ratio legis* obowiązującego rozwiązania stanowił rezultat debaty dotyczącej powoływania się przez członków konsorcjum na doświadczenie zdobyte podczas wspólnej realizacji zamówienia. Zauważalne były dwa konkurujące ze sobą spojrzenia. Już sam status współdłużnika świadczenia niepieniężnego uzasadniał powoływanie się na doświadczenie wiążące się z całością spełnianego świadczenia. Bardziej rygorystyczne podejście uznawało, że doświadczenie zdobywa się wyłącznie dzięki uczestnictwu w realnym spełnianiu zamówionego świadczenia. Stosownie do wyroku TSUE z 04.05.2017 r., C-387/14⁷⁴⁸, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt zostania członkiem grupy i bez względu na wkład, jaki miał w tę grupę, lecz poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana była ta grupa wykonawców⁷⁴⁹. Rozstrzygnięcie Trybunału z 07.09.2021 r. C-927/19 także rozwija tezę, że liczy się rzeczywisty wkład w działalność realizacyjną grupy wykonawców, analogiczną do działalności stanowiącej przedmiot zamówienia publicznego, w odniesieniu do którego zamierza się udowodnić spełnianie warunku udziału w postępowaniu⁷⁵⁰. *De lege lata*, obowiązuje drugie rozwiązanie. W przypadku doświadczenia zdobytego w ramach współrealizacji wykonawca może powoływać się

⁷⁴⁶ R. Szostak, *Glosa do postanowienia SN z 7.10.2008 r., III CZP 87/08*, „PZP. Kwartalnik” 2009, Nr 1, pkt VI, Legalis. Pogląd autora został przywołany na tle obowiązującego Pzp przez H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 116, pkt 2; odmiennie M. Stachowiak, [w:] *Leksykon zamówień...*, op. cit., s. 491.

⁷⁴⁷ Zob. M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 116, pkt 3 oraz przywołane tam orzecznictwo KIO, Legalis; wyrok SO w Szczecinie z 12.11.2014 r., VIII Ga 327/14, www.szukio.pl; K. Śliwak, *Zasada równego...*, op. cit., s. 193 oraz przywołane tam orzecznictwo KIO. Autorka wskazuje na zasadę wynikania doświadczenia z powtarzalnych realizacji, co pozwala wykazać ugruntowany charakter zdobytych umiejętności; na „powtarzalne umiejętności” zwraca uwagę M. Stachowiak, [w:] *Leksykon zamówień...*, op. cit., s. 491. Pośrednie potwierdzenie tej interpretacji odnaleźć można w literalnym brzmieniu § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 rozp.śr.dow., które dostarcza argumentu na rzecz „niejednorazowości” działań skutkujących uzyskaniem doświadczenia. Każdorazowo powinny jednak przesądzać okoliczności *in concreto*.

⁷⁴⁸ EU:C:2017:338

⁷⁴⁹ Wyrok TSUE z 4.05.2017 r., C-387/14, pkt 62, 63, EU:C:2017:338.

⁷⁵⁰ Wyrok TSUE z 7.09.2021 r., C-927/19, pkt 82, ECLI:EU:C:2021:700. Orzeczenie dotyczyło wykazywania zdolności ekonomicznej i finansowej, polegającej na uzyskaniu określonego obrotu w obszarze objętym zamówieniem.

jedynie na roboty budowlane, usługi, dostawy, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył, a co do usług i dostaw obejmujących świadczenia powtarzające się lub ciągle, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy⁷⁵¹. Jak się zdaje, znaczenie przywołanego przepisu jest szersze. Pozwala ono zrekonstruować naturę zdobywania doświadczenia w ogóle i odnosić ją do realizacji indywidualnych. Szczegółowe postaci „bezpośredniego uczestnictwa” zależą od okoliczności konkretnej sprawy⁷⁵². Niezbędne doświadczenie wykonawcy weryfikuje się na podstawie wykazów (zestawień) zamówień wykonanych w odpowiednich latach, potwierdzonych ewentualnymi referencjami. Liczące się okresy wykonania muszą przypadać najdalej na pięć lat przed wszczęciem postępowania w przypadku robót budowlanych oraz na trzy lata co do usług lub dostaw. Wymaga się weryfikacji relatywnie aktualnego doświadczenia⁷⁵³. Po trzecie, potencjał kadrowy stanowi wyróżniający się element kluczowy w obrębie zdolności zawodowej wykonawcy. Towarzyszy mu na ogół założenie o nowoczesnym sposobie wykonania świadczenia wyższej jakości. Ustawa pozwala zweryfikować podmiotowe zdolności realizacyjne pod kątem kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia, wykształcenia osób dedykowanych do realizacji świadczenia, kadry kierowniczej i samego wykonawcy. Na dodatek sprawdzenie może obejmować zakres czynności, które dane osoby będą wykonywać oraz podstawy prawne do dysponowania tymi podmiotami przez wykonawcę⁷⁵⁴. Udzielenie przez wykonawcę wskazanych informacji już na tym etapie wymaga zazwyczaj czynności planistyczno-przygotowawczych. Nie budzi też wątpliwości w piśmiennictwie i orzecznictwie⁷⁵⁵ szeroka dopuszczalność weryfikacji potencjału osobowego zarówno w

⁷⁵¹ Por. §9 ust. 3 rozp.śr.dow. Zob. *Uzasadnienie rozporządzenia w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy*, s. 12; <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/526/12338054/12717495/12717496/dokument463742.pdf>.

⁷⁵² Zob. wyrok KIO z 11.07.2022 r., KIO 1622/22, www.szukio.pl; wyrok KIO z 2.07.2019 r., KIO 1082/19, www.szukio.pl; wyrok z 7.02.2020 r., KIO 130/20, www.szukio.pl.

⁷⁵³ Stosownie do § 9 ust. 4 rozp.śr.dow., okresy pięcioletni i trzyletni mogą zostać przedłużone celem zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji. Tutaj zasada należytego wykonania traci na intensywności na rzecz korzyści płynących z większej konkurencji.

⁷⁵⁴ Zob. unormowanie § 9 ust. 1 pkt 3, pkt 7, pkt 9 rozp.śr.dow. w zakresie dopuszczalnej treści a) wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego b) oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub jego kadry kierowniczej c) oświadczenia co do wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej.

⁷⁵⁵ Por. W. Hartung i in., *Dyrektywa 2014/24/UE...*, op. cit., art. 67, pkt 5, Legalis; A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do...*, op. cit., art. 67, pkt 5, Lex; E. Wiktorska, *Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia*, „ZP Doradca” 2017, Nr 5, s. 70, Legalis; także: K. Śliwak, *Zasada równego...*, op. cit., s. 20, 198; wyrok TSUE z 1.03.2018 r., C-9/17, pkt 37 i nast., ECLI:EU:C:2018:142. Chodzi przy tym o cechy osób, których praca znacząco oddziałuje na realne spełnienie świadczenia zob. wyrok KIO z 27.03.2023 r., KIO 540/23, Lex; wyrok KIO z 4.02.2022 r., KIO 3579/21, Lex; wyrok KIO z 4.02.2022 r., KIO 3579/21, Lex. W świetle wyroku TSUE z 1.03.2018 r., C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 zasadnicze znaczenie zdaje się mieć czy funkcja danego wymogu polega na wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, czy też stanowi warunek dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Jest to rozstrzygane *in concreto*. W świetle rozstrzygnięć TSUE za kryteria udzielenia zamówienia nie mogą być uznawane takie, które nie mają na celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty

ramach kwalifikacji podmiotowej, jak i kryteriów oceny ofert (art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp). W takich przypadkach, warunki w ramach kwalifikacji podmiotowej powinny zostać określone na poziomie minimalnym, natomiast dodatkowe wymagania, rzutujące na jakość realizacji, powinny być dodatkowo wartościowane w ramach kryteriów oceny ofert. Weryfikacja dokumentacyjna może odbywać się w ramach ustalania rankingu ofert⁷⁵⁶. Po piąte, zdolność techniczna odgrywa rolę nieco mniejszą, lecz wciąż niebagatelną. Tutaj potwierdza się dysponowanie przez przyszłego dłużnika instrumentarium w postaci urządzeń i środków technicznych, zdolności produkcyjnych, narzędzi, wyposażenia zakładu, właściwości dostarczanych produktów. Ma to znaczenie w sytuacjach, w których zamawiający kładzie nacisk na odpowiedni sposób wytwarzania przedmiotu zamówienia. Na uwagę zasługuje w tym względzie dopuszczalność przeprowadzenia przez zamawiającego kontroli w przedsiębiorstwie wykonawcy⁷⁵⁷. Inaczej niż inne środki dowodowe, wykracza to bowiem poza dokumentacyjną formę weryfikacji zdolności realizacyjnych. Wiąże się z koniecznością rzetelnego sprawdzenia przez zamawiającego istniejącego stanu rzeczy, tak że dopiero pozytywny wynik weryfikacji uznać można za miarodajny. Dotyczy to zamówień, których przedmiot obejmuje usługi lub produkty o „złożonym charakterze”, a także usługi lub produkty „o szczególnym przeznaczeniu”, jeśli dodatkowo zachodzi szczególnie uzasadniony przypadek. Jak widać, roboty budowlane zostały wyłączone spod zakresu unormowania. Kontrola, co jasne, nie ma charakteru władczego.

Zgodnie z art. 116 ust. 2 Pzp jeśli zaistnieje po stronie wykonawcy „sprzeczność interesów” negatywnie rzutująca, nawet potencjalnie, na realizację zamówienia, to zamawiający może uznać, że wykonawca nie dysponuje potrzebną zdolnością techniczną i zawodową. Funkcja powołanego przepisu polega na przeciwdziałaniu zawarciu umowy z wykonawcą, który prawdopodobnie nie zrealizuje zobowiązań prawidłowo⁷⁵⁸. Ocena w tym zakresie jest szczególnie uzasadniona w toku dłuższych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak również w razie wiedzy o realizowaniu przez wykonawcę wielu projektów równoległych, a także w przypadku informacji o odpływie istotnej kadry

(stanowią nieodzowną cechę oferty), a pozostają tylko zasadniczo związane z oceną zdolności oferentów do realizacji danego zamówienia, por. wyrok TSUE z 1.03.2018 r., C-9/17, pkt 37, ECLI:EU:C:2018:142.

⁷⁵⁶ K. Śliwak, *Zasada równego...*, op. cit., s. 201.

⁷⁵⁷ Por. §9 ust. 1 pkt 6 rozp.śr.dow.

⁷⁵⁸ Zob. M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 116, pkt 4, Legalis; Eadem, *Warunki udziału...*, op. cit., s. 61 i nast.; A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 116, pkt 4, Lex; podobnie M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, art. 116, pkt 6, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 116, pkt 4 nast..

od wykonawcy. Wprawdzie wykonawca ponosi w tych przypadkach negatywne konsekwencje, ale nie jest to sankcja, lecz wyraz doboru kontrahenta budzącego zaufanie realizacyjne. Sprzeczność interesów wywołuje negatywne skutki również w zakresie kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, ponieważ są one związane ze zdolnością do należytego wykonania zamówienia. Unormowanie art. 116 ust. 2 Pzp stosować zatem należy *per analogiam*.

4. Stopniowanie spełniania warunków podmiotowych w ramach oceny wiarygodności wykonawcy

Wstępna selekcja wykonawców jest praktykowana wyjątkowo. Tzw. kwalifikacja selekcyjna w procedurach negocjacyjnych przetargowych ma charakter wyraźnie eliminacyjny, ponieważ w jej zakończeniu zamawiający dopuszcza do dalszych etapów tylko wybranych (najlepszych) wykonawców spełniających postawione warunki w sposób najlepszy. Kryteria selekcji budowane są w oparciu o warunki udziału w postępowaniu⁷⁵⁹. Ich ukształtowanie powinno zmierzać do wskazania konkretnych wymogów pozwalających na ocenę wyższej niż minimalna zdolności realizacyjnej, stąd zdolności wyższego stopnia nabierają charakteru kwalifikowanego. Według art. 7 pkt 9 Pzp kryteria selekcji to obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w konkursie, w celu ograniczenia liczby wykonawców albo uczestników konkursu, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych. Nie muszą one stanowić prostego wyostrzenia ubiegania się o zamówienie. Zamawiający uprawniony jest bowiem skorzystać z mierników weryfikacyjnych, które nie zostały określone jako warunki *in concreto*⁷⁶⁰. Niemniej jednak powinny one „rodzajowo” odpowiadać co najmniej warunkom blankietowym (ramowym)⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Tak: K. Horubski, *Warunki ubiegania się o zamówienie publiczne w ramach wstępnej kwalifikacji wykonawców*, „PZP. Kwartalnik” 2015, Nr 3, s. 76; A. Gawrońska-Baran zwróciła uwagę na brak wymogu, żeby kryteria selekcji były tożsame rodzajowo z warunkami udziału, zob. A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 7, pkt 23, Lex.

⁷⁶⁰ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 7, pkt 10.

⁷⁶¹ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 7, pkt 10, art. 148, pkt 3, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 7, pkt 10; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 148, pkt 2, Lex; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 7, pkt 10, Legalis.

Prawidłowo określone kryteria selekcji rzutują na realne dotrzymanie zamówienia w kilku aspektach. Uznaniem cieszą się obecnie kryteria ukierunkowane na sytuację ekonomiczną wykonawcy, zwłaszcza związane ze wskaźnikową oceną przedsiębiorstwa. Wskaźniki te mają charakter konsensualny, ich dobór nie może utrudniać orientacji w ocenie rzeczywistej sytuacji ekonomicznej i towarzyszących jej zjawisk gospodarczych⁷⁶². W zamówieniach publicznych, z uwagi na zasadę równego traktowania, przejrzystości oraz proporcjonalności muszą dawać prawidłowy obraz kwalifikowanej zdolności należytego wykonania zamówienia co do wszystkich potencjalnych wykonawców. W praktyce wyzwania dostarczają zazwyczaj – niestety – dane o charakterze historycznym. Dodatkowo, nie wszyscy wykonawcy są obowiązani sporządzać sprawozdania finansowe w ogóle lub sporządzać je na ten sam okres. Niemniej jednak, na przód wysuwają się tutaj obszary związane z płynnością finansową, zadłużeniem oraz zdolnością wykonawcy do obsługi długu. Ten pierwszy zazwyczaj łączy się ze zdolnością do terminowego regulowania przez wykonawcę zobowiązań bieżących i może być mierzony przy wykorzystaniu rozmaitych wskaźników, niejednokrotnie w formułach kombinowanych. Jako przykłady podaje się wskaźnik bieżącej płynności finansowej (zdolność do terminowego regulowania zobowiązań krótkoterminowych w oparciu o aktywa bieżące), którego prawidłowy przedział określa się na 1,2 – 2,0 oraz wskaźnik płynności finansowej przyspieszonej, ilustrujący pokrycie krótkoterminowych zobowiązań aktywami o dużej płynności (szybkość zmiany na środki pieniężne), którego zadowalający wymiar określa się na 1,0⁷⁶³. Utrata płynności finansowej jest zazwyczaj jednym z pierwszych symptomów niewypłacalności wykonawcy. Z kolei ocena zadłużenia przedsiębiorstwa albo wskaźnik dochodów realnych do kosztów spłaty zadłużenia, łączą się ze zdolnością wykonawcy do obsługi zadłużenia. Wykorzystuje się tutaj szereg wskaźników, w tym wskaźnik ogólnego zadłużenia, który ujawnia w jakim stopniu majątek finansowany jest kapitałami obcymi. Wskaźniki te powinny kształtować się na poziomie nie gorszym niż 0,5, chociaż wyjątkowo akceptowane są poziomy 0,57-0,67. Natomiast zdolność przedsiębiorstwa do obsługi długu dostarcza danych do oceny zdolności do terminowego regulowania zobowiązań odsetkowych i spłat rat kredytów oraz pożyczek. Ocena w tym względzie może być dokonywana statycznie i dynamicznie, co pozwala uzyskać relatywnie pełen

⁷⁶² Por. M. Sierpińska, T. Jachna, *Ocena przedsiębiorstwa według standardów światowych*, Warszawa 2023, s. 145.

⁷⁶³ Ibidem, s. 146 i nast.

obraz sytuacji⁷⁶⁴. Jak wykazano powyżej, realne wykonanie zamówienia skupia w sobie wymóg prawidłowego spełniania oraz spełnienia świadczenia należytego, jak również ponoszenie ryzyk kontraktowych, co prowadzić może do strat finansowych. Analiza wskaźnikowa sprzyja realizacji zamówień zwłaszcza w mniej stabilnym otoczeniu gospodarczym. Poza tym, kryteria selekcji dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia mogą pociągać za sobą podwyższone obowiązki w zakresie wykonania zamówienia *in natura*. Przede wszystkim, kwalifikowane wymagania rzutują na wzorzec staranności. Może bowiem chodzić o profesjonalistę doświadczonego w sposób wybitny. Ponadto, według art. 118 ust. 1 Pzp, w zakresie robót budowlanych oraz usług, wykonawca jest zobowiązany realizować prace w ich zakresie przy zaangażowaniu osoby udostępniającej zasoby w takim wymiarze, w jakim jej zdolności są wymagane do zrealizowania tych robót budowlanych lub usług. Tym samym, udział realizacyjny tych podmiotów staje się elementem roszczenia pierwotnego. Obowiązek dochowania przez dłużnika staranności wyznaczany jest zatem przez wzorzec wynikający ze szczególnej właściwości podmiotowej osoby innej niż on sam. Po trzecie, kryteria selekcji wywierają wpływ na stabilność roszczenia pierwotnego poprzez ograniczenie dopuszczalności zmian umowy w zakresie nimi objętym (art. 454 i art. 455 Pzp).

5. Formy wzmocnienia potencjału realizacyjnego wykonawcy

Wykonawstwo wspólne (współwykonawstwo), zmierzające do połączenia potencjałów kilku dłużników-wykonawców nie stanowi konstrukcji nowej w prawie polskim. Już w świetle §18 ust. 1 pkt 8 rozp. RM 1937 przy większej liczbie dostawców lub przedsiębiorców, mających wspólnie wykonać zamówienie, zamawiający obowiązany był podać w wezwaniu do składania ofert wskazówki co do wzajemnego stosunku dłużników co do realizacji dostawy lub roboty, zwłaszcza w zakresie odpowiedzialności. Wspólna oferta powinna zawierać oświadczenie oferentów, że ich zobowiązania, tak co do oferty, jak i wykonania umowy, są solidarne. Obecnie dopuszczalność wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia stanowi zasadę (art. 58 ust. 1 Pzp)⁷⁶⁵. W praktyce obrotu, a także w piśmiennictwie przyjęło się określać tę

⁷⁶⁴ Ibidem, s. 166 i nast.

⁷⁶⁵ K. Śliwak, *Zasada równego ...*, op. cit., s. 222; M. Czerwiński, *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2020, s. 276 wraz z cyt. tam literaturą; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 58, pkt 1 i nast., Legalis.

formę kooperacji mianem „konsorcjum” (z łac. *cons* – współ, *sors* – udział, wspólnota losu, współudział)⁷⁶⁶, chociaż zawarcie konkretnie tej umowy nie jest wymagane. Zamawiający nie może narzucać jakiejkolwiek formy prawnej współwykonawstwa w warunkach zamówienia (postępowania), lecz wymóg taki może pojawić się na etapie realizacji⁷⁶⁷. W szczególności, jeśli prawo wymaga, aby przedmiot zamówienia wykonywały jedynie spółki kapitałowe, to dopuszczalne byłoby nałożenie przez zamawiającego na współwykonawców obowiązku powołania takowej po udzieleniu zamówienia najpóźniej przed przystąpieniem do realizacji. W praktyce, motywy wspólnego ubiegania się o zamówienia są różne. Zazwyczaj wiążą się z wolą spełnienia wymagań minimalnych dzięki zdolności kumulatywnej⁷⁶⁸, niekiedy z poprawianiem szans w aspekcie zdolności kwalifikowanej⁷⁶⁹, względnie; optymalizacją korzyści płynących z synergii realizacyjnej, rzadziej z redukcją ryzyka zaangażowania poszczególnych podmiotów w rozliczne przedsięwzięcia gospodarcze. Do wskazanych wykonawców przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy stosuje się odpowiednio, natomiast zamawiający może narzucić im odmienne wymagania związane z realizacją zamówienia, jeśli tylko jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu. (art. 58 ust. 4 i 5 Pzp).

Elementem wydatnie chroniącym realne wykonanie zamówienia w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest ich odpowiedzialność solidarna (art. 445 ust. 1 Pzp). Stanowiła ona przedmiot licznych wypowiedzi doktryny⁷⁷⁰, toteż z perspektywy tematu opracowania warto jedynie dodać, że wykonawca odpowiada za niedochowanie podwyższonego miernika staranności, gdy ten ostatni ostatecznie został obostrzony wskutek ponadprzeciętnych kwalifikacji innego współdłużnika. Niemożliwość dotrzymania przez pozostałych uczestników

⁷⁶⁶ Zob. M. Sieradzka, *Warunki udziału...*, op. cit., s. 45; K. Śliwak, *Zasada równego...*, op. cit., s. 223; M. Czerwiński, *Grupa wykonawców...*, op. cit., s. 158 i nast.

⁷⁶⁷ Wyrok TSUE z 23.01.2003 r., C-57/01, pkt 60–63, ECLI:EU:C:2003:47; zob. E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 58, pkt 3, Lex.

⁷⁶⁸ Zob. R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 108; M. Czerwiński, *Grupa...*, op. cit., s. 251, który wskazuje na łączenie potencjałów małych i średnich przedsiębiorstw; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 58, pkt 2, Legalis; J. Wiak, *Spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego*, „FK” 2012, Nr 6, s. 5. Na podobny wątek wskazuje uzasadnienie wyroku SN z 6.07.2018 r., II CSK 562/17, Legalis; A. Piwowarczyk, *Ograniczenia udziału mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców na rynku zamówień publicznych*, Warszawa 2022, rozdział II.2, Legalis.

⁷⁶⁹ Może ona rodzić wątpliwości z perspektywy zachowania reguł konkurencji zob. M. Czerwiński, *Grupa wykonawców...*, op. cit., s. 251, 294–302 oraz przywołana tam literatura i orzecznictwo; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo...*, op. cit., art. 58, pkt 10, 12–14 wraz z cyt. orzecznictwem i literaturą, Legalis.

⁷⁷⁰ Zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 110; M. Czerwiński, *Grupa wykonawców...*, op. cit., s. 545 i nast.; B. Zięba, *Istota zasady solidarnej odpowiedzialności wykonawców za wykonanie umowy w zamówieniach publicznych*, DNPZP 2023, Nr 4, s. 19 i nast.

podwyższonego poziomu może mieć wpływ jedynie na roszczenia regresowe między nimi (art. 376 §1 KC).

Zasada realnego wykonania zamówienia znajduje wyraz zarówno w ogólnym celu tzw. sumowania zasobów, jak i w odstępstwach od tego celu. Punktem wyjścia niech będzie stanowisko SN z wyroku z 6.07.2018 r., II CSK 562/17 ⁷⁷¹, zgodnie z którym dopuszczalność wspólnego ubiegania się o zamówienie nie może zagrażać interesom zamawiającego i osiągnięciu celu, do którego zmierzał w postępowaniu o udzielenie zamówienia⁷⁷². Nie mniej ważną rolę odgrywają wymagania szeroko rozumianej uczciwości wykonawcy, w szczególności łączące się z wykluczeniem z postępowania wskutek zawinionego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz kwalifikowanego naruszenia umowy o zamówienie publiczne lub umowy koncesji (art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp). Unormowania w tym przedmiocie są rygorystyczne, *ex lege* następuje bowiem zerwanie więzi zaufania co do całego konsorcjum, nawet jeśli przesłanki wykluczenia spełniły się wyłącznie wobec jednego uczestnika. Niezależnie od tego, w sytuacjach uzasadnionych charakterem zamówienia, przy zachowaniu wymagań proporcjonalności, zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu (art. 117 ust. 1 Pzp). Pojęcie „charakter zamówienia” łączyć należy z zaspokojeniem funkcjonalnego (użytecznego) wymiaru interesu zamawiającego-wierzyciela. Konieczność uwzględnienia zasady proporcjonalności wynika wprost z art. 16 pkt 3 Pzp i powinna być rozumiana zgodnie z tym przepisem. Natomiast przez sposób obiektywnie uzasadniony rozumie się ocenę z zastosowaniem kryteriów zobiektywizowanych. Doniosłe w tym względzie jest tzw. sumowanie zasobów kilku wykonawców, przy czym o dopuszczalności przesądza się *in concreto*. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą osiągnąć stan, w którym zdolność do należytego wykonania zamówienia odpowiadałaby potencjałowi indywidualnego podmiotu⁷⁷³. W praktyce, w zależności od tego, czy sumowanie zasobów może negatywnie wpływać na zdolność do prawidłowego spełnienia świadczenia, wyodrębnia się trzy kategorie zasobów: addytywne (podlegające sumowaniu), nieaddytywne (niepodlegające łączeniu) oraz mieszane, których sumowanie zależy od okoliczności indywidualnego zamówienia.

⁷⁷¹ Wyrok SN z 6.07.2018 r., II CSK 562/17, Legalis.

⁷⁷² Zob. uzasadnienie wyroku SN z 6.07.2018 r., II CSK 562/17, Legalis.

⁷⁷³ J. Wiak, *Spełnienie...*, op. cit., s. 15 i nast.; R. Szostak, *Kształtowanie warunków zamówienia po zmianach w prawie zamówień publicznych, cz. 1*, „FK” 2016, nr 10, cz. 1, s. 56; tenże, *Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2013, Nr 1, s. 17.

Ogólną regułą jest dopuszczalność sumowania potencjałów⁷⁷⁴. Dotyczy to zwłaszcza urządzeń technicznych oraz narzędzi⁷⁷⁵, środków finansowych, obrotów, zdolności kredytowej, przychodów, odpowiedzialności cywilnej⁷⁷⁶. Natomiast zasobami niepodlegającymi łączeniu są zdolność do występowania w obrocie gospodarczym⁷⁷⁷, posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności gospodarczej lub zawodowej⁷⁷⁸, wskaźniki dotyczące płynności finansowej⁷⁷⁹, jak również systemy zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, a także środki organizacyjno-techniczne wykonawcy w celu zapewnienia jakości świadczeń⁷⁸⁰. Trzecia kategoria łączy się najczęściej z wymaganiami w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia wykonawcy⁷⁸¹.

Dla realnego wykonania umowy doniosłe są ustawowe wymagania w zakresie spełnienia świadczenia przez współwykonawcę dysponującego niezbędnym potencjałem. Według art. 117 ust. 2 Pzp, współwykonawcy mogą skutecznie oprzeć się na uprawnieniach do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej jednego z nich, jeśli to ten podmiot zrealizuje przedmiot zamówienia, do którego są niezbędne. Ponadto, zgodnie z art. 117 ust. 3 Pzp w zakresie warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, możliwe jest poleganie na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których zdolności są wymagane. W opisanych sytuacjach mamy do czynienia z ustawowym obowiązkiem osobistego spełnienia odpowiedniego zakresu świadczenia. Jest to formuła specyficzna, albowiem z reguły nie dotyczy wykonania całego świadczenia, lecz tylko niektórych jego elementów. Osobisty sposób wykonania staje się

⁷⁷⁴ Zob. M. Sieradzka, *Warunki udziału...*, op. cit., s. 47; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 2 oraz przywołane tam orzecznictwo, Lex; A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 1, Lex; I. Skubiszak-Kalinowska, *Konsorcjum w nowym Prawie zamówień publicznych*, „ZP Doradca” 2021, Nr 3, s. 35; K. Horubski, T. Kocowski, *Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie*, „PZP. Kwartalnik” 2014, Nr 1, s. 2.

⁷⁷⁵ Por. J. Wiak, *Spełnienie warunków...*, op. cit., s. 15 i nast.; M. Czerwiński, *Grupa wykonawców...*, op. cit., s. 487; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 5 i nast.

⁷⁷⁶ Por. M. Czerwiński, *Grupa wykonawców...*, op. cit., s. 452, 458 i nast.; K. Horubski, T. Kocowski, *Spełnianie warunków...*, op. cit., s. 10; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 5 i nast.

⁷⁷⁷ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 3 i nast.

⁷⁷⁸ Zob. J. Wiak, *Spełnienie warunków...*, op. cit., s. 12, 19; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 3 i nast.; podobne stanowisko zdają się zajmować K. Horubski, T. Kocowski, *Spełnianie warunków...*, op. cit., s. 2–4; M. Czerwiński, *Grupa wykonawców...*, op. cit., s. 425 i nast.

⁷⁷⁹ J. Wiak, *Spełnienie warunków...*, op. cit., s. 16; K. Horubski, T. Kocowski, *Spełnianie warunków...*, op. cit., s. 10, którzy przywołują stanowisko M. Stachowiak; M. Czerwiński, *Grupa wykonawców...*, op. cit., s. 452 i nast., który wskazuje dodatkowo na płynność finansową, płynność gotówkową, wskaźniki – rotacji środków pieniężnych, zadłużenia kapitału własnego, zadłużenia ogólnego, zadłużenia krótkoterminowego.

⁷⁸⁰ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 6.

⁷⁸¹ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 108; M. Czerwiński, *Grupa wykonawców...*, op. cit., s. 436; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 5 i nast.

konstytutywną cechą świadczenia, z której zamawiającemu nie wolno zrezygnować (por. rozdz. II.1 opracowania). Posłużenie się przez prawodawcę w tych przypadkach sformułowaniami „zrealizuje” oraz „wykonają” prowadzi do wniosku, że odpowiednie elementy świadczenia muszą stanowić „wytwór” zindywidualizowanego współwykonawcy⁷⁸². Liczy się bezpośrednie uczestnictwo w realnym wypełnieniu odpowiedniej części powinności dłużnych przy pomocy zasobów, w tym kooperantów tego podmiotu. W szczególności niewystarczające jest uczestnictwo fasadowe, połączone z ograniczeniem się do „firmowania” lub asysty przy czynnościach realizacyjnych (odbiorczych). Wymóg ten staje się treścią zobowiązania objętego realnym wykonaniem zamówienia⁷⁸³, wzmocnionych publicznoprawnym obowiązkiem dochodzenia roszczeń, jak i solidarną odpowiedzialnością pozostałych wykonawców⁷⁸⁴. Właśnie z tego powodu, wobec tego współwykonawcy aktualizuje się obowiązek współdziałania zamawiającego. Z perspektywy wykonania zamówienia *in natura* mankamentem jest brak obowiązku sprawowania nadzoru przez zamawiającego nad tym elementem świadczenia, a także brak obligu powiązania z nim kar umownych lub innych sankcji. Zamawiający powinien jednak wprowadzić odpowiednie postanowienia na zasadzie ogólnej swobody umów oraz reguły efektywności zamówień. Ponadto, liczy się także to, że wiarygodność realizacyjna wykonawców podlega dodatkowemu sprawdzeniu. Są oni zobowiązani przedstawić zamawiającemu – odpowiednio przy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wraz z ofertą – oświadczenie, z którego wynika jakie roboty budowlane, dostawy lub usługi spełnią poszczególni współdłużnicy (art. 117 ust. 4 Pzp). Pociąga to za sobą pewne czynności planistyczno-koordynacyjne na dość wczesnym etapie, a zamawiający dysponuje narzędziem do merytorycznej oceny potencjału danej grupy⁷⁸⁵. Oświadczenie

⁷⁸² Sformułowanie „wytwór” oparte zostało o pojęcie wytworu K. Twardowskiego, według którego wytworem czynności jest to, co wskutek jakiejś czynności, czyli przez tę czynność powstaje, por. K. Twardowski, *O czynnościach i wytworach: kilka uwag z pogranicza psychologii, gramatyki i logiki*, Lwów 1911, s. 6 i nast.; P. Bryczyński, *Kazimierza Twardowskiego koncepcja wytworów czynności*, „FN” 2005, Nr 2 s. 17 i nast.; J. Woleński, *Twardowski o czynnościach i wytworach*, [w:] J. Jadacki (red.), *Rozum i wola. Kazimierz Twardowski i jego wpływ na kształt kultury polskiej XX wieku*, Lublin 2021 (s. 203–235); podobnie, z odwołaniem się do myśli K. Twardowskiego wytwór ujmuje: T. Pszczółowski, *Zasady sprawnego działania*, Warszawa 1982, s. 188 i nast. Co do materialnych śladów usługi zob. rozważania poczynione w rozdziale V.4 niniejszego opracowania.

⁷⁸³ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 450; podobnie, jak się zdaje, A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 5, Lex; na tle tego przepisu wątpliwości w zakresie solidarnej odpowiedzialności podniósł również M. Czerwiński, *Grupa wykonawców...*, op. cit., s. 418. Wydaje się jednak, że tym wypadku występuje dopuszczalny przypadek odpowiedzialności solidarnej bez solidarności długu.

⁷⁸⁴ Zob. wyrok KIO z 7.07.2022 r., KIO 1602/22, Lex; wyrok KIO z 13.12.2021 r., KIO 3499/21, Lex; wyrok KIO z 13.12.2021 r., KIO 3499/21, Legalis; na obowiązek wskazują H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 6; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, op. cit., art. 117, pkt 3, Lex.

⁷⁸⁵ Oświadczenie może być uznane za podmiotowy środek dowodowy, M. Sieradzka, [w:] eadem (red.), *Prawo...*, op. cit., art. 117, pkt 6, Legalis; I. Skubiszak-Kalinowska, *Konsorcjum w...*, op. cit., s. 35; A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 6, Lex,

potwierdza i konkretyzuje intencję skoordynowanego spełniania świadczenia. Jego treść w nie każdym przypadku musi być szczegółowa. W postępowaniach etapowych wykonawcy mogą mieć jedynie ogólny zarys wykonywania zamówienia. Obowiązek przedłożenia tego oświadczenia jest niezależny od uprawnienia zamawiającego do zażądania od wykonawców, przed zawarciem kontraktu finalnego, kopii umowy regulującej ich współpracę (art. 59 Pzp). Niewątpliwie jednak, oświadczenie oraz kopia umowy o współpracę powinny mieć formę pisemną i pozostawać ze sobą spójne.

Wielość dłużników uprawnia zamawiającego do wprowadzenia rozwiązań szczególnych związanych z procesem realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 58 ust. 4 Pzp zamawiający uprawniony jest określić wymagania związane ze spełnianiem zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeśli odmienności są uzasadnione charakterem zamówienia oraz proporcjonalne. Jeżeli zamawiający nie wprowadzi z góry wymagań, to nie jest uprawniony ingerować w tok wypełniania umowy przez współwykonawców. Mogą oni wówczas swobodnie rozdzielić zadania, stosownie do tego, jak postrzegają własne interesy i wynik ekonomiczny, do którego dążą⁷⁸⁶. Zakres dopuszczalnej ingerencji zakreślają w szczególności zasada proporcjonalności, a także wzgląd na uzasadnione interesy wierzyciela⁷⁸⁷. Trybunał opowiedział się przeciwko nałożeniu na pełnomocnika współwykonawców obowiązku wykonania zamówienia „w przeważającym zakresie”⁷⁸⁸. Z kolei ze stanowiska SN wynika ogólniejsza, trafna konkluzja, zgodnie z którą stosunek, w jakim pozostają współwykonawcy istotnie angażuje interesy zamawiającego, któremu przez wykonywanie umowy musi być zagwarantowana pewność, że ma do czynienia z jednym ośrodkiem decyzyjnym i nie jest wikłany w konflikty między konsorcjantami. Uzasadnia to w szczególności niedopuszczalność odwołania pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum, jeżeli wykonawca zrzekł się tego uprawnienia⁷⁸⁹. Według orzecznictwa KIO chodzi o kwestie takie, jak uprawnienie do składania oraz przyjmowania oświadczeń woli lub wiedzy, dokonywanie zmian umowy czy wykonywania obowiązków w razie problemów

która przywołuje stanowisko UZP; wyrok KIO z 18.01.2022 r., KIO 3795/21, Lex; wyrok KIO z 7.07.2022 r., KIO 1602/22, Lex; odmiennie M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 117, pkt 4, Lex.

⁷⁸⁶ Wyrok SN z 7.06.2019 r., I CSK 276/18, OSNC 2020, nr 5, poz. 42.

⁷⁸⁷ Tak: m.in. M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 58, pkt 7, Lex; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 58, pkt 7, Lex; M. Czerwiński, *Status współwykonawcy zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2023, Nr 3, s. 50 i nast.

⁷⁸⁸ Wyrok TSUE z 28.04.2022 r., C-642/20, pkt 44, ECLI:EU:C:2022:308.

⁷⁸⁹ Wyrok SN z 6.07.2018 r., II CSK 562/17, Legalis; krytykę tego zapatrywania wyraził M. Czerwiński, *Status współwykonawcy...*, op. cit., s. 53.

finansowych lidera konsorcjum⁷⁹⁰. Ustalenia te wskazują głównie na kwestie związane ze zorganizowaniem procesu współdziałania stron w wykonywaniu zamówienia, ustalenie zasad komunikacji, przedstawicielstwa przy składaniu i otrzymywaniu oświadczeń woli i wiedzy. Elementy te staną się pierwotnymi obowiązkami wykonawców. O konkretnych rozwiązaniach szczególnych przesądzą naturalnie okoliczności danego przypadku i uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Obowiązek osobistego spełnienia zamówionego świadczenia stanowi w zamówieniach publicznych rozwiązanie szczególne, lecz nie może ono funkcjonować zbyt szeroko. Stosownie do art. 60 Pzp⁷⁹¹, zamawiający może przewidzieć obowiązek osobistego wykonania przez poszczególnych współwykonawców (wykonawcę) kluczowych zadań w zamówieniach na roboty budowlane lub usługi, a w zamówieniach na dostawy - prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją. Prawo zamówień publicznych zawęży kodeksową swobodę w tym zakresie⁷⁹², zastrzeżenie osobistego wykonania wyklucza podwykonawstwo⁷⁹³. Co do zasady na zamawiającym nie ciąży konieczność zastrzegania obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań, ale czyniąc to, powinien przestrzegać art. 60 Pzp⁷⁹⁴. Przywołane zastrzeżenie liczy się zwłaszcza w umowach na roboty budowlane, zlecenia oraz umowach realizowanych na warunkach zlecenia, odwracając w tych ostatnich regułę ogólną z art. 738§1 KC. Nie rzutuje ono na ustawowe źródła świadczenia osobistego. Problematyczna jest kwestia właściwości świadczenia jako źródła obowiązku osobistego wykonania. W piśmiennictwie dopuszcza się zniesienie przez strony obowiązku osobistego spełnienia świadczenia, które ze swych typowych właściwości byłoby osobiste⁷⁹⁵. W związku z tym, zamawiający nawet w przypadkach uzasadnianych właściwością zobowiązania, jest obowiązany uwzględniać dyrektywy ustawowe z art. 60 i ograniczyć zasięg powinności osobistego wykonania do sytuacji uzasadnionych interesem, w szczególności, jakością świadczenia. W świetle orzecznictwa unijnego, pojęcie „kluczowe zadania”

⁷⁹⁰ Wyrok KIO z 21.02.2023 r., KIO 317/23, Lex; wyrok KIO z 13.02.2024 r., KIO 208/24, Lex.

⁷⁹¹ Tożsamą regulację zawiera art. 121 Pzp, którego dyspozycja dotyczy indywidualnego wykonawcy. Stąd też uwagi poczynione w tym podrozdziale opracowania znajdują zastosowanie do obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań przez wykonawcę-dłużnika.

⁷⁹² Zob. M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 60, pkt 2, Lex; M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2019, s. 137; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 462, pkt 2, Legalis.

⁷⁹³ Tak R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 95; M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo...*, op. cit., s. 134 i nast.; M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 60, pkt 2, Lex.

⁷⁹⁴ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 60, pkt 2.

⁷⁹⁵ Co do dyspozytywnego charakteru art. 356 KC zob. I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 356, pkt III.1., Legalis; R. Szostak, *Podwykonawstwo...*, op. cit., s. 4; M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo...*, op. cit., s. 130 i nast.

interpretować należy, przyjmując podejście jakościowe, nie ilościowe⁷⁹⁶. Natomiast zgodnie z literalnym brzmieniem art. 60 kluczowe zadanie może wystąpić w obrębie świadczenia głównego lub ubocznego. Może realizować cel bezpośredni, który stanowi zrealizowanie jednostkowego obowiązku pierwotnego, który sam jest z kolei celem pośrednim, prowadzącym – zazwyczaj wraz z realizacją pozostałych obowiązków – do realnego wykonania całego zamówienia. Zastrzegając obowiązek osobistego wykonania, zamawiający powinien odnieść się do tego, co w realizacji danych zadań w obrębie robót budowlanych, usług oraz dostaw stanowi element o szczególnej wadze i znaczeniu dla zaspokojenia jego interesu⁷⁹⁷. Elementy świadczenia mają być „wytworem” dłużnika lub mają od niego pochodzić, lecz nie jest konieczne osobiste wręczenie, przekazanie czy przesłanie przez tego wykonawcę⁷⁹⁸. Osobiste wykonanie kluczowego zadania stanowi wymóg w relacji prawnej z zamawiającym, toteż nie zakazuje „technicznego” wytwarzania przez współwykonawcę bez udziału podmiotów trzecich, w tym kooperantów przyczyniających się do powstania świadczenia. Analizowany wymóg staje się elementem roszczenia pierwotnego, objętego publicznoprawnym obowiązkiem dochodzenia roszczeń, a także zakazem wprowadzania zmian istotnych do umowy finalnej. Krytycznie ocenić należy jednak brak nakazów ustawowych w zakresie obostrzenia wymagania sankcjami. W efekcie, zamawiający z własnej inicjatywy powinien zastrzec obowiązki kontrolne, wprowadzić racjonalne kary umowne oraz inne sankcje.

Zamawiający ma obowiązek odmówić przyjęcia świadczenia spełnianego bez udziału wykonawcy osobistego. Zgodnie z art. 7:106 ust. 1 PECL oraz art. III. –2:107 ust. 1 DCFR wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia spełnianego przez osobę

⁷⁹⁶ Wyrok TSUE z 28.04.2022 r., pkt 42 i nast., C-642/20, ECLI:EU:C:2022:308. Literatura wskazuje na konieczność dokonania opisu przedmiotowego takiej części zamówienia, wykluczając np. odniesienia procentowe – zob. W. Hartung i in., *Dyrektywa 2014/24/UE*..., op. cit., art. 63, pkt 14, Legalis; R. Vornicu, [w:] R. Caranta, A. Sanchez-Graells (red.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing 2021 s. 683. Na tle art. 60 Pzp wyklucza się w zasadzie możliwość powołania się na stosunek danego zadania do „skali” lub „wartości” zamówienia – M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień*..., op. cit., art. 60, pkt 2, Lex.

⁷⁹⁷ Zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 94; M. Sieradzka, [w:] eadem (red.), *Prawo zamówień*..., op. cit., art. 60, pkt 3, Legalis, M. Czerwiński, *Status współwykonawcy*..., op. cit., s. 51, który wyraża pogląd o ocenie „kluczowości” w aspekcie krytycznej wagi, jakości wykonania zamówienia lub istotnej wartości zadania; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień*..., op. cit., art. 60, pkt 5, Lex, która za kluczową uznaje część o decydującym znaczeniu dla realizacji zamówienia.

⁷⁹⁸ Zob. R. Szostak, *Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2013, Nr 1, s. 4; tenże, *Umowy o ...*, op. cit., s. 90 wraz z cytowaną literaturą; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański, *System prawa*..., op. cit., s. 730 i nast.; A. Olejniczak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*..., op. cit., art. 356., pkt 1, Lex; T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018, art. 356, pkt 8, Lex; M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo*..., op. cit., s. 128. Sformułowanie „wytwór” pochodzi w tym fragmencie za rozumieniem wytworu przedstawionym przez K. Twardowskiego, *O czynnościach* ..., op. cit., s. 6 i nast.

trzecią, gdy działa ono za zgodą dłużnika, albo osoba trzecia ma interes prawny w spełnieniu świadczenia za dłużnika, a dłużnik świadczenia nie spełnił lub jest oczywiste, że nie spełni świadczenia w oznaczonym terminie. W prawie zamówień publicznych sytuacja prawna w razie dotrzymania tej powinności nie budzi żadnych kontrowersji: wierzyciel obowiązany jest świadczenie przyjąć, jeśli wypełnienie jest prawidłowe. Punkt wyjścia stanowi sytuacja, w której wierzyciel ma obowiązek przyjąć świadczenie, co dotyczy w szczególności przypadków, w których z upoważnienia (zgody) dłużnika działa ze skutkiem dla niego osoba, przy pomocy której zobowiązanie realizuje lub którym realizację powierza (art. 474 KC). W praktyce, nawet jeśli część zamówienia realizowana jest przez współwykonawcę, podwykonawcę, to tzw. wykonawca lub współwykonawca wiodący (lider konsorcjum) przeprowadzają odbiory z zamawiającym. Natomiast w razie naruszenia wymogu świadczenia osobistego rysuje się kilka scenariuszy⁷⁹⁹. Jeden z nich polega na tym, że wierzyciel, mimo braku obowiązku, ma uprawnienie do przyjęcia świadczenia (np. gdy osoba trzecia działająca bez upoważnienia dłużnika oraz w swoim własnym imieniu ofiaruje świadczenie). Wreszcie, i to jest najistotniejsza sytuacja z perspektywy wykonania zamówienia *in natura*, wierzyciel może być obowiązany odmówić odbioru świadczenia niepieniężnego z rąk osoby innej niż osobiście zobowiązany. Jak wiadomo, na tle rozwiązań kodeksowych, obowiązek odmowy przyjęcia świadczenia pojawia się, jeśli w umowie zastrzeżono obowiązek odmowy przyjęcia takiego świadczenia lub uwarunkowano to zgodą dłużnika na odbiór świadczenia od podmiotu innego niż on sam. Reżim zamówień publicznych, zwłaszcza poprzez dyspozycję art. 60 Pzp, poszerza krąg okoliczności, w których wierzyciel jest obowiązany odmówić odbioru świadczenia. W efekcie, zamawiający ma nie tylko prawo, ale również obowiązek odmówić akceptu świadczenia obejmującego zadania o charakterze osobistym spełniane przez podmiot trzeci, w tym wypadku nawet od innego współwykonawcy, choćby działał za zgodą i wiedzą współwykonawcy kwalifikowanego⁸⁰⁰.

Podwykonawstwo kwalifikowane dotyczy możliwości skorzystania z niektórych zasobów podmiotów trzecich⁸⁰¹. Jak już wspomniano, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także kryteriów selekcji,

⁷⁹⁹ I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 356, pkt VI.1, Legalis.

⁸⁰⁰ Zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 91.

⁸⁰¹ Zob. Ibidem, s. 95; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 3, Legalis; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 3.

polegać na zdolnościach technicznych oraz zawodowych, względnie na sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Chociaż piśmiennictwo i praktyka obrotu eksponują wątki związane z otwarciem zamówień na szerszą konkurencję, to jednym z celów uregulowania jest zabezpieczenie prawidłowej realizacji zamówienia⁸⁰².

Z perspektywy wykonania zamówienia *in natura* liczą się przede wszystkim trzy rozwiązania prawne. Pierwsze stanowi surowa weryfikacja wiarygodności i rzetelności podmiotu trzeciego. To sprawdzenie skupia w sobie elementy przedmiotowe, jak i podmiotowe. W aspekcie podmiotowym bada się czy osoby, na zasobach których wykonawca ma polegać, zapewniają wymaganą zdolność realizacyjną oraz, czy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na zasadach przewidzianych dla wykonawców (art. 119 ust. 1 Pzp). Wymiar przedmiotowy polega na tym, że wykonawca jest obowiązany przedłożyć zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów lub inny podmiotowy środek dowodowy, które potwierdzają dysponowanie niezbędnymi zasobami tych podmiotów na etapie realizacji zamówienia. W świetle piśmiennictwa i orzecznictwa, zwłaszcza KIO⁸⁰³ zgodnie akcentuje się tutaj rzeczywiste dysponowanie potencjałem. Nie chodzi przy tym o wykorzystanie akcesoryjne, na wypadek uchybień w świadczeniu, lecz o zaangażowanie pierwotne, w celu prawidłowego wykonywania zamówienia od początku. Treść zobowiązania powinna obejmować co najmniej: zakres udostępnianych zasobów, sposób i okres ich udostępnienia oraz wykorzystania, informację, czy i w jakim zakresie podmiot przekazujący potencjał z obszaru wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia faktycznie zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których te zdolności dotyczą (art. 118 ust. 4 Pzp). Drugie rozwiązanie prawne nawiązuje do ostatniego ze wspomnianych elementów składowych zobowiązania podmiotu trzeciego. Mianowicie, stosownie do art. 118 ust. 2 Pzp, w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawca

⁸⁰² Zob. M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 2 oraz powołane tam wyroki TSUE, Lex; M. Sieradzka [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 6 oraz cyt. tam orzecznictwo, Legalis; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., s. art. 118, pkt 5.

⁸⁰³ Zob. R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 95 i nast.; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 6 oraz przywołane tam orzecznictwo KIO, Legalis; M. Jaworska, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt C.I. Legalis; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 8; wyrok KIO z 19.04.2022 r., KIO 892/22, Lex; wyrok KIO z 7.04.2022 r., KIO 782/22, Legalis; wyrok KIO z 22.03.2022r., KIO 650/22, Legalis.

może polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których ten potencjał jest wymagany. Nie jest to świadczenie osobiste, bowiem nie wykonuje go dłużnik. Pochodzenie świadczenia z zasobów konkretnego podmiotu trzeciego zbliża tę sytuację do tzw. świadczeń ograniczonych rodzajowo⁸⁰⁴. Nie chodzi przy tym o ograniczenie źródła pochodzenia rzeczy, lecz o limitowanie źródeł świadczenia wykonawcy do zachowań pochodzących od indywidualnego podmiotu, spełniającego warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Rozróżnienie to ma istotne znaczenie, jeśli chodzi o ukształtowanie treści zamówienia publicznego, jego wykonanie, a także dla dopuszczalności przyjęcia świadczenia przez zamawiającego. Powołane uregulowanie umacnia realne wykonanie zamówienia⁸⁰⁵. Podmioty trzecie stają się tzw. kwalifikowanymi (obligatoryjnymi) podwykonawcami, z których nie wolno swobodnie zrezygnować na etapie realizacji zamówienia (art. 462 ust. 7 Pzp). Obowiązek ten staje się elementem roszczenia pierwotnego, który – jak wiadomo – objęty jest publicznoprawną powinnością dochodzenia przez zamawiającego roszczeń⁸⁰⁶. Roboty lub usługi muszą stanowić „wytwór” działań podmiotu trzeciego⁸⁰⁷. W tym kontekście zasadna jest krytyka ograniczania się doradztwa, szkoleń czy konsultacji⁸⁰⁸. Tytułowa zasada nie doznaje pełnego wzmocnienia, brak bowiem bezpośredniego roszczenia zamawiającego wobec podmiotu trzeciego. Jak się zdaje, w określonych sytuacjach zamawiający mógłby skierować wobec niej roszczenie prewencyjne na podstawie art. 439 KC. Jak wiadomo, kontrola tego obowiązku realizacyjnego nie została objęta obligatoryjnymi postanowieniami umownymi, a co za tym idzie, zamawiający w ramach ogólnego wymogu dochowania staranności oraz dbałości o efektywność zamówienia, powinien wprowadzić do umowy obowiązki kontrolno-nadzorcze, jak również kary umowne (por. rozdz. V.3 oraz VI.2-3 opracowania). Obowiązany jest również odmówić

⁸⁰⁴ Zob. w tym zakresie T. Dybowski, A. Pyrżyńska, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 256 wraz z cyt. piśmiennictwem.

⁸⁰⁵ Zob. M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 3 Lex; A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 3 Lex; M. Sieradzka [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 6; M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo...*, op. cit., s. 231, 237 i nast. wyrok KIO z 7.07.2022 r., KIO 1602/22, Lex.

⁸⁰⁶ Co do tego obowiązku zob. K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, rozdział VI, Legalis; na tle realnego wykonania zamówienia zob. rozdział V.1 niniejszego opracowania.

⁸⁰⁷ Sformułowanie „wytwór” w znaczeniu przedstawionym przez K. Twardowskiego, *O czynnościach i ...*, op. cit., s. 6 i nast.; P. Brykczyński, *Kazimierza Twardowskiego ...*, op. cit., s. 17 i nast.

⁸⁰⁸ Tak: A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 7, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt 7; M. Jaworska, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 118, pkt V.1 oraz cytowane tam orzecznictwo KIO, Legalis.

przyjęcia świadczenia spełnianego bez udziału kwalifikowanego podwykonawcy. Ostatni element stanowi dość ograniczona odpowiedzialność solidarna osoby trzeciej oraz wykonawcy. Łączy się ona wyłącznie z udostępnianiem zasobów ekonomiczno-finansowych. Według art. 120 Pzp podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za ich nieudostępnienie podmiot ten nie ponosi winy. Oddziaływanie prewencyjno-stymulacyjne jest zredukowane. Jak wiadomo, odpowiedzialność dotyczy wyłącznie nieudostępnienia zawinionego. W piśmiennictwie dominuje nietrafne stanowisko, zgodnie z którym ciężar ekskulpacji spoczywa na udostępniającym zasoby⁸⁰⁹. Podmiot ten jednak nie zobowiązuje się wobec zamawiającego. Domniemanie niedochowania należytej staranności występuje natomiast tylko w relacji wykonawca – podmiot trzeci. Skoro tak, to ciężar dowodu w pełnym zakresie obciąża zamawiającego. Ponadto, zakresem odpowiedzialności zostało objęte wyłącznie nieudostępnienie zasobów, a nie udostępnienie nienależyte, w tym spóźnione (*exceptiones non sunt extendendae*). Nie bez znaczenia pozostaje to, że na zasadach ogólnych niezbędne jest wykazanie przez zamawiającego adekwatnego związku przyczynowego między zawinionym nieudostępnieniem zasobów a doznaną szkodą (art. 362 KC)⁸¹⁰. Z uwagi na zasadniczo stabilny status finansowy zamawiających publicznych oraz konieczność zapewniania środków na realizację zamówienia wydaje się, że wysokość szkody pozostającej w adekwatnym związku przyczynowym nie jest rozległa.

Dopuszczalność podwykonawstwa, zwanego zwyczajnym, stanowi zasadę w zamówieniach publicznych. Unormowanie podstawowe stanowi w tym względzie *lex specialis* wobec przepisów kodeksu cywilnego⁸¹¹. Są to w znacznej mierze przepisy semiimperatywne, wykluczające swobodę zamawiającego do wyłączenia lub ograniczenia podwykonawstwa w zakresie większym niż wynika to z ustawy. Umowa o podwykonawstwo to umowa pisemna o charakterze odpłatnym, zawarta między

⁸⁰⁹ Odmienne M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 120, Lex – autorka stwierdziła, iż podmiot trzeci zwolni się z odpowiedzialności, jeżeli wykaze brak winy w nieudostępnieniu zasobów; M. Jaworska, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 120, pkt 3, Legalis oraz M. Sieradzka, [w:] eadem (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 120, pkt 3, Legalis.

⁸¹⁰ Zob. A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 120, pkt 1, Lex.

⁸¹¹ Zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 94; M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo...*, op. cit. s. 31, 47; W. Wyrzykowski, [w:] J.A. Strzępka (red.), *Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych*, Warszawa 2019, rozdział VI. §1, Legalis, autor odnosił się do poprzedniego stanu prawnego, lecz poczynione uwagi zachowują aktualność; podobnie W. Dzierżanowski, *Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2014, Nr 1, s. 105.

wykonawcą a podwykonawcą, a w zakresie zamówień na roboty budowlane nawiązana także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia publicznego (art. 7 pkt 27 Pzp). Ta definicja pozwala wyróżnić aż cztery elementy charakterystyczne⁸¹²: formę pisemną umowy podwykonawczej, jej odpłatność, świadczenie pomocnicze (podwykonawcze), które stanowi fragment przedmiotu zamówienia lub służy jego wykonaniu, a także specyficzny układ podmiotowy, który tworzą wykonawca i podwykonawca, a w przypadku zamówień na roboty budowlane również podwykonawca, dalszy podwykonawca oraz podwykonawcy jeszcze kolejnych szeregów⁸¹³. W prawie zamówień publicznych umowa o podwykonawstwo stanowi formułę ogólną, swego rodzaju „nadbudowę” nad typologią umów nazwanych i nienazwanych⁸¹⁴. Typologiczna kwalifikacja konkretnej umowy podwykonawczej determinowana jest przede wszystkim treścią świadczenia niepieniężnego podwykonawcy. Uzyskać może status umowy nazwanej lub zachować odrębność w ramach umowy nienazwanej. Przykładowo, umowa podwykonawcza w zamówieniach budowlanych może być umową o dzieło, umową przewozu, dostawą, czy nawet umową na warunkach zlecenia. Licznie występujące umowy o podwykonawstwo budowlane na gruncie kodeksu cywilnego oraz prawa zamówień publicznych wykazują zatem istotne różnice⁸¹⁵. Z przywołanej definicji legalnej wynika obligatoryjna więź jurydyczna między stosunkiem zamówienia publicznego a stosunkiem podwykonawstwa. W doktrynie podobne powiązania określano jako związek umów⁸¹⁶. Między poszczególnymi kontraktami występują powiązania o różnym charakterze, prawnym i faktycznym. Zazwyczaj powodem zawarcia umowy wtórnej jest umowa pierwotna. Ponadto, zawarcie lub wykonanie

⁸¹² Tak np. M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, op. cit., art. 7, pkt 26, Lex; piśmiennictwo rozmaicie ujmuje cechy umowy o podwykonawstwo, zob. np. M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo...*, op. cit. s. 36, która wskazuje, że umowa o podwykonawstwo jest umową dwustronnie zobowiązującą, wzajemną, przysparzającą, odpłatną i kauzalną; A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 7, pkt 81, Lex, zaznacza z kolei, że wspomniane atrybuty to: pisemność, odpłatność oraz specyficzny przedmiot.

⁸¹³ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 7, pkt 26, Lex; M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo...*, op. cit. s. 40.

⁸¹⁴ R. Szostak, *Podwykonawstwo i jego znaczenie...*, op. cit., s. 13 i nast.; tenże, *Umowy o ...*, op. cit., s. 97; M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo...*, op. cit. s. 35.

⁸¹⁵ W. Wyrzykowski, [w:] J.A. Strzępka (red.), *Umowa o podwykonawstwo ...*, op. cit., rozdział VI.§1, Legalis; W. Dzierżanowski, *Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2014, Nr 1, s. 105; w zakresie kodeksowego ujęcia umowy o podwykonawstwo zob. np. J. Strzępka, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 7*, Warszawa 2018, s. 530, Legalis; J. Strzępka, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego. Tom 5*, Warszawa 2014, s. 1305, Legalis.

⁸¹⁶ Zob. P. Machnikowski, [w:] K. Ojsajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 644 i nast. Legalis; M. Stec, S. Włodyka, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 46 i nast.

umowy późniejszej nie może z reguły nastąpić przed zawarciem oraz wykonaniem umowy wcześniejszej⁸¹⁷. W praktyce zamówień publicznych występują jednak umowy podwykonawcze zawierane przed udzieleniem zamówienia. W postępowaniach etapowych są one zawierane stopniowo. Na moment składania wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu strony umawiają się na relację podwykonawczą na dość wysokim poziomie ogólności. Natomiast w miarę rozwijania się postępowania o udzielenie zamówienia, treść umów zostaje uszczegółowiona, by przybrać ostateczny kształt przed przystąpieniem do realizacji. Cel i treść zamówienia publicznego powinny oddziaływać na wykładnię oraz wykonanie umowy o podwykonawstwo. Zapewnienie zgodności świadczenia z umowy o podwykonawstwo ze świadczeniem wynikającym z zamówienia publicznego stanowi zadanie stron stosunku podwykonawstwa. W zamówieniach publicznych, kluczowym elementem związku obu umów jest jednak czynnik realizacyjny. Z perspektywy spełniania świadczenia widoczny jest tutaj „efekt służy”. Realne wykonanie umowy podwykonawczej rzutuje na realne wykonanie zamówienia publicznego. W świetle art. 7 pkt 27 Pzp brak powinności spełnienia świadczenia niepieniężnego z umowy głównej uniemożliwi powstanie obowiązku lub powoduje upadek obowiązku wykonania kontraktu podwykonawczego (niemożliwość prawna). Strony stosunku podwykonawstwa uprawnione są naturalnie „przekierować” świadczenie podwykonawcze na potrzeby innych umów lub uczynić z niej umowę samodzielną. Element jurystyczny powiązania ich przedmiotów pozwala odróżnić umowy podwykonawcze od innych kontraktów, których wypełnienie jedynie stwarza warunki lub przesłanki spełnienia głównego świadczenia pierwotnego, w szczególności stałe lub ramowe umowy dostaw. Ma to istotne znaczenie prawne, albowiem zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych świadczenia inne niż podwykonawcze nie podlegają ochronie.

Rola podwykonawstwa i podwykonawcy nie jest ujmowana jednolicie⁸¹⁸. Zapatrywanie sprowadzające się do uznania podwykonawcy tylko za stronę umowy o podwykonawstwo niewiele wyjaśnia. Z perspektywy przeprowadzanej analizy można

⁸¹⁷ P. Machnikowski, [w:] K. Ojsajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 645 i nast. Legalis; M. Stec, S. Włodyka, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 46 i nast.

⁸¹⁸ Zob. np. W. Wyrzykowski, [w:] J.A. Strzępka (red.), *Umowa o podwykonawstwo...*, op. cit., rozdział VI. §1 wraz z cytowaną tam literaturą, Legalis; M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo...*, op. cit. s. 47, według której podwykonawca to podmiot inny niż wykonawca, który zawarł umowę o podwykonawstwo odpowiadającą definicji legalnej; za umowy o podwykonawstwo uznawano umowy, których rezultat stanowi jednocześnie wykonanie zamówienia publicznego, podlegający następnie odbiorowi i ocenie w zakresie należytego wykonania, przez zamawiającego - *stanowisko Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z 19.4.2013 r. w sprawie projektowanej zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie podwykonawstwa*, „PZP. Kwartalnik” 2013, Nr 1, s. 108.

uznać samodzielny podmiot, który działając we własnym imieniu, na własne ryzyko i rachunek, choć w cudzym interesie, bezpośrednio uczestniczy w realizacji części zamówienia publicznego, czyli bierze bezpośredni udział w wykonaniu świadczenia jakie objęte zostanie przyjęciem ze strony zamawiającego⁸¹⁹. Bezpośredni cel świadczenia podwykonawcy stanowi cel pośredni z perspektywy celu całego zamówienia publicznego. Ma znaczenie kardynalne i delimitujące. W związku z tym, podwykonawcami nie są osoby trzecie, które piastują role pomocnicze (pozbawione samodzielności), jak również podmioty o pewnej samodzielności, ale których działania ograniczają się do sfery przygotowawczej świadczenia pierwotnego lub stwarzają warunki do jego spełnienia, a więc dotyczą czynności niestanowiących elementów podlegających czynnościom aprobowym wierzyciela w zobowiązaniu głównym. Zalicza się do nich zwłaszcza stałych kooperantów oraz poddostawców wykonawcy. Przykładem niech będzie jedynie dostawa urządzeń na plac inwestycji celem przechowywania ich do późniejszego montażu. O statusie podwykonawczym przesądza się jednak *in concreto*, biorąc w szczególności pod uwagę treść i przeznaczenie świadczenia niepieniężnego dłużnika wykonawcy oraz niezbędne powiązanie prawne umowy z zamówieniem publicznym.

Wiarygodność i uczciwość realizacyjna podwykonawcy podlegają sprawdzeniu, jeśli zostało to zapowiedziane z góry w warunkach zamówienia. Kontrola przesłanek wykluczenia obejmować może w tym przypadku zarówno podstawy obligatoryjne, jak i fakultatywne przesłanki wykluczenia (art. 462 ust. 5 Pzp)⁸²⁰. Wiarygodność podwykonawcy wykazuje się przy pomocy oświadczenia, o którym mowa w art. 125 Pzp lub podmiotowych środków dowodowych. Weryfikacja limitowana jest do trzech sytuacji prawnych. Jedna następować może w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dwie już w toku realizacji. Pierwszy przypadek pojawia się, jeśli zamawiający już w warunkach zamówienia zażądał podania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których spełnienie stanowi przedmiot podwykonawstwa oraz zażądał podania nazw podwykonawców, jeśli tylko są znani wykonawcy na tym etapie. Druga sytuacja łączy się z badaniem wiarygodności podwykonawcy (zwykłego) w zamówieniach na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego. Jak wiadomo, zamawiający obowiązany jest

⁸¹⁹ R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 94.

⁸²⁰ Ibidem, s. 96; M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo...*, op. cit. s. 265, 281 i nast.; M. Sieradzka, [w:] eadem (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 462, pkt 6, Legalis.

wówczas żądać od wykonawcy, aby jeszcze przed przystąpieniem do wykonania zamówienia podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, gdy są już znani. Wprowadzenie tego wymogu skutkuje obowiązkiem wykonawcy do aktualizowania informacji udostępnianych zamawiającemu, jak również do podawania zamawiającemu wskazanych wyżej szczegółów w odniesieniu do podmiotów, które pojawią się w okresie późniejszym (art. 462 ust. 3 Pzp). Ostatnia z sytuacji związanych z możliwością sprawdzenia rzetelności podwykonawcy łączy się z zamówieniami na dostawy, a także z zamówieniami na usługi inne niż usługi, które mają być świadczone w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego. Licząc się z tym, zamawiający może żądać od wykonawcy, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli znanych mu podwykonawców zaangażowanych w takie dostawy lub usługi. W razie negatywnego wyniku kontroli fakultatywnej, podwykonawca nie zostaje dopuszczony do realizacji odpowiedniej części zamówienia.

Tytułem konkluzji nasuwa się wniosek, że wiarygodność wykonawcy, połączona z zaufaniem do wykonania zamówienia opierają się na uczciwości rzutującej na prawdopodobieństwo wypełnienia zamówienia publicznego. Ustawowa zdolność do prawidłowego wykonania zamówienia pełni funkcję szczególnie ważną. Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek postawienia warunków udziału w postępowaniu, które są niezbędne, natomiast możliwość zupełnego odejścia od nich stanowi wyjątek od reguły. Ważnymi elementami rozwiązań prawnych związanych z łąčeniem potencjałów realizacyjnych są utrzymanie zwykłej lub kwalifikowanej zdolności do należytego wykonania zamówienia, realne spełnienie kluczowych elementów przez podmioty dające gwarancję wykonania.

V ROZWIĄZANIA ZAOSTRZAJĄCE OBOWIĄZEK REALNEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA

1. Publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń

Normowany w rozproszeniu publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu wynika wprost z uregulowań ustawowych⁸²¹. Wprawdzie ma on charakter administracyjny, obciążający organy instytucji zamawiających, ale rzutuje na egzekwowanie zobowiązań umownych w imię zasady realnego ich wykonywania. W pierwszej kolejności odnotować trzeba nadrzędny art. 146 ust. 4 pkt 4 Konstytucji RP⁸²², zgodnie z którym Rada Ministrów i podporządkowane jej ogniwa administracji rządowej mają chronić interesy Skarbu Państwa. Stosownie zaś do art. 4 ustawy z 16.12.2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym⁸²³, mienie to służy wykonywaniu zadań publicznych i zarządza się nim zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, zachowaniem szczególnej staranności. Podobne zasady odnoszą się do zarządzania mieniem samorządowym, także z zachowaniem staranności szczególnej oraz jego celowego przeznaczenia na zaspokajanie potrzeb zbiorowych przy zapewnieniu dostatecznej jego ochrony⁸²⁴. Dodatkowo, według art. 47 u.f.p., jednostki sektora finansów publicznych są obowiązane do ustalania przypadających im należności pieniężnych, zarówno publiczno-, jak i prywatno-prawnych, w tym z tytułu zamówień publicznych (kar umownych, odszkodowań, zwrotu zaliczki itd.) oraz podejmowania względem zobowiązanych czynności zmierzających do wyegzekwowania zobowiązania pieniężnych. Powyższy obowiązek dochodzenia roszczeń ma wymiar powszechny, choć szersze unormowania poświęcono należnościom pieniężnym, lecz roszczenia niepieniężne także są doniosłe⁸²⁵. Dlatego obowiązek ten, przesądzający o bezwarunkowym egzekwowaniu uprawnień majątkowych, wymagalnych, rzutuje ograniczająco na dopuszczalność niektórych czynności rozporządzających

⁸²¹ Zob. K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział VI. §1, Legalis; W. Robaczyński, *Uwagi na...*, op. cit., s. 69 i nast.; F. Łapecki, *Zasada realnego...*, op. cit., s. 40; R. Szostak, *Miarkowanie kary umownej w zamówieniach publicznych*, [w:] W. Fill, M. Mędrala, A. Mituś (red.), *Kierunki zmian...*, op. cit., rozdział VII. §5, Legalis.

⁸²² Dz. U. 1997, Nr 78, poz. 483.

⁸²³ T.j. Dz. U. 2024, poz. 125.

⁸²⁴ Por. art. 50 u.s.g.; art. 50 u.s.p.; art. 60a u.s.w.

⁸²⁵ Obowiązek dochodzenia roszczeń obejmuje roszczenia pierwotne, jak i wtórne. K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział VI. §2, Legalis; M. Chlipała, M. Małecka-Lyszczyk, M. Moras, [w:] M. Małecka-Lyszczyk (red.), *Kontrola w zamówieniach...*, op. cit., rozdział I, Legalis.

zamawiającego, zwłaszcza na udzielanie ulg i zawieranie ugód. Z zasady wykluczone jest zwolnienie wykonawcy z długu, wyłączenie z góry odpowiedzialności z tytułu rękojmi⁸²⁶, *datio in solutum*, *pactum de non petendo*⁸²⁷, które rzutowałyby negatywnie na główne świadczenie pierwotne. Według art. 54a u.f.p. jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej, np. celem częściowego umorzenia kary umownej lub innej należności, wyłącznie w przypadku uprzedniej oceny, że skutki ugody są dla jednostki państwowej korzystniejsze niż prawdopodobny wyrok w postępowaniu sądowym. Ocena skutków ugody następuje z uwzględnieniem okoliczności sprawy, zwłaszcza zasadności spornych roszczeń, możliwości ich zaspokojenia, a także przewidywanego czasu i kosztów postępowania sądowego. Ponadto, stosownie do art. 5 ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁸²⁸, zaniechanie ustalenia lub pobrania, bądź nieprawidłowe obliczenie, niedochodzenie, bezzasadne umorzenie, dopuszczenie do przedawnienia należności skarbowej lub przypadającej jednostce samorządowej podlega odpowiedzialności administracyjnej, obciążającej bezpośrednio kierownika zamawiającego lub inną osobę odpowiedzialną za ich dochodzenie. Z braku odpowiedzialności dyscyplinarnej za niedochodzenie roszczeń niepieniężnych, o wiele bardziej doniosłych w zamówieniach publicznych, w grę wchodzi surowsza odpowiedzialność karno-sądowa, zwłaszcza za niedopełnienie obowiązków służbowych w warunkach działania na szkodę interesu publicznego (art. 231, 296 KK).

Publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń rozważać trzeba szerzej na tle zasady autonomii woli, która obejmuje także swobodę umów, w tym rozstrzyganie o czynnościach dyspozycyjnych związanych ze sposobem korzystania z praw podmiotowych⁸²⁹. Konstytucyjne osadzenie tego obowiązku koreluje z konstytucyjnym pochodzeniem zasady autonomii woli⁸³⁰. O ile w obrocie powszechnym troskę dbania o interesy własne pozostawia się ocenie strony uprawnionej, o tyle w zamówieniach

⁸²⁶ R. Szostak, *Podstawowe instrumenty...*, op. cit., s. 40. Wydaje się jednak, że ograniczenie lub wyłączenie odpowiedzialności stosownie do zwyczajowo stosowanych ograniczeń w danych typach umów lub w zakresie wyraźnie przekraczającym wysokość możliwej szkody po stronie zamawiającego należałoby uznać za dopuszczalne.

⁸²⁷ Co do *pactum de non petendo* zob. np. E. Hadrowicz, *Pactum de non petendo a kompetencja zaskarżalności roszczenia*, „STPP” 2022, Nr 1, s. 41 i nast.; Eadem, *Prawnoprocesowe aspekty pactum de non petendo oraz problemy z tym związane*, „PS” 2024, nr 4, s. 5-29; M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1842 i nast.

⁸²⁸ T.j. Dz. U. 2024, poz. 104.

⁸²⁹ Zob. S. Grzybowski, [w:] Grzybowski S. (red. tomu), Czachórski W. (red. nacz.), *System Prawa...*, op. cit., s. 52; M. Safjan, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 335; S. Prutis, *Instytucje podstawowe...*, op. cit. s. 90; odmiennie Z. Radwański, A. Olejniczak, [w:] Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 14.

⁸³⁰ M. Safjan, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 330; Z. Radwański, A. Olejniczak, [w:] Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 15 i nast.

publicznych, w imię ochrony interesów ogólnych, obowiązuje przymus zachowania należytej ochrony i egzekwowania roszczeń, obciążający właściwych urzędników państwowych lub samorządowych. Zamawiający funkcjonuje bowiem jako wierzyciel obciążony dodatkową powinnością zachowania staranności w zakresie udzielania i zarządzania zamówieniem publicznym.

Obowiązek dochodzenia roszczeń wydatnie wzmacnia funkcjonowanie zasady realnego wykonania zamówienia z uwagi na szeroki zakres i publicznoprawną naturę. Pomimo rozproszonej regulacji, obarczony został odpowiedzialnością osób, którym powierzono zarząd majątkowy. Jego administracyjny charakter wyraża się przede wszystkim w tym, że aktualizuje się w ramach stosunków podległości służbowej (kierownik-organ zwierzchni). Same umowy o zamówienia publiczne nie są z nim związane bezpośrednio. Obowiązek ten funkcjonuje jednak w sprzężeniu z umową. Występuje na przedpolu realizacji uprawnień, nie wpływając na ich treść czy zakres⁸³¹. Podobnie wykonawca zamówienia pozostaje zasadniczo poza jego zasięgiem. Z funkcjonalnego punktu widzenia, stanowi on formę kontroli zarządczej, obciążającej kierownictwo, a nie bezpośrednio jednostkę zamawiającą. Dlatego kierownik zamawiającego odpowiada za należyte zorganizowanie zamówień publicznych, a także za całą gospodarkę finansową jednostki w ujęciu art. 58 i nast. u.f.p. W szczególności obowiązany jest ukształtować odpowiednio kontrolę wewnętrzną pod rygorem odpowiedzialności osobistej za uchybienia podwładnych, których dopuścili się z powodu zaniedbania kontroli. Analizowany obowiązek wymusza też pośrednio zorganizowanie właściwego nadzoru nad realizacją każdego bez wyjątku zamówienia publicznego, sprawowanego oczywiście przy pomocy podległych pracowników (merytorycznych). Powinni oni monitorować realizację zamówień, wzywając do usuwania uchybień, wymuszać inne korekty (por. np. art. 636, 740 KC), uczestniczyć w rzetelnych odbiorach świadczeń niepieniężnych itd. Nie wolno im tolerować żadnych istotnych odstępstw lub uchybień, muszą ewidencjować poszczególne roszczenia, zabezpieczając je pod względem dowodowym. Z punktu widzenia wykonawcy zamówienia publicznego kontrola ta stanowi zaostrowany przejaw zwyczajnej kontroli realizacji kontraktu przez zamawiającego uprawnionego do świadczenia niepieniężnego. Obowiązek ten nie wchodzi do struktury umowy.

⁸³¹ R. Szostak, *Podstawowe instrumenty...*, op. cit., s. 40. K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział VI. §2, Legalis.

Ogólny obowiązek dochodzenia roszczeń funkcjonuje w zamówieniach publicznych w kilku aspektach. W pierwszej kolejności wiąże się z koniecznością zorganizowania kontroli zarządczej. Na drugim planie znajduje się rzetelne egzekwowanie przysługujących zamawiającemu uprawnień, natomiast na koniec istotna jest ochrona interesów publicznych sprawowana w działaniach organów władzy publicznej, orzekających w sprawach majątkowych. Te trzy aspekty ukierunkowane są na interesy wierzycielskie związane ze skutecznym zaspokajaniem potrzeb publicznych w drodze świadczeń niepieniężnych (dostaw, usług, robót budowlanych). Nie bez znaczenia są ponadto rozmaite działania zapobiegawcze, zwłaszcza w zakresie wyegzekwowania zasady realnego wykonania, przeciwdziałania tzw. zwłoce wierzyciela, zapobiegania do przyczynienia się do powstania lub powiększenia szkód. Liczy się również konieczność racjonalnego przeciwdziałania roszczeniom wykonawców⁸³².

2. Obowiązek współdziałania stron

Współdziałanie stron uznaje się za jeden z doniosłych warunków racjonalnego wykonywania zamówień publicznych⁸³³. Znajduje wyraz w art. 431 Pzp, zgodnie z którym zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia są obowiązani współdziałać przy wykonaniu zamówienia w celu jego należytej realizacji. Wymóg ten wspiera, a niejednokrotnie umożliwia wykonanie świadczenia pierwotnego⁸³⁴. Z kolei ponoszenie negatywnych konsekwencji braku współdziałania wywołuje osobny efekt stymulacyjno-prewencyjny. Dyrektywa 2014/24 nie zawiera wyraźnej regulacji w analizowanym względzie, natomiast powołany obowiązek stanowi istotny element realizacji umowy w europejskich aktach prawa modelowego. Na gruncie

⁸³² Por. K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział VI. §2, Legalis.

⁸³³ Z. Gordon, *Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 2, s. 39; na „zasadę współdziałania” wskazywali również m.in. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 431, pkt 1; W. Wyrzykowski, *Obowiązek współdziałania zamawiającego z wykonawcą zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 3, s. 69; G. Klich, *Obowiązek współdziałania stron przy realizacji zamówienia publicznego*, RPEiS 2021, Nr 1, pkt I, Legalis; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 431, pkt 2, Legalis; M. Czerwiński, *Status współwykonawcy...*, op. cit., s. 59; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień publicznych...*, op. cit., art. 431, pkt 1, Legalis; *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych*, Druk sejmowy nr 3624, Sejm VIII kadencji, s. 82.

⁸³⁴ Co do funkcji stymulującej wykonanie zobowiązania wskutek współdziałania zob. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 725; R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 154; K. Horubski, *Zwalczanie klauzul...*, op. cit., s. 12; J. Strzępka, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 1535, który zaznaczał, że w różnego rodzaju umowach o dzieło lub umowach o dostawę dzieła ściśle współdziałanie kontrahentów jest nieodzownym warunkiem realnego wykonania.

modelowych PECL strona zostaje zobowiązana do współpracy z kontrahentem, jeżeli takiej współpracy można racjonalnie oczekiwać w celu wykonania jej zobowiązań. Spoczywa na niej powinność ogólnej kooperacji, powinna terminowo zawiadamiać kontrahenta o wszelkich problemach, które występują w trakcie wykonywania umowy oraz o innych faktach lub okolicznościach, od których wiedzy kontrahent jest zauważalnie zależny, pod warunkiem, że takich informacji można w sposób uzasadniony oczekiwać od strony nimi dysponującej (pkt IV.6.9. kom. PECL)⁸³⁵. Z kolei na tle DCFR dłużnik i wierzyciel są zobowiązani do współpracy ze sobą, w czasie i w zakresie, w jakim można racjonalnie oczekiwać współdziałania celem wykonania zobowiązania dłużnika (art. III. –1:104). Podkreśla się, że według tego aktu prawa modelowego obowiązek współdziałania łączy się z bezpieczeństwem kontraktowym, wobec czego powołana powinność sięga dalej i szerzej niż kooperacja jedynie w sytuacjach, gdy to „niezbędne”⁸³⁶.

Wymóg współdziałania stron zamówienia publicznego nie pokrywa się zupełnie z analogicznym obowiązkiem kodeksowym. Relacja pomiędzy tymi unormowaniami stanowi przedmiot kontrowersji doktrynalnych. Wyróżnić tu należy dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym, formuła współdziałania, o którym mowa w art. 431 Pzp nie różni się zasadniczo od rozwiązania zawartego w art. 354 § 2 KC⁸³⁷. Zapatrywanie odmienne uznaje, że istnieje w tym względzie znacząca i nowa treść normatywna⁸³⁸. Przemawia za nim przede wszystkim zakaz wykładni *per non est*, lecz także, sprzężona z tą powinnością obligacyjną, szczególna pozycja zamawiających publicznych jako wierzycieli, wynikająca z zaspokajania potrzeb zbiorowych⁸³⁹. Ponadto, różnice w zakresie literalnego brzmienia obu przepisów wskazują na obowiązek współdziałania w zamówieniu publicznym bez względu na występowanie w konkretnej sytuacji prawno-

⁸³⁵ Principle IV.6.9 - Duty to notify / to cooperate | Trans-Lex.org.

⁸³⁶ H. Beale H. i in., *Principles. Definitions* ..., op. cit., s. 77.

⁸³⁷ Z. Gordon, *Współdziałanie zamawiającego*..., op. cit., s. 39; podobnie G. Klich, *Obowiązek współdziałania*..., op. cit., pkt IV, Legalis, według którego art. 431 Pzp nie zawiera w sobie nowej treści i przenosi na grunt ustawy Pzp regułę, która wynika z regulacji kodeksu cywilnego; M. Jaworska, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień*..., op. cit., art. 431, pkt B.2, Legalis.

⁸³⁸ Zob. J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień*..., op. cit., art. 431, pkt 1, 3, Lex; W. Wyrzykowski, *Obowiązek współdziałania*..., op. cit., s. 73, 75; wspomniani autorzy nietrafnie uważają, że art. 431 Pzp stanowi dyrektywę, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy do partnerskiej współpracy stron; M. Kania, *Current challenges and prospects for the development of the Polish public procurement*, „RPEiS” 2023, Nr 1, pkt II; M. Sieradzka, [w:] eadem, *Prawo zamówień*..., op. cit., art. 431, pkt 2, Legalis; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Tom V. Przepisy pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2025, art. 431, pkt I. 1, Legalis.

⁸³⁹ Por. R. Szczepaniak, *Podmiot publiczny jako strona stosunku cywilnoprawnego a kwestia należytej staranności i dobrej wiary* [w:] J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022, pkt 2 i nast., Legalis.

faktycznej z pozycji wierzyciela lub dłużnika. Obejmuje to zwłaszcza podjęcie rokowań w przedmiocie zmiany umowy o zamówienie publiczne w sytuacji braku roszczenia o taką zmianę. Na dodatek, wyraźne uwypuklenie współdziałania przez prawodawcę wyklucza dopuszczalność umownego wyłączenia lub ograniczenia tego obowiązku w zamówieniu publicznym. Na gruncie kodeksu cywilnego, jak wiadomo, jest to co do zasady dopuszczalne⁸⁴⁰.

Analizowany obowiązek współdziałania nie został zdefiniowany ustawowo ani bliżej dookreślony w art. 431 Pzp. Zarówno w piśmiennictwie,⁸⁴¹ jak i judykaturze⁸⁴² treść i kryteria oceny wypełnienia tej powinności wierzycielskiej interpretuje się w nawiązaniu do art. 354 § 2 KC. Z uwagi na szeroki zakres art. 431 Pzp, może zostać nim objęty każdy obowiązek realizacyjny⁸⁴³. Treść tej powinności zależy przede wszystkim od charakteru i właściwości świadczenia, lecz również od okoliczności realizacyjnych, a nawet bieżących uzgodnień stron, ich cech podmiotowych, w tym biegłości zawodowej w danej dziedzinie, a nawet okresu spełniania świadczenia⁸⁴⁴. W swojej najogólniejszej postaci utrzymuje się przez cały okres realizacji. Zagadnienie współdziałania nie powstaje, jeśli dłużnik nie wykonuje wcale albo wykonuje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią⁸⁴⁵. Na podstawie współdziałania nie można domagać się od zamawiającego tolerowania odchyłeń od realnego wykonania zamówienia⁸⁴⁶. Jak wiadomo, kodeksowa formuła współdziałania opiera się na takim zachowaniu wierzyciela, bez którego spełnienie świadczenia *in natura* pozostaje niemożliwe lub jest znacznie utrudnione⁸⁴⁷. Wyróżnia się negatywną oraz pozytywną sferę kooperacji. Pierwsza polega na powstrzymaniu się od komplikowania, hamowania lub udaremniania dłużnikowi

⁸⁴⁰ M. Gutowski, [w:] idem (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt III.6, Legalis; P. Machnikowski [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 574, Legalis; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 431, pkt I.3, Legalis; odmiennie W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 78 oraz 81, Legalis.

⁸⁴¹ Zob. Z. Gordon, *Współdziałanie zamawiającego...*, op. cit., s. 39; W. Wyrzykowski, *Obowiązek współdziałania...*, op. cit., s. 74; H. Nowak, M. Winiaż (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 431, pkt 2; M. Sieradzka, [w:] eadem (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 431, pkt 3, Legalis.

⁸⁴² Por. wyroki KIO: z 19.12.2022 r., KIO 3173/22, Lex; z 24.03.2022 r., KIO 620/22, Lex; z 5.07.2021 r., KIO 1381/21, Lex.

⁸⁴³ Por. P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 431, pkt II.2, Legalis; tak na gruncie KC - W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 67, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt II.1, Legalis.

⁸⁴⁴ Por. R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 22.

⁸⁴⁵ Wyrok SN z 20.10.2016 r., II CSK 62/16, Legalis; A. Doliwa, *Zasady współżycia społecznego jako kryterium określające sposób wykonania zobowiązania*, [w:] K. Bilewska, D. Krekora-Zajac (red.), *Wykonanie zobowiązań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Adamowi Brzozowskiemu*, Warszawa 2021, pkt I, Legalis.

⁸⁴⁶ Wyrok SN z 27.03.2013 r., V CSK 112/12, Legalis.

⁸⁴⁷ Zob. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 725; A. Klein, *Skutki prawne...*, op. cit., s. 390; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 65, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., pkt C.1-2, Legalis.

faktycznej realizacji zobowiązania (lojalność względem kontrahenta)⁸⁴⁸. Druga aktualizuje się, gdy wynika to z brzmienia przepisu, właściwości umowy lub świadczenia albo gdy bez współdziałania realne spełnienie świadczenia pozostaje niemożliwe⁸⁴⁹. W tej sferze dodatkowo wyodrębnić można tzw. współdziałanie usprawniające, które polega na ułatwianiu dłużnikowi spełnienia świadczenia lub redukcję kosztów, a także zmniejszenie wysiłków realizacyjnych. Współdziałania udogadniającego wymagać można od zamawiającego, jeśli dane czynniki znajdują się w sferze jego wyłącznej kontroli oraz pod warunkiem, że dłużnik nie powinien był liczyć się z ich zaistnieniem⁸⁵⁰. W orzecznictwie sądowym można znaleźć rozstrzygnięcia stwierdzające naruszenie obowiązku współdziałania poprzez opieszale wykonywanie czynności nadzorczych nad realizacją zamówienia publicznego, pomimo starań wykonawcy w tym względzie⁸⁵¹, a także na skutek spóźnionego rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, względnie niezabezpieczenie przez zamawiającego odpowiedniego marginesu czasu na przeprowadzenie postępowania z uwzględnieniem ewentualnych postępowań odwoławczych⁸⁵². To ostatnie zapatrywanie należy ocenić krytycznie, bowiem przed zawarciem umowy nie aktualizuje się obowiązek współdziałania w zakresie jej wykonywania. W efekcie, czynności związanych z przygotowywaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie należy oceniać według powołanego przepisu. Formuła współdziałania stanowić może istotę zobowiązania (np. kontraktacja⁸⁵³, dostawa⁸⁵⁴), element ważny na tyle, że jego brak uprawnia do rezygnacji

⁸⁴⁸ Por. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 726; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy*..., op. cit., art. 354, pkt C.1, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 354, pkt 69 i nast., Legalis; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień* ..., op. cit., art. 431, pkt III.1, Legalis.

⁸⁴⁹ T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 354, pkt 12, Lex; P. Nazaruk, [w:] J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, art. 354, pkt 7, Lex; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 354, pkt 72, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy*..., op. cit., pkt C.2, Legalis; wyrok SA w Krakowie z 15.06.2016 r., I ACa 346/16, Legalis.

⁸⁵⁰ Np. udzielenie informacji znajdujących się w wyłącznym posiadaniu wierzyciela, umożliwienie dogodniejszego przejazdu przez lub w granicach nieruchomości wierzyciela – por. I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy*..., op. cit., art. 354, pkt C.3, Legalis.

⁸⁵¹ Por. wyrok SA w Warszawie z 27.11.2018 r., V ACa 861/17, Legalis; A. Doliwa, W. Katner, [w:] *Prawo umów*..., op. cit., s. 251; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy*..., op. cit., pkt C.1, Legalis.

⁸⁵² Zob. wyrok SA w Gdańsku z 04.03.2019 r., sygn. I ACa 206/17, Legalis.

⁸⁵³ A. Stelmachowski, M. Korzycka, P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 328, Legalis, według których współdziałanie stanowi cechę szczególną umowy kontraktacji.

⁸⁵⁴ W.J. Katner, P. Machnikowski, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 271, Legalis, którzy uznali, że umowa dostawy ze swej istoty wymaga przy wykonywaniu współpracy stron; podobnie, jak się wydaje, R. Trzaskowski, C. Żuławska, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2017, art. 605, pkt 2, Lex; zob. też C. Żuławska, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I-II*, Warszawa 2011, art. 605, pkt 2, Lex.

z wykonania (umowa o dzieło⁸⁵⁵, umowa o roboty budowlane⁸⁵⁶, umowa zlecenia oraz umowy oparte na stosunku zlecenia⁸⁵⁷), czy wreszcie czynnik dalszoplanowy (np. umowa pożyczki)⁸⁵⁸. W zamówieniach publicznych, doniosłość kooperacji uzasadnia wprowadzanie kar umownych na rzecz wykonawcy celem stymulowania realizacji tego obowiązku przez zamawiającego⁸⁵⁹.

Podstawowe formy współdziałania zamawiającego z wykonawcą można zrekonstruować w oparciu o przepisy poświęcone zwłoce wierzyciela. Jak wiadomo, wyodrębnić można trzy kategorie niekooperacyjnych postaw wierzycielskich (art. 486§2 KC)⁸⁶⁰. Ciężar dowodu co do tego, że wierzyciel się ich dopuścił spoczywa na dłużniku, natomiast odnośnie do tego, że postawa wierzyciela była uzasadniona – na wierzycielu⁸⁶¹. Pierwszą stanowi bezpodstawną zapowiedź wierzyciela, że świadczenia nie przyjmie. W tym wypadku nie musi dochodzić do realnego zaofiarowania przedmiotu zamówienia. Wykonawca może jedynie pozostawać w gotowości wykonania lub nawet tylko deklarować, że umowę wykona⁸⁶², a obowiązek świadczenia odpadnie. Za tego typu

⁸⁵⁵ Zob. art. 640 KC, przy czym w piśmiennictwie wskazano, że z istoty umowy o dzieło wynika, iż obowiązek współdziałania obciąża zamawiającego, jeżeli wynika on z właściwości dzieła lub przewidują go wyraźnie postanowienia umowy, a w innych przypadkach przyjmujący zamówienie nie może żądać współdziałania, nawet jeżeli za współdziałaniem przemawiał interes wykonawcy lub względy społeczne, A. Brzozowski, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 436, Legalis, który wskazuje na „niewymuszalność” powołanego obowiązku na drodze sądowej; podobnie P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 640, pkt 1, Lex, który uzależnia możliwości sądowej egzekucji od źródła obowiązku współdziałania, wykluczając ją w wypadkach, w których współdziałanie ma wynikać z właściwości świadczenia, a dopuszczając, jeżeli źródłem tego obowiązku jest umowa; współdziałanie zostało uznane za immanentną cechę umowy o dzieło; W. Wyrzykowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764⁹)*, Warszawa 2018, art. 640, pkt 1, Lex; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 52.

⁸⁵⁶ Istotnym elementem umowy o roboty budowlane jest szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania i wykonywania przedmiotu świadczenia, polegająca na dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu budowy – zob. uchwała SN (7) z 11.01.2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002, nr 9, poz. 106; J. Strzepka, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 494, Legalis; P. Drapała, [w:] J. Gudowski, *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 656, pkt 5, Lex. W literaturze przedmiotu przeważa pogląd o możliwości zastosowania art. 640 do umowy o roboty budowlane zob. P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 656, pkt 5, Lex; podobnie J. Strzepka, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 596, Legalis; B. Lackoroński, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 656 pkt VI, Legalis oraz powołane tam piśmiennictwo; M. Gutowski, [w:] idem (red.), *Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627–1088*, Warszawa 2022, art. 656, pkt 6, Legalis; natomiast orzecznictwo SN prezentuje interpretację odmienną, według której art. 656 KC nie zawiera odesłania do art. 640 KC, zob. np. postanowienie SN z 29.06.2022 r., I CSK 2364/22, Lex oraz cyt. tam dalsza judykatura SN.

⁸⁵⁷ Na gruncie zamówień publicznych brak współdziałania może uzasadniać wypowiedzenie zlecenia zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 156; zob. również uzasadnienie wyroku SA w Krakowie z 30.12.2015 r., I ACa 1310/15, Lex; z kolei w wyroku SN z 24.09.1998 r., I CKN 448/98, Lex, przyjęto, że ważnym powodem wypowiedzenia umowy o świadczenie usług może być uzasadniona ocena, że cel zawartego kontraktu nie zostanie osiągnięty z przyczyn leżących po stronie kontrahenta (art. 746 § 2 w zw. z art. 750 KC).

⁸⁵⁸ Więcej o umowie pożyczki zob. W. Pyziół, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 8*, Warszawa 2011, s. 326 i nast.

⁸⁵⁹ Tak R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 156.

⁸⁶⁰ T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt 3, Lex; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt A.2, Legalis.

⁸⁶¹ Zob. T. Wiśniewski, [w:] *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt 10, Lex; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Część...*, op. cit., art. 486, pkt III.A.6, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt 4, Legalis.

⁸⁶² T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt 4, Lex.

oświadczenie wierzyciela uznać należy odstąpienie od umowy czy składanie oświadczeń o nieistnieniu zobowiązania⁸⁶³. W praktyce, złożenie przez zamawiającego takiego oświadczenia następuje sporadycznie. Przede wszystkim przeciwstawia się temu publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń. Częstszymi zdarzeniami są sytuacje niejednoznaczne, w których zamawiający składa oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powołaniem na przesłankę odpadnięcia interesu publicznego (art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp). Drugi przypadek braku współdziałania polega na odmowie wierzyciela dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione. W zamówieniach publicznych jest sytuacja występująca najczęściej, w szczególności w toku sporu na tle bieżących ustaleń realizacyjnych. Pojawia się zazwyczaj w sporach interpretacyjnych co do rozkładu powinności dłużniczych i wierzycielskich oraz ponoszenia ryzyk kontraktowych. Podkreślenia wymaga, że niewykonanie przez zamawiającego pewnej czynności *per se* niekoniecznie oznacza zwłokę. Niezbędne jest bowiem, żeby zachowanie urosło do rangi odmowy dokonania czynności. Decydują o tym okoliczności indywidualnego przypadku, niekiedy wystarczy bezskuteczne wezwanie zamawiającego do dokonania czynności w określonym terminie⁸⁶⁴. Chodzi tutaj o jakąkolwiek czynność prawną lub faktyczną zamawiającego, toteż zwłoka dotyczyć może dookreślenia przez zamawiającego powinności realizacyjnych wykonawcy, w tym wskazania cech świadczenia *in natura*. Element „skutkowy” wskazuje na zwykłe powiązanie kauzalne między tymi elementami. W efekcie, zamawiający nie popada w zwłokę, gdy wykonawca nie może wykonać świadczenia wskutek innych przeszkód, na przykład siły wyższej lub z powodu własnych zaniedbań. Ostatnia ogólna postać braku współpracy to uchylanie się przez wierzyciela, bez uzasadnionego powodu, od przyjęcia należycie zaofiarowanego świadczenia. Przede wszystkim do tej formy zwłoki dochodzi, jeśli wykonawca realnie zaofiarował świadczenie należyte. Należyty stan świadczenia nie jest jednak wymogiem bezwzględny, albowiem wierzyciel co do zasady obowiązany jest przyjąć świadczenie spóźnione, jeśli tylko jest ono prawidłowe pod każdym innym względem. Podobnie jest w przypadku świadczenia częściowego (art. 450 KC)⁸⁶⁵. Wymóg przyjęcia w takich

⁸⁶³ Zob. T. Wiśniewski, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 486, pkt 3, Lex; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Część...*, op. cit., art. 486, pkt III.C.2, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 486, pkt 6, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 486, pkt 6, Legalis.

⁸⁶⁴ Zob. J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 486, pkt A.11, Legalis; M. Lemkowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2022, art. 486, pkt 10, 19, Legalis.

⁸⁶⁵ Zob. T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 486, pkt 2, Lex; P. Zakrzewski, [w:] M. Fras, M. Hadas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 486, pkt 5, Lex; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 486, pkt 4, Legalis; M. Lemkowski, [w:] M. Gutowski (red.),

okolicznościach stanowi wyraz zasady realnego wykonania zamówienia. Dopiero zaofiarowanie świadczenia należytego prowadzi do oceny zasadności odmowy przyjęcia. Należy jej dokonywać według miernika zobiektywizowanego z uwzględnieniem konkretnej sytuacji prawnej i faktycznej, w jakiej znajduje się wierzyciel. Niewykluczone są przyczyny niezawinione, które jednak nie uzasadniałyby braku przyjęcia świadczenia *in natura*⁸⁶⁶. W świetle bezwzględnie obowiązującego art. 431 Pzp, oraz ze względu na duże znaczenie elementu funkcjonalnego (użytkowego) interesów wierzyciela, przyjęcie przez zamawiającego świadczenia należytego stanowi obowiązek o charakterze fundamentalnym⁸⁶⁷. Wydaje się, że zamawiający powinien również przyjąć od wykonawcy świadczenie odbiegające o warunków zamówienia, jeśli odchylenia nie dotyczą konstytutywnych właściwości świadczenia, jeśli jednocześnie realizuje uprawnienia zmierzające do „naprawy” świadczenia, w szczególności w ramach odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi. Stanowi to jednak jedynie ogólną wskazówkę, albowiem doniosłość indywidualnych parametrów jakościowych zależy od okoliczności danego zamówienia.

Surowsze konsekwencje prawne naruszenia obowiązku współdziałania stymulują realne wykonanie zamówienia. Pierwszoplanowe znaczenie mają konsekwencje wynikające z prawa zamówień publicznych. Liczy się co najmniej pięć następstw. Po pierwsze, wiarygodność realizacyjna wykonawcy nie zostanie podważona, jeśli do naruszenia istotnego obowiązku dojdzie wskutek braku współdziałania zamawiającego (art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp). Może to wynikać z braku kwalifikowanej winy po stronie wykonawcy, niewystępowania związku przyczynowego, jak również z braku znaczących odchylenia od wymagań kontraktowych (art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp). Po drugie, brak współdziałania z jednym ze współwykonawców stanowić może zarzut ograniczający odpowiedzialność innych wykonawców (art. 445 ust. 1 Pzp), nawet jeżeli ten konkretny wykonawca nie powoła się na naruszenie omawianego obowiązku (art. 375 § 1 KC). Ma to szczególne znaczenia w sytuacjach, w których kluczowe zadania ma wykonać

Kodeks cywilny..., op. cit., art. 486, pkt 10, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Część...*, op. cit., art. 486, pkt III.B.2, 7, Legalis z pewnymi odmiennościami w zakresie niekonstytutywnych (uzupełniających) cech świadczenia, co do których stan niezgodności z zobowiązaniem nie uzasadnia odmowy przyjęcia świadczenia; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt 4, Legalis.

⁸⁶⁶ J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt 5, Legalis; W. Popiołek, K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt 4, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt 8, Legalis.

⁸⁶⁷ Na wagę obowiązku na tle regulacji kodeksowej zwraca uwagę I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy*..., op. cit., art. 354, pkt C.4, Legalis; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień*..., op. cit., art. 431, pkt III.2, Legalis, który zalicza obowiązek odbioru świadczenia niepieniężnego do obowiązków w zakresie współdziałania.

osobiście jeden ze współwykonawców odpowiadających solidarnie (art. 121 Pzp). Po trzecie, opóźnienie realizacyjne wywołane brakiem współdziałania, a następnie zaistnienie w okresie opóźnienia zmiany okoliczności, o której mowa w art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp prowadzącej do odstąpienia przez zamawiającego od umowy powinno skutkować obowiązkiem zamawiającego do zapłaty kwoty odpowiadającej wartości wynagrodzenia wykonawcy za część zamówienia, którą wykonawca zrealizowałby, gdyby nie doszło do opóźnienia wywołanego brakiem współdziałania⁸⁶⁸. Po czwarte, przedłużenie okresu utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia w związku z opóźnieniami wywołanymi brakiem współdziałania zamawiającego co do zasady uzasadnia obciążenie zamawiającego kosztami przedłużeń utrzymywania zabezpieczeń, zwłaszcza gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych. Po piąte wreszcie, spowodowanie lub przyczynienie się przez brak współdziałania zamawiającego do opóźnień w realizacji zamówienia, o których mowa w art. 446 ust. 1 pkt 4 Pzp albo do wypowiedzenia, względnie odstąpienia przez wykonawcę od umowy, skutkuje obowiązkiem zamawiającego do uwzględnienia naruszenia tego obowiązku w treści raportu z wykonania zamówienia, a także przedstawienia w raporcie wniosków co do usunięcia mankamentów współdziałania na przyszłość (art. 446 ust. 3 pkt 2 i 4 Pzp). Dalsze, konsekwencje wynikają z uregulowań kodeksowych. Wśród nich wymienić należy odpowiedzialność wierzyciela za szkodę w postaci utraconych korzyści, adekwatnych do wynagrodzenia, którego dłużnik nie uzyskał wskutek braku współdziałania zamawiającego⁸⁶⁹. Nie bez znaczenia jest upadek odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oraz wykluczenie kwalifikacji opóźnienia jako zwłoki lub powstania stanu opóźnienia. Niepodejmujący dostatecznego współdziałania zamawiający może przyczyniać się do powstania lub zwiększenia szkody. Ponadto może się pojawić niemożliwość świadczenia z zachowaniem roszczenia wykonawcy o świadczenie wzajemne⁸⁷⁰. Dalsze negatywne

⁸⁶⁸ Nasuwa się kwestia czy w opisanym wypadku kwota stanowiłaby wynagrodzenie, o którym mowa w art. 456 ust. 3 Pzp, czy inne świadczenie należne wykonawcy, w tym odszkodowanie w rozumieniu art. 486 §1 KC. Zagadnienie to przekracza zakres pracy.

⁸⁶⁹ Wyrok SA w Warszawie z 9.05.2022 r., VII AGa 965/21, Lex, w którym uznano odpowiedzialność zamawiającego sektorowego z tytułu nieprawidłowego przygotowania procesu inwestycyjnego rzutującego na to, że wykonawcy nie otrzymali pełnego wynagrodzenia za czas realizacji umowy. W świetle rozstrzygnięcia sądu, z istoty zawartego kontraktu na nadzór inwestorski wynikało, że zamawiający miał umożliwić jego realizacji stwarzając odpowiednie ku niej warunki.

⁸⁷⁰ Zob. P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 431, pkt IV.1, Legalis; co do katalogu możliwych skutków na gruncie KC zob. W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 89-94, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Część...*, op. cit., art. 486, pkt IV, Legalis; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 486, pkt 13-20, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 486, pkt 9 i nast., Legalis; W. Popiołek, K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 486, pkt 8-9, Legalis.

konsekwencje występują na tle poszczególnych umów. Wymienić tu należy zwłaszcza skutki braku współdziałania prowadzące do wygaszenia obowiązku wykonania *in natura* wskutek odstąpienia od umowy o dzieło lub umowy o roboty budowlane (art. 640 w zw. z art. 656 KC)⁸⁷¹, wypowiedzenia umowy zlecenia (art. 746 KC) oraz umów, do których przepisy o zleceniu stosuje się odpowiednio (art. 746 w zw. z art. 750 KC). Naruszenie wymogu współdziałania w postaci braku zaliczki, nieudzielania informacji stanowić może ważne powody uzasadniające wypowiedzenie zlecenia⁸⁷².

3. Nadzór nad realizacją zamówienia

Nadzór nad realizacją zamówienia w sposób oczywisty sprzyja realnemu wykonaniu. Jego regulacja nie należy, niestety, do udanych. W szczególności brak choćby ogólnego wskazania na jego znaczenie w zamówieniach publicznych. Nie wprowadzono wyraźnej powinności kontroli realizacji oraz efektywnego wykonania świadczenia głównego. W znaczeniu słownikowym kontrola polega na sprawdzaniu czegoś i porównywaniu określonego stanu faktycznego ze stanem wymaganym⁸⁷³, zazwyczaj celem stworzenia podstaw do uruchamiania odpowiedzialności za uchybienie. Natomiast sprawowanie nadzoru ma wymiar podmiotowy, a mianowicie chodzi o nadzór jednego podmiotu nad drugim lub procesem wymagającym ciągłego czuwania; to pilnowanie kogoś lub czegoś⁸⁷⁴. Nadzór oznacza kontrolę ciągłą z dodatkowym prawem ingerencji korygującej, nawet w obrębie sfery leżącej po drugiej stronie kontraktu. W niniejszym opracowaniu przyjęto, że nadzór oraz kontrola nad wykonywaniem zamówienia polegają na sprawdzaniu oraz ustalaniu przez zamawiającego rzeczywistego stanu faktycznego w zakresie realizacji zamówienia, a następnie zestawianie tego stanu z kryteriami należytej realizacji i realnego wykonania zamówienia (art. 354§1 KC). Pojęcia te używane są tutaj

⁸⁷¹ Zamiast wielu zob. B. Lackoroński, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 656, Legalis; R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 156; M. Gutowski, M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 656, II. pkt 6, Legalis; podobnie P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 640, pkt 12 oraz powołane tam piśmiennictwo i judykatura SN, w której silne jest zapatrywanie co do braku przywoływanej możliwości w zakresie umowy o roboty budowlane, Legalis.

⁸⁷² Zob. R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 746 pkt 15, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 746, pkt 6, Legalis; P. Zakrzewski, [w:] M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764⁹)*, Warszawa 2018, art. 746, pkt 5, Lex; K. Kopaczyńska-Pieczniak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 746, pkt 9, Lex.

⁸⁷³ „Kontrola” - definicja, synonimy, przykłady użycia [na:] <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu 06.10.2024].

⁸⁷⁴ „Nadzór” - definicja, synonimy, przykłady użycia [na:] <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu 06.10.2024].

zamiennie, mimo że występują między nimi ważne różnice na gruncie regulacji administracyjnej. Funkcjonująca u licznych zamawiających kontrola wewnętrzna również stymuluje realne wykonanie zamówienia, ale ma charakter publicznoprawny oraz wewnątrzorganizacyjny⁸⁷⁵. Nadzór obligacyjny zalicza się natomiast do szeroko rozumianych narzędzi tej kontroli, może nawet stanowić warunek jej prawidłowego sprawowania⁸⁷⁶. Opiera się on na instrumentach kontraktowych. Specyfika zamówień publicznych, jak również wymóg współdziałania wykluczają przy tym formułę realizacji zamówienia na zasadzie „udziel i zapomnij”. Charakter, przedmiot oraz zasięg poszczególnych mechanizmów kontroli jest różny. Niektóre są obligatoryjne (np. art. 436 pkt 2 Pzp), a inne fakultatywne (np. art. 462 ust. 4 Pzp). Występują uprawnienia ustawowe (np. art. 465 ust. 4 Pzp) oraz umowne, będące następstwem dobrowolnego albo obligatoryjnego skorzystania przez zamawiającego z normy kompetencyjnej (np. art. 96 ust. 4, art. 437 ust. 1 pkt 1-3, art. 438 ust. 1 Pzp). Środki kontroli różnicować można również w zależności od rodzaju zamówienia publicznego. Występują instrumenty uniwersalne, dotyczące każdego rodzaju zamówienia (np. art. 96 ust. 4 Pzp). Obok nich pojawiają się środki dotyczące poszczególnych rodzajów przedmiotu zamówienia, realizujące się przede wszystkim w zamówieniach na roboty budowlane oraz na usługi (art. 95 ust. 2, art. 465 ust. 4 Pzp), a w mniejszym stopniu w dostawach (art. 462 ust. 4 pkt 1 Pzp). Rozwiązania ustawowe w zakresie nadzoru nie zostały oparte o usystematyzowaną regulację, charakteryzują się kazuistyką, toteż kluczowa rola przypada staranności zamawiającego.

Z perspektywy realnego wykonania zamówienia liczy się kilka przejawów nadzoru. Szczególne miejsce przypada weryfikacji tego, czy spełniane świadczenie odpowiada kryteriom prawidłowego wykonania. Ponadto liczy się nadzór nad elementami podwykonawczymi realizacji zamówienia publicznego. Nie bez znaczenia

⁸⁷⁵ Por. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 31, 154; tenże, *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2013, s. 39; tenże, *O niektórych rozwiązaniach organizacyjnych z zakresu zamówień publicznych*, „RPEIS” 2023, Nr 1, pkt I, VI, Legalis; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział V. §3, Legalis. Szerzej o instytucjach i instrumentach kontroli zob. A. Powalowski, E. Przeszło, H. Wolska, *Instytucje i instrumenty kontroli w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018; M. Winiarz, *Współpraca organów kontroli w systemie zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 1, s. 57 i nast.

⁸⁷⁶ Jak wiadomo, kontrola zarządcza to ogół działań podejmowanych dla zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy (art. 68 ust. 1 u.f.p.). Więcej o kontroli zarządczej zob. R. Szostak, *Kontrola zarządcza w jednostkach sektora finansów publicznych – charakterystyka ogólna*, „KP” 2010, Nr 5, s. 5; tenże, *Na czym polega kontrola zarządcza*, „KP” 2011, Nr 1; M. Małecka-Lyszczyk, M. Chlipała, M. Moras [w:] M. Małecka-Lyszczyk (red), *Kontrola w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020, rozdział II, Legalis; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział V., Legalis. Jej ramy na etapie wykonywania zamówienia wyznaczane są przez unormowania prawa zamówień publicznych, przepisy prawa cywilnego, treść samej umowy oraz umów z nią powiązanych (np. umowy o podwykonawstwo). Tak: K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział V. §3, Legalis; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 32.

jest kontrola wykonywania zamówienia przy pomocy pracowników oraz dotrzymywania tzw. wymagań (aspektów) społecznych zamówienia. Wymóg kontroli zgodności świadczenia *in natura* z kryteriami prawidłowego wykonania nie musi bynajmniej wynikać z wyraźnych uregulowań Pzp, lecz wystarczy, że nadaje się do wnioskowania z zasad ogólnych. Jedynie w zakresie zamówień na roboty budowlane, akty wykonawcze wymagają uprzedniego opisanie koniecznych działań kontrolnych⁸⁷⁷. Tymczasem już w okresie przedwojennym, na mocy §40 ust. 1 pkt 9 i 10 rozp. RM 1937 r. kontrolę świadczenia *in natura* uznawano za obligatoryjny element kontraktu. Umowa o udzielenie zamówienia na dostawę lub robotę musiała bowiem określać warunki, sposób, miejsce i termin przyjęcia, bądź odrzucenia wykonanej dostawy lub roboty, jak również warunki, sposób i termin sprawdzenia rachunków za wykonaną dostawę lub robotę. Podobnie, w przepisach zarządzenia Ministra Przemysłu i Handlu z 15.07.1938 w sprawie przepisów szczegółowych o dostawach i robotach dla podległych Ministrowi Przemysłu i Handlu działów administracji państwowej⁸⁷⁸ wszystkie dostawy i roboty wykonane na rzecz jednostek skarbowych mogły zostać przyjęte i zapłacone dopiero po ich zbadaniu i odebraniu przez komisję odbiorczą (§18 zarządzenia). Komisja obowiązana była spełniać swoje czynności według najlepszej wiedzy i sumienności, przy zachowaniu bezstronności (§19 zarządzenia), a zakres sprawdzenia obejmował przy dostawach badanie zgodności z umową, wzorami i próbkami pod względem ilości, miary i wagi, jakości, właściwości wykonania. Sprawdzano też to, czy materiały zostały poddane badaniom przez instytucje wskazane w zamówieniu, a także czy dostarczono je w umówionym terminie i miejscu. Przy robotach budowlanych komisja obowiązana była w szczególności zbadać terminowość wykonania, zgodność robót z planami, rysunkami oraz udzielonymi wskazaniem (§19 zarządzenia). O ile umowa nie zawierała w tym względzie szczegółowych postanowień, dostarczone materiały i przedmioty winny pod względem jakości i dobroci odpowiadać celom i zwyczajom przyjętym dla danej dostawy lub roboty. Wolno było odmówić przyjęcia dostaw i robót nieodpowiadającym warunkom zamówienia. Uregulowania te zasadniczo obligowały do odmowy przyjęcia świadczenia, jeśli stwierdzone wady i braki ilościowe umniejszały stopień użyteczności i dobroci wymaganej przeznaczeniem świadczenia lub jeśli powodowały jego niezdatność do zwyczajnego użytku lub wykorzystania takiego, jaki miano na względzie w umowie. W

⁸⁷⁷ Zob. §14 ust. 1 pkt 7 i 9 oraz §18 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia MRiT z 20.12.2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t. j. Dz. U. 2021, poz. 2454).

⁸⁷⁸ M.P. 1938, Nr 168, poz. 308.

przypadku odchylen mniejszej wagi, przyjęcie zamówionego świadczenia można było uzależnić od ich usunięcia przy jednoczesnym ustaleniu tego, jaka część wynagrodzenia powinna zostać zatrzymana do czasu ostatecznego usunięcia braków, wad i usterek. Jeśli były one nieusuwalne i nie uniemożliwiały korzystanie z przedmiotu zamówienia, komisja mogła zarekomendować władzy zwierzchniej przyjęcie świadczenia za zapłatą zmniejszonego wynagrodzenia wykonawcy⁸⁷⁹.

O konieczności wprowadzenia do umowy finalnej obowiązku weryfikacji świadczenia głównego przesądza pośrednio ustawa. W tej kwestii zarysowały się dwa stanowiska. Stosownie do pierwszego, brak wyraźnej regulacji, zwłaszcza pominięcie w art. 436 Pzp obowiązku weryfikacji świadczenia może oznaczać, że zamawiający dysponuje tu swobodą. Być może dostateczną ochronę interesu publicznego pełnią w tym zakresie kontrola zarządcza wraz z obowiązkiem dochodzenia roszczeń. Natomiast drugie zapatrywanie sprowadza się do uznania środków kontroli świadczenia głównego za zwyczajną powinność obligacyjną, objętą umową o zamówienie publiczne, nawet gdy zostały wykreowane w sposób dorozumiany. Za taką właśnie interpretacją przemawiają co najmniej trzy argumenty. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na względy płynące z wykładni systemowej i celowościowej art. 436 pkt 2 Pzp, który nakazuje zamawiającemu określić w umowie „warunki zapłaty wynagrodzenia”. Jednym z tych warunków jest uprzednie spełnienie świadczenia niepieniężnego. Dlatego zamawiający w pierwszej kolejności musi skontrolować czy wynagrodzenie wykonawcy stało się wymagalne. Szeroko rozumiane warunki mogą skupiać w sobie sprawdzenie protokołów odbioru (częściowych, przejściowych, ilościowych, jakościowych)⁸⁸⁰, jak też załączników do nich, w tym oświadczeń podwykonawców co do zaspokojenia ich roszczeń. Tym bardziej zatem przesłanką zapłaty wynagrodzenia jest realne spełnienie odpowiednio zweryfikowanego świadczenia. Ponadto, w świetle art. 442 ust. 2 Pzp zamawiający obowiązany jest kontrolować spełnienie świadczenia w odniesieniu do udzielania wykonawcy kolejnej zaliczki. Skoro dokonywanie sukcesywnych płatności fakultatywnych warunkowane jest wykazaniem wykonania odpowiedniej części zamówienia, to tym bardziej zapłata finalna powinna być obwarowana obowiązkiem

⁸⁷⁹ Przy wybrakowaniu ponad 30% całej dostawy, komisja mogła odmówić przyjęcia całej dostawy. Kontrola wynikająca z zarządzenia miała charakter administracyjny, natomiast pozytywnie ocenić należy uregulowania rozp. RM 1937 w zakresie obligatoryjnych postanowień umowy łączących się ze sprawdzeniem prawidłowości świadczenia.

⁸⁸⁰ E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 436, pkt 3, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 436, pkt 3; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 436, pkt 2, Legalis.

sprawdzenia prawidłowości spełnienia świadczenia niepieniężnego (argument *a fortiori*). Podobna konkluzja wynika z regulacji nakazujących kontrolę wykonywania obowiązków ubocznych (por. art. 95 ust. 2 i 96 ust. 4 Pzp). Na zamawiającym spoczywa obowiązek wprowadzenia do umowy wymogu nadzoru co najmniej nad wykonaniem zaofiarowanego świadczenia. Brak zaś natomiast ogólnego wymogu, aby zamawiający wprowadził do treści zobowiązania instrumenty nadzoru nad prawidłowym świadczeniem jeszcze zanim zostanie ono zaofiarowane wierzycielowi. Wyjątki dotyczą niektórych usług lub robót (art. 636, 740 KC). Jak wiadomo, zamawiający uprawniony jest w ramach ogólnej swobody umów przewidzieć rozwiązania związane z dokumentowaniem realizacji umowy, udzielaniem informacji przez wykonawcę, kontrolowaniem przez zamawiającego dotrzymywania zwłaszcza konstytutywnych cech świadczenia, jak również ustalać sankcje z tytułu ich naruszenia. Wymaga to dodatkowej obsługi, czasu zarówno na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w toku realizacji. Brak takich postanowień umowy uprawnia wykonawcę do odmowy udzielenia informacji, co stanowi regułę w sytuacjach, w których dochodzi do naruszenia zobowiązania, w szczególności w zakresie nieterminowości świadczenia. W praktyce, w zamówieniach finansowanych ze środków unijnych zamawiający niejednokrotnie odzwierciedlają w umowach o zamówienie publiczne powinności informacyjne, którym podlegają na mocy warunków finansowania. W zamówieniach budowlanych narzędziem kontrolowania postępów oraz jakości prac są harmonogramy realizacyjne (ogólne oraz szczegółowe), odbiory częściowe, jak również obowiązek informowania o przeszkodach realizacyjnych (art. 651 KC). Niemniej, brak rzeczonych powinności łączących się ze spełnieniem głównego świadczenia pierwotnego należy ocenić krytycznie z perspektywy zasady realnego wykonania zamówienia. W konkluzji poczynionych ustaleń zgłosić należy postulat zmiany prawa zamówień publicznych polegającej na wprowadzeniu obowiązku sprawdzenia prawidłowości spełnianego, jak i spełnionego świadczenia niepieniężnego. Obowiązki w tym względzie mogłyby dotyczyć dokumentowania oraz kontroli dotrzymywania przynajmniej konstytutywnych cech świadczenia, a także terminowości wykonywania i wykonania.

Nadzór nad podwykonawczymi elementami zamówionego świadczenia usprawnia funkcjonowanie wymogu realnego wykonania zamówienia. W praktyce wyróżnić można kontrolę „organizacyjną” oraz „merytoryczną”. Pierwsza dotyczy danych identyfikacyjnych oraz sytuacji i kompetencji podwykonawców. Druga łączy się

wprawdzie tylko z podwykonawstwem w zamówieniach budowlanych⁸⁸¹, ale ma szerszy zakres przedmiotowy i jest rozbudowana proceduralnie. Kontrola „organizacyjna” w wariantcie obligatoryjnym wiąże się z robotami budowlanymi oraz usługami świadczonymi w miejscu podległym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego. Fakultatywny nadzór identyfikacyjny rozciąga się na sprawdzanie danych identyfikacyjnych w zamówieniach na dostawy oraz usługi świadczone gdzie indziej niż w obiektach nadzorowanych przez zamawiającego, jak również na inne podmioty. Z perspektywy tematu pracy, ma on jednak znaczenie marginalne. Według art. 462 ust. 3 Pzp, przed dopuszczeniem do realizacji zamówienia następuje podanie zamawiającemu przez wykonawcę nazw, danych kontaktowych oraz przedstawicieli podwykonawców, którzy są wykonawcy znani. Wiedza na ten temat pozwala zamawiającemu zarządzać wykonaniem umowy, w tym ustalać, którzy podwykonawcy wykonują dane zadania⁸⁸². Wymóg przekazania danych identyfikacyjnych „przed przystąpieniem do wykonania zamówienia” łączy się jedynie z terminem notyfikacji. Tym samym nie stanowi ustawowego warunku dopuszczenia podwykonawcy do świadczenia. Ograniczenia w tym względzie mogą jednak wynikać z innych regulacji, w tym porządkowych obowiązujących u zamawiającego.

Tryb kontroli realizacji zobowiązania podwykonawczego zależy od świadczenia podwykonawcy. Jeśli polega ono na robotach budowlanych, kontrola przebiega w dwóch fazach. Liczą się wszelkie umowy podwykonawcze, bez względu na typologię, obejmujące wykonanie „częściami” i o ile rezultat świadczenia podwykonawcy staje się elementem świadczenia głównego wykonawcy, będącym przedmiotem odbioru przez zamawiającego⁸⁸³. Najpierw ocenia się prawa i obowiązki określone w projekcie umowy o podwykonawstwo. W kolejnym kroku bada się treść uwierzytelnionych odpisów już zawartych umów (art. 464 ust. 5 Pzp). Przez uwierzytelniony odpis rozumie się poświadczoną przez wykonawcę za zgodność kopię zawartej umowy. Przedłożeniu podlega nie tylko tekst umowy, lecz także dokumentacja projektowa (fragment), oraz inne dokumenty pozwalające ustalić zakres realnego wykonania powierzanego

⁸⁸¹ SO w Warszawie, XXII Wydział Gospodarczy Odwoławczy orzekł w wyroku z 13.04.2022, XXIII Zs 7/22, Legalis, że zamawiający nie ma prawa do ustanowienia tożsamyh obowiązków, jakie ustawa przewiduje dla umów o podwykonawstwo w zamówieniach na roboty budowlane także dla umów o podwykonawstwo w zamówieniach na usługi (i dostawy); podobnie wyrok SO w Warszawie, XXII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z 13.04.2022, XXIII Zs 35/22, Legalis.

⁸⁸² J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 462, pkt 5, Lex.

⁸⁸³ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 464, pkt II.1., Legalis.

podwykonawcy zadania⁸⁸⁴. Z kolei w przypadku podwykonawczych świadczeń dostaw z montażem lub usług, sprawdzeniu podlega wyłącznie umowa przekraczająca tzw. próg bagatelności⁸⁸⁵. Kryteria kontroli merytorycznej umów podwykonawczych, w obrębie robót budowlanych, są w zasadzie otwarte⁸⁸⁶. Ustawowe elementy weryfikacji obejmują trzy obszary: a) spełnianie wymagań określonych w dokumentach zamówienia, b) określenie terminu zapłaty wynagrodzenia wykonawcy dłuższego niż 30-dniowy od daty doręczenia faktury lub rachunku, a także c) ukształtowanie praw i obowiązków podwykonawcy w zakresie kar umownych lub zapłaty wynagrodzenia w sposób mniej korzystny od praw i obowiązków samego wykonawcy w umowie głównej (art. 464 ust. 3 Pzp). Niezgodność z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia stanowi kategorię najszerszą. Chodzi o wszelkie wymagania, których dotrzymanie pozwoli osiągnąć stan należytego wykonania części zamówienia – zgodnie z definicją legalną umowy o podwykonawstwo. Badaniu podlega, czy nie naruszono obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań (art. 121 Pzp). Doniosłe są także pozostałe kryteria, o których mowa w art. 354 KC, aktualne na dany moment realizacji, a także kontraktowy rozdział ryzyk. Z uwagi na to, że podwykonawstwo służyć ma spełnieniu świadczenia pierwotnego, to niezgodne z wymaganiami zamówienia jest na przykład obniżenie progu wymaganej staranności, wydłużenie terminów świadczenia, odchylenia od wymagań jakościowych. Z drugiej strony wymagania określone w dokumentach zamówienia nie mogą jednak prowadzić do ograniczenia podwykonawstwa ponad zakres dopuszczalny ustawą Pzp. Jak łatwo zauważyć, w zamówieniach budowlanych nieco odmienny zakres przewidziany został dla kontroli umów o podwykonawstwo obejmujących dostawy i usługi. Tutaj badanie ogranicza się do weryfikacji czy termin zapłaty nie przekracza 30 dni od daty doręczenia faktury lub rachunku. Negatywny wynik sprawdzenia obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do zmiany umowy w tym względzie pod rygorem zapłaty kary umownej (art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. d) Pzp). Jak wiadomo, w przypadku umowy o podwykonawstwo obejmującej roboty budowlane, dopiero brak sprzeciwu lub akceptacja zamawiającego zawartej umowy skutkuje odpowiedzialnością

⁸⁸⁴ Ibidem.

⁸⁸⁵ Kontroli tej wymykają się jednak umowy podwykonawcze o wartości poniżej 0,5% wartości umowy głównej, chyba że wartość ta przekracza 50.000 zł lub przewyższa jeszcze niższą wartość określoną przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Zamawiający może też wyłączyć spod notyfikacji umowy o określonym przedmiocie (art. 464 ust. 8 Pzp).

⁸⁸⁶ Tak: J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 464, pkt 5, 9, Lex; odmiennie P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 464, pkt III.1., Legalis, który podnosi zastrzeżenia natury konstytucyjnej oraz postuluje wykładnię zawężającą tego przepisu. Zapatrywanie to nie wydaje się trafne z uwagi na wątpliwości co do założenia o wyjątkowym charakterze przepisu.

zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy stosownie do art. 465 ust. 1 Pzp. W odniesieniu zaś do podwykonawstwa w dostawach lub usługach, skutek ten następuje dopiero po przedłożeniu zamawiającemu zawartej umowy. Wskazuje to na funkcję ochrony interesów zamawiającego. Z perspektywy wykonania zamówienia analizowana kontrola spełnia również funkcję prewencyjną, bowiem pozwala upewnić się, że treść umowy podwykonawczej o podstawowym znaczeniu, czyli podwykonawstwo budowlane, zapewnia należyte wykonanie części zamówienia. Pozwala też zaplanować współdziałanie ze strony zamawiającego. Na dodatek, powinności dłużne w zakresie kontroli merytorycznej zostały zaostrożone obowiązkiem określenia przez zamawiającego kar umownych z dwóch tytułów prawnych, a mianowicie z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy, której przedmiotem są roboty budowlane, a po drugie, nieprzedłożenia kopii umowy o podwykonawstwo poświadczoną zgodnością z oryginałem (art. 437 ust. 1 pkt 7 Pzp). Analogiczne rozwiązania prawne obowiązują w razie zmian zawartych umów o podwykonawstwo (art. 437 ust. 1 pkt 1 oraz art. 464 ust. 11 Pzp).

Kolejna sfera kontroli łączy się z badaniem stanu zaspokojenia wierzytelności podwykonawczych budowlanych w zamówieniach na roboty budowlane o terminie wykonywania przekraczającym 12 miesięcy. Na tle brzmienia przepisu rysuje się kontrowersja czy wskazany termin wiąże się z terminem wykonywania robót budowlanych, czy terminem wykonania całej umowy, a więc również z zapłatą ze strony zamawiającego. W piśmiennictwie zasadnie przeważa zapatrywanie drugie⁸⁸⁷. Uregulowanie art. 447 ust. 1 Pzp warunkuje zapłatę na rzecz wykonawcy od przedstawienia przezeń dowodów zaspokojenia wymagalnych wierzytelności podwykonawców, w tym podwykonawców dalszego rzędu. Dotyczy to sytuacji, w których wykonawca ma otrzymywać wynagrodzenie w częściach, jak również sytuacji, gdy otrzyma zaliczki (art. 437 ust. 1 pkt 4 oraz art. 447 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp)⁸⁸⁸. Jedynie zapłata pierwszej części wynagrodzenia, a także udzielenie pierwszej zaliczki nie zostały obwarowane przedstawieniem dowodów na dokonanie tych rozliczeń. Wymóg przedkładania dowodów zapłaty można stosować również wobec podwykonawców

⁸⁸⁷ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 447, pkt III.1., Legalis; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 447, pkt 1, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 447, pkt 1 i nast.

⁸⁸⁸ Zgodnie z art. 443 ust. 3 Pzp zaliczka nie może być mniejsza niż 5% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

zamówień na dostawy i usługi⁸⁸⁹. Efekt stymulacyjny w zakresie wykonania *in natura* osiągany jest przez to, że w razie stwierdzenia w toku weryfikacji, że wykonawca nie przedłożył wystarczających dowodów, których katalog jest otwarty⁸⁹⁰, wstrzymuje się wypłatę części wynagrodzenia lub udzielenie kolejnej kwoty zaliczki w części równej kwotom wynikającym z brakujących dowodów (art. 447 ust. 2 Pzp). Ochrona uzależniona została od spełnienia przez podwykonawcę przynajmniej części świadczenia *in natura* i przyjęcie jej (odbiór) przez zamawiającego. Uzasadnia to tezę, że nie podwykonawca podlega ochronie, lecz jego wierzytelność łącząca się ze zrealizowaniem i przyjęciem części zamówienia publicznego.

Ostatni doniosły przejaw kontroli merytorycznej łączy się z problematyką niezaspokojonej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom budowlanym. Jeżeli wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca uchyla się od obowiązku zapłaty wymagalnego wynagrodzenia, zamawiający bezpośrednio pokrywa taką wierzytelność odpowiednio: podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, gdy ci zawarli umowę o podwykonawczą w przedmiocie robót budowlanych lub zawarli umowę na dostawy lub usługi poddaną później kontroli w następstwie przedłożenia zamawiającemu uwierzytelnionej kopii zawartej umowy⁸⁹¹. Jak wiadomo, wierzytelność musi powstać po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo robót budowlanych lub po przedłożeniu mu umowy podwykonawczej, obejmującej dostawy lub usługi. Ochronę zyskuje główne świadczenie pieniężne, bez odsetek (art. 465 Pzp)⁸⁹². Z perspektywy zasady realnego wykonania, liczy się przede wszystkim obligatoryjna kontrola zgłaszanej wierzytelności⁸⁹³. Wykładnia językowa, systemowa oraz celowościowa przywołanych regulacji prowadzą do konkluzji, według której zasadnicze kryterium kontroli stanowi wymagalność, a co za tym idzie kwestia realnego wykonania przynajmniej części zamówienia publicznego (art. 7 pkt 27 Pzp). Związek z wykonaniem *in natura* został wyostrozony poprzez weryfikację powinności sprawowaną przez zamawiającego, zwłaszcza co do tego, czy żądanie bezpośredniej zapłaty nie

⁸⁸⁹ Wyrok SO w Warszawie z 9.11.2021 r., XXIII Zs 103/21, Lex; P. Drapała, [w:] Prawo zamówień ..., op. cit., art. 447, pkt 5., Legalis.

⁸⁹⁰ Wyrok SO w Warszawie z 9.11.2021 r., XXIII Zs 103/21, Lex.

⁸⁹¹ Rzecz jasna chodzi o umowę podwykonawczą, w wykonaniu której powstała wierzytelność objęta żądaniem bezpośredniej zapłaty.

⁸⁹² Zamawiający obowiązany jest określić wykonawcy co najmniej siedmiodniowy termin na wniesienie pisemnych uwag co do zasadności roszczeń o bezpośrednią zapłatę zgłoszonych przez uprawnionego (art. 465 ust. 4 Pzp).

⁸⁹³ Por. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 102; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 2; J. Bieluk, K. Z. Zadykowicz-Sokół, *Umowa o roboty...*, op. cit., art. 465, pkt A, Legalis; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt II.1., Legalis.

zostało objęte już potrąceniem. Realne wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę łączy się zatem szczególną ochroną jego wierzytelności przed potrąceniami wykonawcy z innych niż podwykonawczy stosunków prawnych⁸⁹⁴. Wyniki kontroli mogą prowadzić do trzech następstw, a mianowicie: a) do uznania zasadności żądania, a co za tym idzie do aktualizacji obowiązku bezpośredniej zapłaty⁸⁹⁵. Jej dokonanie skutkuje powstaniem roszczenia regresowego⁸⁹⁶, w następstwie którego zamawiający dokonuje potrącenia z wierzytelnością wykonawcy z umowy głównej⁸⁹⁷, b) złożenia przez zamawiającego do depozytu sądowego kwoty potrzebną do pokrycia wierzytelności w razie powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do zasadności żądania (kwota, osoba dłużnika), c) odmową zapłaty spowodowana stwierdzeniem braku podstaw merytorycznych. Ustawa Pzp nakazuje zamawiającemu wprowadzić nadzór nad spełnianiem niektórych ubocznych powinności dłużnych, w szczególności dotrzymywania tzw. klauzul społecznych, a także zatrudniania pracowników do określonych zadań w zamówieniach na usługi i roboty budowlane (art. 95, 96 Pzp). Szczegółowe przedstawienia uregulowań w tym zakresie nie jest niezbędne z perspektywy przedmiotu opracowania, toteż poprzestać można na stwierdzeniu, że ma ona charakter obligatoryjny i funkcję prewencyjno-stymulacyjną⁸⁹⁸.

4. Rzetelny odbiór przedmiotu zamówienia

Odbiór zmierzający do przyjęcia świadczenia należnego zamawiającemu to jeden z podstawowych sposobów współdziałania zamawiającego z wykonawcą. Łączy się – rzecz jasna – ze świadczeniami rzeczowymi (materialnymi), natomiast nie dotyczy

⁸⁹⁴ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt V.2, który wskazuje w tym względzie na wprowadzenie ustawowego zakazu potrącania roszczeń.

⁸⁹⁵ Tak: R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 102; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 2; J. Bieluk, K. Z. Zadykiewicz-Sokół, *Umowa o roboty...*, op. cit. art. 465, pkt A, którzy uznają zarówno obowiązek, jak roszczenie podwykonawców, Legalis; podobnie P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt II.1., Legalis; odmiennie M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 7, Legalis; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 4, 5, Lex, który kwestionuje istnienie roszczenia o zapłatę.

⁸⁹⁶ Tak: R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 102; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 4; podobnie P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt II.V1., Legalis, który wskazuje na to, że art. 465 stanowi samodzielną podstawę roszczenia regresowego. Autor ten podnosi zastrzeżenia natury aksjologicznej co do ponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności za zapłatę na rzecz dalszych podwykonawców.

⁸⁹⁷ Zamawiający, w szczególności z uwagi na publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń, obowiązany jest zbadać zaistnienie przesłanek do obciążenia wykonawcy karami umownymi, o których mowa w art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a) Pzp.

⁸⁹⁸ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 96, pkt 1; podobnie M. Zawisza, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 96, pkt 4, Legalis.

wszystkich usług, zwłaszcza tych, które są realizowane przez czynności nie wymagające przyjęcia świadczenia. Nie oznacza to jednak, że nie podlegają czynnościom aprobowym zamawiającego-wierzyciela. Europejskie akty prawa modelowego, w pewnych sytuacjach, przyznają dłużnikowi świadczenia niepieniężnego możliwość domagania się od wierzyciela odbioru świadczenia⁸⁹⁹. Przyjęcie świadczenia niekiedy uznaje się za uprawnienie wierzyciela, od którego kodeks wprowadza pewne wyjątki⁹⁰⁰, lecz w zamówieniach publicznych reguła ogólna jest odmienna. Ustawa eksponuje zasadę współdziałania, nakładając *expressis verbis* obowiązek w celu należytego wykonania zamówienia (por. rozdz. V.2 opracowania). Natomiast brak przyjęcia świadczenia pociąga za sobą stan niewykonania umowy, wykluczając zaspokojenie potrzeb leżących u podstaw zobowiązania, co koliduje z celem zamówień publicznych (rozdz. I.1 oraz II.1 niniejszej pracy), uchylając zasadzie efektywności. Jeśli bowiem zamawiający-wierzyciel mógłby ze świadczenia zrezygnować, zbędna byłaby regulacja o odstąpieniu od umowy z uwagi na zmianę okoliczności dezaktualizującą interes publiczny w wykonaniu zamówienia z zachowaniem prawa wykonawcy do wynagrodzenia za zrealizowaną część umowy. W rezultacie, na gruncie zamówień publicznych odebranie świadczenia prawidłowo wykonanego trzeba uznać za doniosły obowiązek zamawiającego⁹⁰¹. Pociąga to za sobą wymóg przeprowadzenia odbioru w odniesieniu do tych typów umów co do których ustawodawca przewidział odbiór przedmiotu świadczenia. Wymienić tu należy w szczególności umowę sprzedaży, dostawy, umowę o dzieło oraz umowę o roboty budowlane, które dominują w zamówieniach publicznych.

⁸⁹⁹ Art. 9:101(2) PECL, art. III.-3:301(2) DCFR zob. rozdział I.3. opracowania.

⁹⁰⁰ Zob. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 843, przypis 223; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt 1 oraz cytowana tam literatura, Legalis.

⁹⁰¹ Podobnie R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 171; obowiązek odbioru świadczenia sygnalizuje M. Szydło, *Prawna koncepcja*..., op. cit., s. 173 i nast.; G. Klich, *Obowiązek współdziałania*..., op. cit., pkt I, Legalis; J. Lorc-Borkowska, *Znaczenie prawne odbioru przedmiotu zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 1, s. 47 i nast. Odnośnie reguły kodeksowej J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 843, przypis 223 oraz W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 486, pkt 1, Legalis. Natomiast przyjęcie zaoferowanego świadczenia za podstawowy obowiązek wierzyciela uznała I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy*..., op. cit., art. 354, pkt C.4, Legalis.

Tymczasem na tle wynikających z nich zobowiązań (sprzedaży⁹⁰², dzieła⁹⁰³, robót budowlanych⁹⁰⁴) ujawniają się wątpliwości doktrynalne co do możliwości przymuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia niepieniężnego. Zwolennicy poglądu o uznaniu odmowy odebrania przedmiotu umowy za naruszenie powinności dłużnych, powołują się na potrzebę zwiększania ochrony świadczącego. W takiej sytuacji mają znajdować zastosowanie przepisy ogólne poświęcone niewykonaniu zobowiązań, w tym żądanie realizacji obowiązku. Niektórzy jednak optują za występowaniem w takich przypadkach odstępstw od powinności wierzycielskich. Zasadniczo opierają się na pojęciu świadczenia z umowy wzajemnej (art. 487§2 KC), przywołując dodatkowo formy zwłoki wierzyciela, które związane są z przyjęciem świadczenia (art. 486 §2 KC). Drugie zapatrywanie wydaje się bardziej trafne. Zamawiający nie realizuje przecież swoich prywatnych potrzeb, a brak przyjęcia świadczenia rzutuje przede wszystkim na beneficjentów świadczeń publicznych, nie wspominając o podstawie do odpłatności. Z kolei w doktrynie wyrażono zapatrywanie, zgodnie z którym obowiązki o szczególnej doniosłości dla danego zobowiązania mogą zyskiwać przymiot zaskarżalności⁹⁰⁵. Dodatkowo, nieuzasadniona odmowa przyjęcia prowadzi do zwłoki wierzyciela obligującej do naprawienia szkody, a podstawowy obowiązek w tym względzie polegałby na odebraniu świadczenia w ramach restytucji naturalnej (art. 363§1 KC). Z drugiej

⁹⁰² Co do uznania odbioru z powinność dłużnika zob. J. Skąpski, [w:] *System Prawa...*, op. cit., s. 99 i nast.; W. J. Katner, J. Pisuliński, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 132, którzy wskazują na egzekwowalność obowiązku; K. Kopaczyńska-Pieczniak, M. Pyka [w:] *Prawo umów handlowych. Tom 5B, System Prawa Handlowego*, Warszawa 2020, s. 811; Z. Banaszczyk, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Warszawa 2021, art. 535, pkt IV.21, Legalis; K. Kryla-Cudna, M. Tulibacka [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 535, pkt E.25, Legalis. Ujęcie opowiadające się za zwłoką wierzyciela prezentują m.in. C. Żuławska, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I-II*, red. G. Bieniek, Warszawa 2011, art. 535, pkt 11, Lex; R. Trzaskowski, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 535, pkt 108, który dopuszcza egzekwowalność, Lex; E. Zielińska, [w:] *Problem skutków prawnych niewykonania przez inwestora obowiązków niepieniężnych* [w:] P. Pinior, P. Relidziński, W. Wyrzykowski, E. Zielińska, M. Żaba (red.), *Prawo handlowe. Między teorią, praktyką a orzecznictwem. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi A. Strzépce*, Warszawa 2019, pkt 2, Legalis; J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023, art. 535, pkt A.2, Legalis; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 169.

⁹⁰³ Co do strony dłużniczej: A. Brzozowski, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 437; W. Wyrzykowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764⁹)*, Warszawa 2018, art. 643, pkt 5, Lex; Ł. Żelechowski, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 643, pkt 4, Legalis; wyrok SN z 27.11.2013 r., V CSK 544/12, Lex. Odnosnie do zwłoki wierzyciela zob. P. Drapała, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 643, pkt 7, Lex; E. Zielińska, [w:] *Problem skutków...*, op. cit., pkt 2, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 643, pkt 5, Legalis; wyrok SN z 7.10.2010 r., IV CSK 173/10, Lex.

⁹⁰⁴ Zob. J. Strzépka, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów...*, op. cit., s. 1533 i nast.; tenże, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 7*, Warszawa 2018, s. 570 i nast. Stanowisko opowiadające się za zwłoką wierzyciela zajmują E. Zielińska, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 647, pkt 37, Lex; Eadem [w:] *Problem skutków...*, op. cit., pkt 2, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 647, pkt 7, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 647, pkt 7, Legalis; B. Lackoroński, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 647, pkt IV.3.a., Legalis.

⁹⁰⁵ Zob. na tle obowiązku odebrania rzeczy w umowie sprzedaży: R. Trzaskowski, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 535, pkt 108, Lex; W. J. Katner, J. Pisuliński, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 130.

strony, przy braku przepisu przeciwnego, obowiązki w zakresie współdziałania nie są egzekwowlane sądowo⁹⁰⁶. Większość umów o zamówienie publiczne ma charakter wzajemny, w których obowiązek przyjęcia świadczenia niepieniężnego nie jest powinnością, stanowiącą „odpowiednik” świadczenia wykonawcy (art. 487§2 KC). Nie jest to zatem obowiązek istotny, który aktualizowałoby uprawnienie wykonawcy do powstrzymania się z własnym świadczeniem zgodnie z art. 490 §1 KC. Cel zamówień publicznych, jak również okoliczności szczególne, zwłaszcza związane z przeznaczeniem przedmiotu zamówienia mogą uzasadniać pewne wyjątki od reguły kodeksowej. Przede wszystkim należy uwzględnić pierwszoplanową rolę elementu utylitarnego (funkcjonalnego) w obrębie interesu wierzyciela. Przykładem niech będą świadczenia rzutujące na życie lub zdrowie, szczególnie ważne lub pilne potrzeby zbiorowe. Poza tym, uwzględnić należy interesy oraz wartości wskazane w art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp. Skoro ich dezaktualizacja uzasadnia rezygnację z zamówienia przy jednoczesnym utrzymaniu zapłaty za zrealizowaną część zamówienia, to utrzymywanie się interesów lub doniosłych względów może, w wyjątkowych okolicznościach, uzasadniać przymuszenie zamawiającego do przyjęcia świadczenia należytego. Na dodatek, na gruncie zamówień publicznych wykonawca ma zapewnione zrealizowanie co najmniej minimalnego poziomu zamówienia (art. 433 pkt 4 Pzp), a co za tym idzie niemożliwość wyegzekwowania ograniczałaby tę gwarancję. Kolejna grupa wyjątków łączy się ze szczególnym interesem wykonawcy w wykonaniu świadczenia. Musi on w tym zakresie istotnie wykraczać poza otrzymanie zapłaty. Zilustrować to można sytuacją, w której sprzedawca sprzedaje towary, za nieco niższą cenę, z uwagi na konieczność uwolnienia placu, na którym są składowane. Wyjątkowe znaczenie może mieć odbiór przedmiotu zamówienia o indywidualnym przeznaczeniu. Przykładem niech będzie dostawa taboru tramwajowego, który niezależnie od produkowania określonych typów pojazdów nieodzwrotnie dostosowywany jest pod względem przestrzennym do torowisk (przystanków) określonych miast. Do tej kategorii zaliczyć można wyjątkowe sytuacje, w których należyte wykonanie, w tym przyjęcie świadczenia niepieniężnego niezbędne jest do uzyskania przez wykonawcę tzw. referencji, które warunkować mogą udział w rynku zamówień publicznych. Jak wiadomo, typowy okres „zdatności” referencji wynosi

⁹⁰⁶ A. Klein, *Skutki prawne...*, op. cit., s. 391 i przywołana tam literatura; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt II. 2, Legalis; I. Karasek-Wojciechowicz, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 354, pkt D.1, Legalis; A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 354, pkt 4, Lex, który podziеляjąc tezę o niezaskarżalności obowiązku wskazał jednak, że dopuszczalność przymuszenia wierzyciela może wynikać z przepisu szczególnego.

od trzech do pięciu lat, a co za tym idzie brak prawidłowego wykonania zamówienia jedyne i ostatnie zamówienie w tym czasie prowadzić może do wykluczania wykonawcy z rynku zamówień publicznych. Zaproponowane rozwiązanie jest naturalnie niezupełne, gdyż łączy się z typami umów, które przewidują obowiązek odbioru świadczenia, lecz interpretacja ścisła uzasadniona jest wyjątkiem od reguły kodeksowej.

Zakres pojęciowy oraz charakter odbioru świadczenia umownego nie są jednolicie pojmowane w doktrynie. Rozbieżne, główne stanowiska uznają czynności odbiorcze za czynności faktyczną⁹⁰⁷, inne za czynności prawne⁹⁰⁸, a także za przejawy woli potwierdzający istnienie określonego stanu⁹⁰⁹; jednolicie natomiast odgranicza się wydanie świadczenia od jego przyjęcia⁹¹⁰. Tymczasem ma to doniosłe znaczenie dla zamówień publicznych, choć zasadniczo odbiór w zamówieniach uznaje się za czynność faktyczną, polegającą na aprobacyjno-zwalniającym przyjęciu przez zamawiającego przedmiotu zamówienia zgodnego ze zobowiązaniem wykonawcy. Funkcjonuje również ujęcie szersze, zgodnie z którym odbiór to czynność złożona, która skupia w sobie zarówno czynności faktyczno-sprawdzające świadczenie, jak również wyrażenie przez zamawiającego akceptacji zaofiarowanego przedmiotu zamówienia (element aprobacyjno-zwalniający)⁹¹¹. Przy czym, gdy świadczenie polega na złożeniu oświadczenia woli, takiego jak zawarcie umowy rozporządzającej w wykonaniu umowy zobowiązującej, dokonanie odbioru musi być kwalifikowane jako czynność prawna. Jak się zdaje, trafne jest drugie zapatrywanie. Z perspektywy realnego wykonania zamówienia kluczowe znaczenie ma zbadanie zgodności przedmiotu zamówienia z kryteriami prawidłowej realizacji i wykonania. Zgodnie bowiem z art. 431 Pzp, współdziałanie zamawiającego prowadzić ma do należytego spełnienia świadczenia, toteż przyjęcie świadczenia również wymaga przeprowadzenia go w sposób należyty. Odróżniać przy tym należy odbiór jako zachowanie wymagane treścią zobowiązania od odbioru faktycznie dokonywanego. Prawidłowo dokonany odbiór obejmuje zwłaszcza

⁹⁰⁷ W. J. Katner, J. Pisuliński, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 130; A. Machowska, *Należyte wykonanie zobowiązania w świetle przepisów KC i Pr. bud. Odbiór dzieła a odbiór obiektu w umowie o roboty budowlane*, „MoP” 2010, Nr 14, s. 787.

⁹⁰⁸ W. Siuda, *Glosa do wyroku...*, op. cit., s. 396 i nast.; tenże, *Odbiór robót...*, op. cit., s. 55 i nast.; C. Żuławska, *Zabezpieczenie jakości...*, op. cit., s. 33.

⁹⁰⁹ R. Szostak, *Umowa o...*, op. cit., s. 172; P. Drapała, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 647, pkt 20, Lex.

⁹¹⁰ J. Strzępka, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 570 i nast., Legalis; E. Zielińska, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 647, pkt 33, Lex; R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 171; W. J. Katner, J. Pisuliński, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 130 i nast.; Z. Gordon, *Odbiór przedmiotu...*, op. cit., pkt 2 wraz z cyt. tam piśmiennictwem, Legalis; wyrok SN z 15.03.2012 r. I CSK 287/11, OSNC 2012, nr 11, poz. 131; wyrok SN z 23.08.2012 r., II CSK 21/12, Lex.

⁹¹¹ R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 171 i nast.

sprawdzenie zgodności świadczenia z kryteriami należytego wykonania, a następnie wyrażenie aprobaty dla wykonania w zakresie, w którym nie występują istotne odchylenia od wymagań realizacyjnych. Na tle bardziej skomplikowanych umów wyrażono zapatrywanie, wedle którego wymóg wydania przedmiotu całkowicie wolnego od wad pozostaje w sprzeczności z naturą zobowiązania z umowy o roboty budowlane, co jest stanowiskiem kontrowersyjnym⁹¹². W efekcie, zamawiający uprawniony jest odmówić odbioru obiektu, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub świadczy o wykonaniu w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne, to inwestor nie może odmówić przyjęcia świadczenia, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji⁹¹³. W zamówieniach publicznych, część świadczenia odbiegająca od kryteriów prawidłowego wykonania powinna być objęta odmową przyjęcia. W zamówieniach brak bowiem dostatecznych podstaw do tzw. odbioru warunkowego, rozumianego jako przyjęcie przez zamawiającego przedmiotu umowy z brakami lub wadami, celem wykreowania samych tylko podstaw do zapłaty wynagrodzenia z równoległym zobowiązaniem wykonawcy do doprowadzenia przedmiotu świadczenia do stanu zgodności z umową w ramach restytucji naturalnej lub rękojmi⁹¹⁴. Dla dokonania odbioru niezbędne jest zaofiarowanie przynajmniej części świadczenia przez dłużnika, toteż odbioru nie stanowią czynności nadzorcze realizowane w toku zamówienia, chociaż również ogniskują się na prawidłowości jego wykonywania (np. sprawdzanie osobistego wykonywania kluczowych zadań, realizacja usług lub robót przy pomocy pracowników, spełnienie tzw. klauzul społecznych).

Wykonawca nie może być obciążany kosztami przyjęcia świadczenia, w razie przedłużania tych czynności z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w zakresie kosztów zastosowanie znajdzie reguła z art. 433 pkt 3 Pzp. Pierwszoplanowe znaczenie dla odbioru w przyjętym tu znaczeniu ma zgodność przedmiotu zamówienia z celem zamówienia oraz przeznaczeniem ogólnym lub specjalnym, jak również dotrzymanie wymagań jakościowych, zwłaszcza w zakresie konstytutywnych cech świadczenia. Czynności odbiorowe przygotowane oraz przeprowadzone być muszą w sposób obiektywny (art. 17 ust. 3 Pzp *per analogiam*), z zachowaniem należytej staranności

⁹¹² Wyrok SN z 22.06.2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, nr 1, poz. 7; wyrok SN z 21.04.2017 r., I CSK 333/16, Lex.

⁹¹³ Np. wyrok SN z 12.03.2021 r., V CSKP 14/21, Lex; wyrok SN z 21.04.2017 r., I CSK 333/16, Lex.

⁹¹⁴ R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 173, według którego dopuszczalny jest w takich przypadkach częściowy obiór przedmiotu świadczenia, nawet w razie braku wyraźnych postanowień umownych; podobnie: J. Loranc-Borkowska, *Znaczenie prawne...*, op. cit., s. 48.

przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach, wyposażonych w dokumenty oraz wiedzę na temat wymagań kontraktowych. Czynności te muszą być prawidłowo zorganizowane, z zachowaniem ciągłości składu osobowego oraz obszarów odpowiedzialności personelu, z zapewnieniem im odpowiedniego czasu, miejsca oraz wyposażenia, jeśli jest niezbędne. Należy ocenić krytycznie brak w prawie zamówień publicznych przepisu o odpowiedzialności kierownika zamawiającego za prawidłowe przygotowanie oraz przeprowadzenie odbioru świadczenia. Ponosi on odpowiedzialność na zasadach ogólnych. Ustalenia powinny być dokumentowane na bieżąco na wypadek zastępstw, urlopów, przypadków losowych. Należy zapewnić prawidłowe przejmowanie obowiązków oraz przypisanie odpowiedzialności za prawidłowość poszczególnych ustaleń odbiorczych. Gdy przedmiot zamówienia wymaga odbiorów obejmujących różne części niezbędne jest: potwierdzenie zgodności z umową ilości i jakości indywidualnych elementów i właściwości, zbadanie jakości powiązań między nimi (tzw. kompatybilność), weryfikacja cech użytkowych oraz działania danych elementów, grup elementów, jak również zbadanie funkcjonowania przedmiotu zamówienia jako całości w okolicznościach odpowiadających wymaganiom ustawowym, kontraktowym, a także warunkom przewidywanej eksploatacji. Jeśli warunki zamówienia obostrzają wymagania ustawowe lub wynikające z norm lub przepisów technicznych, prawidłowy odbiór musi stosować standardy wyższe. Gdy uszczegóławia się standardy, sprawdzać należy odpowiednio szczegółowo. Dodatkowo, ważne jest potwierdzenie spełnienia świadczenia przez właściwego dłużnika, a także terminowość wykonania. Pewnych trudności może nastręczać odbiór wytworu intelektualnego (np. prac projektowych, programu komputerowego, lub innego utworu użytkowego) co do których ustawa przewiduje dłuższy termin odbioru z uwagi na konieczność weryfikacji lub nawet testów (art. 55 ust. 4 Pr. aut.).

Zwłoka w realizacji z reguły nie stanowi przeszkody w odbiorze, chyba że świadczenia utraciło znaczenie dla zamawiającego z uwagi na cel umowy znany wykonawcy (art. 491§2 oraz art. 492 KC). Z perspektywy dłużnika funkcja aprobacyjna przyjęcia (odbioru) ma znaczenie najistotniejsze⁹¹⁵, ale dla realnego wykonania

⁹¹⁵ W zakresie elementu aprobacyjnego odbioru zob. np. A. Brzozowski, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 438; J. Strzępka, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 568 i nast., Legalis; E. Zielińska, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 647, pkt 33, Lex; eadem, [w:] J. Strzępka (red.), *Prawo umów budowlanych*, Warszawa 2012, Część V. §5.6.2, Legalis; P. Drapała, *Umowa o roboty budowlane – analiza empiryczna orzecznictwa sądów powszechnych na tle wypowiedzi doktryny prawa cywilnego*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2014, s. 30 i nast.; tenże, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 647, pkt 30, Lex; Z. Gordon, *Odbiór przedmiotu...*, op. cit., pkt 2, Legalis.

zamówienia nie mniej ważny jest element należytego sprawdzenia zgodności przedmiotu zamówienia z umową. Jego znaczenie podkreśla regulacja art. 453 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zamawiający zwraca zabezpieczenie (jeśli zostało ustanowione) w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonanie. Forma odbioru pozostaje w zasadzie dowolna. Protokół odbioru wskazany został w regulacji art. 446 ust. 4 pkt 1 Pzp, ale nie oznacza to uniwersalnego obowiązku jego sporządzania. W praktyce dominuje forma pisemna. Wydanie dłużnikowi protokołu odbioru oznacza zazwyczaj wydanie pokwitowania (art. 462 KC)⁹¹⁶, a także udzielenie tzw. referencji, które stanowić mogą podmiotowy środek dowodowy (art. 7 pkt 17 Pzp).

Aprobacyjno-zwalniające znaczenie odbioru w zakresie usług kształtuje się odmiennie. Definicja legalna z art. 7 pkt 28 Pzp niewiele objaśnia, ponieważ ma charakter negatywny: usługi to świadczenia inne niż dostawy lub roboty budowlane. Tymczasem w obrocie powszechnym usługą tradycyjnie polega na wykonywaniu określonej pracy na rzecz drugiego. W zamówieniach publicznych usługi polegają przeważnie jednak na obowiązku czynienia (*fecere*)⁹¹⁷, przy czym w aspekcie proceduralnym doszło do objęcia usługami umów o przejęcie ryzyka w danym obszarze (np. ubezpieczenie). Występujący w licznych usługach brak materialnego przedmiotu zamówienia wyłącza element wydania, a co za tym idzie – weryfikacji i przyjęcia przez zamawiającego. Usługa zazwyczaj polega na wykonywaniu czynności o zmiennym układzie, nawet usługi podobne rodzajowo mogą mieć różną strukturą realizacyjną⁹¹⁸. Liczy się też ich ulotność, wyrażająca się w jednoczesnym świadczeniu i korzystaniu z usługi, a także w niemożliwości wytworzenia jej „na zapas”⁹¹⁹. Niejednokrotnie pociąga to za sobą trudność rekonstrukcji realizacji usługi w takim stopniu, aby porównać jej zgodność z zobowiązaniem⁹²⁰. Dlatego też czynności aprobacyjno-zwalniające zamawiającego w odniesieniu do tego typu usług muszą wiązać się z oceną dokonywaną

⁹¹⁶ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 172; P. Drapała, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 647, pkt 20, Lex; wyrok SN z 12.03.2021 r., V CSKP 14/21, Lex; wyrok SN z 5.03.1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 90.

⁹¹⁷ L. Ogiełło, *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, [w:] *Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach*, nr 1069, Katowice 1989, s. 217; idem, [w:] J. Rąjski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 640; tenże, K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Warszawa 2021, art. 750, pkt 3, Legalis; R. Gąszczyk, *Umowa o usługi*, Warszawa 2023, s. 252.

⁹¹⁸ L. Ogiełło, *Usługi jako...*, op. cit., s. 216.

⁹¹⁹ L. Ogiełło, *Usługi jako...*, op. cit., s. 216; R. Morek, M. Raczkowski, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 750, pkt 9, którzy zwracają uwagę na brak samoistości rezultatu usługi, Legalis; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 750, pkt 2, który zaznacza brak samoistnego oraz trwałego bytu usługi, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 750, pkt 3, który powoławszy się na orzecznictwo sądów powszechnych odwołał się do braku samoistnego rezultatu, który stanowiłby wartość autonomiczną w obrocie, Legalis.

⁹²⁰ L. Ogiełło, *Usługi jako...*, op. cit., s. 216.

niezwłocznie, a nawet natychmiast, przykładowo, jeśli ilość przedmiotu zamówienia mierzy się czasem, a jakość efektami (usługi szkoleniowe). Jak to już wspomniano wcześniej⁹²¹, w zobowiązaniach tego typu model prawidłowego wykonania przeważnie determinowany jest przez oznaczenie celu, do którego wykonawca ma dążyć, jak również przez odwołanie się do zespołu obiektywnych reguł wiedzy i doświadczenia normujących najwłaściwszy ze względu na ten cel sposób postępowania w danej dziedzinie. Nie bez znaczenia są postawione wymagania podmiotowe, które w praktyce występują licznie. W ich rezultacie pojawia się pewien efekt – ślad materialny usługi, np. opinia prawna, uprzątnięcie, uzupełnianie płynów. W takich przypadkach, ocena prawidłowości wykonania oraz czynności odbiorcze wobec usługi mogą być dokonywane pośrednio, poprzez sprawdzenie śladów działań lub efektu użytecznego usługi⁹²². Określone ślady materialne – rzecz jasna – nie są przedmiotem odbioru, na zasadzie domniemań faktycznych pozwalają jedynie na rekonstrukcję i aprobatę działań wykonawcy przez zamawiającego-wierzyciela.

Obowiązek przyjęcia części przedmiotu zamówienia wzmacnia zasadę realnego wykonania⁹²³. Według art. 450 KC wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chociażby cała wierzytelność była już wymagalna, chyba że przyjęcie świadczenia częściowego narusza jego uzasadniony interes. Unormowanie to ma charakter wyjątkowy, rzutujący na ścisłą interpretację⁹²⁴. Częściowe wykonanie jest możliwe w razie podzielności przedmiotu zamówienia⁹²⁵, a także jeśli wierzytelność jest wymagalna bądź termin zastrzeżony został na rzecz dłużnika⁹²⁶. Przywołany przepis nie stanowi podstawy do przyjmowania świadczeń wadliwych lub niezgodnych z treścią zobowiązania w aspekcie innym niż „częściowość” świadczenia⁹²⁷. W związku z tym

⁹²¹ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., s. 85, 121. Zob. również rozważania poczynione w rozdziale II.1. opracowania.

⁹²² L. Ogiegło, *Usługi...*, op. cit. s. 212, 217.

⁹²³ Zob. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 718; Z. Gawlik, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 1, Lex; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1149; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 8, Legalis; na tle zamówień publicznych: R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 157.

⁹²⁴ Zob. R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 1.1, Legalis; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1151.

⁹²⁵ Zob. A. Doliwa, M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 5, Legalis; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 157; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1149; M. Bujalski, F. Zoll, [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1218.

⁹²⁶ Z. Gawlik, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 3, Lex; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 3, który wskazał, że w razie zastrzeżenia terminu spełnienia świadczenia na korzyść dłużnika, wierzyciel obowiązany jest przyjąć część świadczenia, gdy dłużnik je zaoferował, Legalis; podobnie: W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 6, Legalis.

⁹²⁷ F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1151; M. Bławat, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Część ogólna. Tom II. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 450, pkt II.2, Legalis.

przyjęcie świadczenia obejmuje sprawdzenie przedmiotu zamówienia z umową w zakresie wszystkich wymaganych elementów oraz ustalenie ewentualnych odchyleń. Aprobacyjno-zwalniający skutek wystąpić może w odniesieniu do tych elementów, które mogą stanowić samodzielny przedmiot obrotu lub użytku, w szczególności jednostkowych urządzeń spośród wielu objętych zamówieniem, samodzielną część usług zaspakajających pewien zakres potrzeb⁹²⁸. Jak łatwo zauważyć, granicę powinności przyjęcia świadczenia częściowego stanowi naruszenie uzasadnionego interesu zamawiającego. Zasadniczo występuje on wówczas, jeśli świadczenie częściowe nie jest przydatne dla wierzyciela lub naraża go na znaczne trudności lub powstanie szkody⁹²⁹. W zamówieniach publicznych szczególne znaczenie ma element funkcjonalny (użytkowy) w interesie wierzyciela. Liczą się: interes publiczny oraz wartości wskazane w art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp (arg. *a fortiori*). Jeśli to możliwe, interes polegający na przyjęciu jedynie całości świadczenia powinien być wskazany w warunkach zamówienia z góry. Nie dotyczy to sytuacji, w której okoliczności uzasadniające ten interes powstałyby dopiero po udzieleniu zamówienia. Gdy zamawiający wskaże minimalny zakres zamówienia zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp, to częściowe świadczenie dotyczy w zasadzie zakresu lub wartości minimalnej, chyba że potrzeba otrzymania całości świadczenia pojawiła się wskutek zmiany okoliczności. Jak wiadomo, problem wiedzy dłużnika o „szczególnym” interesie wierzyciela w otrzymaniu całości świadczenia stanowi przedmiot rozbieżności w doktrynie⁹³⁰. Jednak w zamówieniach publicznych, przez wzgląd na ich specyfikę oraz konieczność ciągłego zaspokajania potrzeb publicznych wykonawca może zakładać, że realne spełnienie świadczenia częściowo jest korzystniejsze niż brak świadczenia. W dodatku, przyczyniać się może do miarkowania kar umownych, w które zastrzegane są powszechnie. Prowadzi to do konkluzji, zgodnie z którą wymagane jest, żeby wykonawca miał świadomość, że tylko pełne świadczenie pozwoli na osiągnięcie przez zamawiającego celu zamówienia. W razie zastosowania art. 450 KC zamawiający nie może stwierdzić wykonania zamówienia (art. 453 ust. 1 Pzp), a co za tym idzie, występuje brak podstaw do redukowania przez zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia. Efekt prewencyjno-stymulacyjny

⁹²⁸ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 173.

⁹²⁹ T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 3, Lex; podobnie: Z. Gawlik, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 5, który przywołuje nieprzydatność gospodarczą oraz prawdopodobieństwo powstania lub zwiększenia szkody, Lex; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 7, Legalis.

⁹³⁰ Tak F. Zoll, [w:] A. Olejniczak, *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1151; odmiennie: K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 450, pkt 4, Legalis.

zabezpieczenia należytego wykonania utrzymuje się. Spełnienie świadczenia częściowego zazwyczaj redukuje też powagę naruszenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak również rozmiar stopnia lub zakresu naruszeń wykonania istotnych zobowiązań w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Stwarzać to może dodatkową zachętę realizacyjną, polegającą na niwelowaniu ryzyka zarzutów niewiarygodności i nierzetelności wykonawcy.

Problem odstępstwa od właściwości świadczenia zamówionego względem świadczenia zastępującego o lepszych właściwościach rzutuje na realne wykonanie zamówienia. Literalnie, świadczenie odbiegające na korzyść od kryteriów należytego wykonania jest z nimi niezgodne, ale „lepsze” spełnienie jest formą spełnienia, pozwala osiągnąć cel zamówienia i zaspokoić interes zamawiającego⁹³¹. Nasuwa się pytanie o dopuszczalność takiego odstępstwa. Świadczeniem lepszym nie jest świadczenie nadmiarowe (świadczenie większej ilości rzeczy niż ustalono)⁹³². W rozumieniu potocznym lepszy to „stopień wyższy od dobrego”⁹³³. W związku z czym mamy do czynienia z relacją między co najmniej dwoma zjawiskami, ocenianymi według określonych kryteriów. W analizowanej sytuacji chodzi o kryteria świadczenia należytego (345§1 KC). Oceny dokonywać należy w sposób zobiektywizowany, z perspektywy interesu zamawiającego. Jeżeli ocena relacji prowadzi do wniosku o jej symetrycznym charakterze, ulepszenie nie występuje⁹³⁴. Ulepszenie stanowi asymetrię na korzyść świadczenia zaofiarowanego, w szczególności w zakresie konstytutywnych cech przedmiotu zamówienia. Polepszony to w żadnej cesze nie gorszy niż wynikający z kryteriów należytego wykonania, a w niektórych punktach przewyższający wymagania przynajmniej jednego z kryteriów. Świadczenie lepsze to zatem zaofiarowany przedmiot zamówienia o strukturze, która zasadniczo pokrywa się z cechami i powiązaniem między cechami wymaganymi w warunkach zamówienia, zwłaszcza w opisie przedmiotu zamówienia, przy czym żadna z właściwości nie jest gorsza, a niektóre atrybuty lub powiązania między tymi atrybutami przewyższają cechy i powiązania między cechami

⁹³¹ W piśmiennictwie wyrażono stanowisko, zgodnie z którym sprzeczne z zasadami współżycia społecznego byłoby nieprzyjęcie przez wierzyciela świadczenia w odniesieniu do niezgodności, które pozwalałyby na osiągnięcie celu zobowiązania i zaspokojenie interesu wierzyciela, zob. F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 1179.

⁹³² Więcej o świadczeniu nadmiarowym zob. F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy*..., op. cit., rozdział II. §1.VIII, Legalis.

⁹³³ Pojęcie „lepszy” w Słowniku Języka Polskiego: <https://sjp.pwn.pl> [data dostępu 23.11.2024].

⁹³⁴ Zob. ujęcie relacji tego typu w T. Czeżowski, *Definicje dekjtyczne*, [w:] *Filozofia na rozdrożu*, Toruń 2009, s. 30.

wymaganymi⁹³⁵.

Prawo zamówień publicznych dopuszcza przyjęcie takiego świadczenia. W pierwszej kolejności, przemawia za tym zasada efektywności ekonomicznej zamówienia (art. 17 ust. 1 Pzp). Co do zasady następuje w tym względzie korekta na korzyść zamawiającego. W większym stopniu wypełniony zostaje element użytkowy jego interesu, pełniej realizowany jest cel zamówienia, zwiększone zostają walory użyteczne przedmiotu zamówienia łączące się z jego przeznaczeniem ogólnym lub specjalnym. Zasadniczo następuje w ten sposób osiągnięcie celu zamówienia i zaspokojenie interesu zamawiającego. W takich sytuacjach, obowiązek sprawdzenia przedmiotu zamówienia musi skupiać w sobie zbadanie świadczenia oraz całokształtu okoliczności, żeby wykluczyć zagrożenie dla interesu zamawiającego, które wynikałyby na przykład z niekompatybilności lub zwiększenia kosztów lepszych urządzeń w trakcie tzw. cyklu życia przedmiotu zamówienia wskutek wyśrubowanych parametrów. Prawo do przyjęcia świadczenia lepszego nie oznacza jednak, że na zamawiającym spoczywa w tym zakresie obowiązek. Zachodzi niezgodność świadczenia z wymogami zamówienia (art. 556¹ w zw. z art. 354 §1 KC)⁹³⁶. W tej kwestii wydają się możliwe dwa rozwiązania. Pierwsze polega na uznaniu obowiązku zamawiającego do przyjęcia świadczenia. Skoro przedmiot zamówienia w większym stopniu zaspokaja interes wierzycielski, to zamawiający ma obowiązek go przyjąć. Ten wariant rodzi jednak ryzyko ulepszenia „pozornego”, co przykładowo może wystąpić w sytuacji braku prawidłowego wkomponowania świadczenia w starsze urządzenia lub infrastrukturę zamawiającego, „choroby wieku dziecięcego” rozwiązań nowych, mniejszą dostępność tańszych części zamiennych, zwiększone koszty cyklu życia produktu. Wedle drugiego wariantu należałoby w opisanej sytuacji zastosować art. 450 KC *per analogiam*. Przedmiot zamówienia pozostaje częściowo zgodny z treścią zobowiązania, albowiem jedynie częściowo góruje nad nią. W efekcie, na zamawiającym spoczywałby obowiązek przyjęcia świadczenia, chyba, że naruszałby to uzasadniony interes leżący u podstaw udzielenia zamówienia publicznego.

Zasadniczo pokwitowanie łączy się z prawidłowym wykonaniem zamówienia.

⁹³⁵ Zapropionowane ujęcie świadczenia lepszego oparte zostało na pojęciu „struktura rzeczy”, zob. C. Znamierowski, *Ocenę i normy*, Warszawa 1957, s. 26.

⁹³⁶ Por. P. Stec, [w:] B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostak (red.), *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*, Warszawa 2024, art. 556¹, pkt II.1, Legalis; odmiennie: J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 556, pkt III. 3, który stwierdza brak niezgodności, Legalis.

Można je wykorzystać także jako dowód potwierdzający zdolność do należytego wykonania. Stanowi oświadczenie wiedzy⁹³⁷, ułatwia sytuację dowodową stron⁹³⁸, ponieważ wynikają z niego korzystne dla wykonawcy domniemania prawne, uzupełniając doniosłe domniemania faktyczne. Może dotyczyć świadczenia częściowego⁹³⁹. Wymóg wydania pokwitowania rzutuje na realne wykonania zamówienia na kilku płaszczyznach. Jak wiadomo, jeżeli zamawiający odmawia pokwitowania, wykonawca może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia lub złożyć jego przedmiot do depozytu sądowego, lecz żądaniu wykonawcy towarzyszyć musi realne zaofiarowanie świadczenia⁹⁴⁰. W praktyce funkcje pokwitowania wypełniają różnego rodzaju protokoły odbiorów lub przejęcia, listy zrealizowanych czynności. Zazwyczaj sporządzane są przez obie strony umowy, niekiedy także z udziałem osób trzecich. Na tle wykazywania potencjału technicznego lub zawodowego pokwitowanie funkcjonuje natomiast odmiennie. Przede wszystkim, stanowić może podmiotowy środek dowodowy prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, który odpowiada tzw. referencjom. Prawo zamówień publicznych nie wiąże z tymi dokumentami domniemań prawnych analogicznych do płynących z pokwitowania. Odmowa wydania dokumentu spełniającego wymogi referencji uzasadniać może wstrzymanie się ze spełnieniem świadczenia, jeśli miałby on zarazem stanowić pokwitowanie. Wydanie referencji może potwierdzać prawidłowe wykonanie dzielnego fragmentu zamówienia publicznego, nie stanowiąc zarazem pokwitowania z uwagi na niewykonanie innych istotnych obowiązków kontraktowych (np. rozliczenia się z podwykonawcami). Możliwa jest także sytuacja odwrotna, w której wykonawca uzyska pokwitowanie, lecz z uwagi na znaczną zwłokę, pokwitowanie – mimo stwierdzenia wygaśnięcia długu – nie potwierdzi

⁹³⁷ A. Doliwa, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 1, Legalis; R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 4, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 3, Legalis; postanowienie SN z 18.01.2022 r. I CSK 31/22, Legalis; podobnie wyrok SN z 06.12.2017 r. I CSK 476/17, Legalis. Odmiennie w zakresie uznania pokwitowania za oświadczenie woli: T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 9, Lex, a także Z. Gawlik, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 5, Lex.

⁹³⁸ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 173; Z. Gawlik, [w:] *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 3 i nast., Lex; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462 pkt 3, Legalis.

⁹³⁹ W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 450, pkt 11, Legalis; R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 450, pkt 3, Legalis; T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 450, pkt 9, Lex.

⁹⁴⁰ A. Janiak, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 5, Legalis; T. Wiśniewski, [w:] *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 2, Lex; W. Popiołek, [w:] Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 3, Legalis. Może ono być zgłoszone przez dłużnika lub osobę wykonującą zobowiązanie za niego w chwili spełnienia świadczenia bądź też po tym zdarzeniu- T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 3, Lex; Z. Gawlik, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 5, Lex; W. Popiołek, [w:] Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462 pkt 3, Legalis; R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 462, pkt 2, 4, Legalis; zob. również wyrok SA w Łodzi z 23.10.2013 r., I ACa 568/13, Lex.

należytego wykonania. Nie bez znaczenia jest, że nienależyte wykonanie zamówienia może uniemożliwić uzyskanie referencji, a co za tym idzie, przynajmniej czasowo utrudni powoływanie się na spełnione świadczenie w celu uzyskania innych, podobnych zamówień publicznych. Wywołuje to osobny efekt stymulujący w zakresie zasady realnego wykonania zamówienia.

5. Ograniczona dopuszczalność modyfikacji umowy

W zamówieniach publicznych swoboda kontraktowa w zakresie zmian (uzupełnień) umowy została wydatnie ograniczona. Istotna zmiana kontraktu wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że zaistniał wyjątek ustawowy (art. 454 ust. 1 Pzp). Ujawnia się tu funkcja mająca na celu nie tyle utrzymanie treści kontraktu, co doprowadzenie do jej praktycznego urzeczywistnienia. Pozwala to wykonawcom oszacować ryzyko transakcyjne, oddziałuje prewencyjnie w zakresie zapewnienia dostatecznej efektywności zamówienia publicznego, sprzyja zachowaniu uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowań oraz równemu traktowaniu wykonawców⁹⁴¹. Wykonawca świadczy *in natura* to co przyrzekł za cenę, którą zaoferował, bez prawa do nieuzasadnionych korzyści transakcyjnych i bez możliwości „obejścia” wyniku postępowania. Z drugiej strony zakaz jakichkolwiek zmian rzutowałby negatywnie na zaspokajanie interesu publicznego, uniemożliwiając dostosowywanie umowy do zmieniających się okoliczności. W efekcie, uregulowania art. 454 oraz art. 455 Pzp dopuszczają wprowadzanie jedynie niektórych modyfikacji do umowy pod warunkiem dochowania wymagań ustawowych. W świetle doniosłego dla tej problematyki wyroku TSUE z 07.12.2023 r., C-441/22, C-443/22, przepisy dyrektywy określają warunki, na jakich zmieniane mogą być umowy, które podlegają wykonaniu. Stwierdzenie niedopuszczalnej modyfikacji warunków umowy nie wymaga przy tym formalnego (pisemnego) porozumienia stron, albowiem taki wymóg umożliwiałby im obejście przepisów dyrektywy, pozwalając na zmianę zobowiązania według dogodniejszych warunków wykonania umowy⁹⁴². Istotne odchylenie od warunków

⁹⁴¹ Wyroki TSUE z dnia 13.04.2010 r., C-91/08, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo, EU:C:2010:182; a także z dnia 3.02. 2022 r., C-461/20, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo, EU:C:2022:72.

⁹⁴² Wyrok TSUE z 07.12.2023, C-441/22, C-443/22 pkt 59, 61, 62, 63, 65 ECLI:EU:C:2023:970 z głosem M. Sieradzkiej, TSUE: Istotna modyfikacja zamówień publicznych to także zmiana wprowadzona przez strony, n.ius 18.03.2024, Legalis. Na gruncie polskiej ustawy rezygnację z kary umownej uznawał za istotną zmianę J. Jerzykowski, [w:] W.

wykonywania zamówienia ma jedynie charakter konsensualny⁹⁴³. Wpływa z tego wniosek, zgodnie z którym umowa o zamówienie publiczne musi być realnie wykonywana zgodnie z jej warunkami, a nawet nieformalne odchylenia stron w tym zakresie stanowić mogą niedopuszczalną, istotną modyfikację. Zmiany nieistotne nie mogą być jednak dokonywane z powoływaniem się na swobodę kodeksową, wymaga się bowiem przeprowadzenia analizy przesłanek ustawowych i umownych. Rozgraniczenie zmian istotnych i nieistotnych dokonywane jest *in concreto*. Tymi ostatnimi zazwyczaj są modyfikacje sposobu wykonania zamówienia, dopracowanie współdziałania stron, dookreślanie drobniejszych atrybutów przedmiotu zamówienia, uściślenie wymagań dotyczących miejsca lub czasu spełnienia świadczenia. Szczególnie w zamówieniach na roboty budowlane ważne znaczenie będą mieć bieżące uzgodnienia realizacyjne⁹⁴⁴. W związku z tym, prawo zamówień publicznych stabilizuje roszczenie pierwotne poprzez konieczność przeprowadzenia indywidualnej analizy, nawet jeśli w jej efekcie okażą się one dopuszczalne.

Wątpliwości budzi zakres pojęciowy zmiany istotnej, co rzutuje na gwarancje ochronne świadczenia pierwotnego. Uwzględniając brzmienie art. 454 ust. 2 Pzp jest nią modyfikacja, która powoduje istotną zmianę charakteru umowy w stosunku do tego, który wynikał z jej pierwotnego kształtu. Jak wiadomo, modyfikacja jest istotna, a co za tym idzie łączy się z przebudową „charakteru umowy”, w czterech, przykładowo podanych przypadkach. Po pierwsze, jeśli wprowadza warunki, które, gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści. Po drugie, jeżeli wskutek zmiany narusza się równowagę ekonomiczną stron zamówienia na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnym kontrakcie. Po trzecie, gdy modyfikacja w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy. Ostatnia sytuacja polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Charakter umowy w powyższym ujęciu nie jest – niestety – pojmowany

Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 454, pkt 6, Lex.

⁹⁴³ Wyrok TSUE z 07.12.2023, C-441/22, C-443/22 pkt 63, ECLI:EU:C:2023:970 oraz powołany tam wyrok TSUE z 17.06. 2021 r., C-23/20, pkt 70, EU:C:2021:490.

⁹⁴⁴ R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie...*, op. cit., rozdział II.§4, Legalis oraz powołana tam literatura.

jednolicie. Dominujące zapatrywania pozostają zgodne co do potrzeby szerokiego rozumienia tego pojęcia, w tym wykraczającego ponad właściwość zobowiązania, o którym mowa w art. 353¹ KC oraz poza typologię umów. Wskazywano, że chodzi tutaj o typ (rodzaj) umowy oraz przedmiot zamówienia publicznego⁹⁴⁵, jak również, że kwestia dotyczy modyfikacji celu umowy, rodzaju świadczenia, istotnych modyfikacji sposobu jego spełnienia⁹⁴⁶, a także cech charakterystycznych stosunku prawnego nawiązanego po wyborze oferty najkorzystniejszej⁹⁴⁷. Wedle kolejnej interpretacji, analizowana zmiana skupia w sobie istotną zmianę rodzaju świadczenia głównego, rodzaju zobowiązania, kontraktowych zasad odpowiedzialności wykonawcy⁹⁴⁸. Uwzględniać należy równowagę świadczeń i ich zakres⁹⁴⁹. Stanowiska te prowadzą do przynajmniej dwóch konkluzji. Zgodnie z pierwszą, przy szerokim rozumieniu tego pojęcia liczy się szereg elementów związanych nie tyle z brzmieniem umowy, co z następstwami jej realnego wykonania wedle zmodyfikowanego modelu. W związku z tym, szczególnie ważne są: cel umowy, zaspokojenie elementów funkcjonalnych (użytecznych) interesu zamawiającego, konstytutywne cechy świadczenia niepieniężnego. Liczy się rozkład praw i obowiązków stron oraz ryzyko kontraktowych doniosłości z perspektywy wyłaniania wykonawcy, utrzymanie proporcji wartości świadczeń stron oraz odpowiedzialności z tytułu jej naruszenia. Po drugie, ocena istotności zmian umowy przebiega dwutorowo. Pierwszą fazę jest badanie zgodności z prawem zamówień publicznych, w szczególności w zakresie „obrony” wyniku postępowania oraz utrzymaniu zakresu świadczeń stron, ich wzajemnej równowagi. Osobno następuje ocena z perspektywy obligacyjnej, albowiem przywoływane powyżej zmiany typu zobowiązania, świadczenia głównego, rodzaju świadczenia, zasad odpowiedzialności, jak również modyfikacje rozkładu ryzyka z zasady rzutować mogą na krąg wykonawców lub treść składanych ofert.

Granice dopuszczalnej zmiany (uzupełnienia) umowy wyznacza pojęcie modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Stanowi on zarazem instrument osłaniający

⁹⁴⁵ Zob. P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, op. cit., rozdział IV. §3.II.5, oraz powołana tam literatura, Legalis; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Thomson Reuters (Professional) UK Limited 2014, s. 600; W. Hartung i in., [w:] *Dyrektywa 2014/24/UE...*, op. cit., art. 72, pkt B.6, Legalis; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE...*, op. cit., art. 72, pkt 5, Legalis; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., s. 316 i nast.

⁹⁴⁶ Tak A. Sołtyśńska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do...*, op. cit., art. 72, pkt 6, Lex.

⁹⁴⁷ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 454, pkt 8, Lex.

⁹⁴⁸ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 454, pkt II.1., Legalis,

⁹⁴⁹ R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie...*, op. cit., rozdział II. §4, Legalis; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 454, pkt 6, Lex.

świadczenie *in natura*. Pojęcie to nie pokrywa się z opisanym wyżej „charakterem umowy”, a w literaturze przedmiotu nie jest objaśniane jednolicie. Wedle jednego zapatrywania to pojęcie szersze niż wskazany „charakter umowy” (art. 454 Pzp). Co za tym idzie, klauzule adaptacyjne nie mogą skutkować zmianą rodzaju świadczenia (z dostawy na usługę lub robotę budowlaną), istotną zmianą rodzaju świadczenia (z zobowiązania rezultatu na zobowiązanie starannego działania), zmianą umowy o skutku zobowiązująco-rozporządzającym w umowę o skutku zobowiązującym, zmianę umowy zawartej na czas określony na umowę na czas nieokreślony⁹⁵⁰. Zakaz ten nie ogranicza się tylko do klauzul adaptacyjnych, lecz rozciąga się również na modyfikacje na podstawie nieprzewidzianych okoliczności (art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp) oraz na tzw. zmiany bagatelne (art. 455 ust. 2 Pzp). Kolejna interpretacja analizowanego pojęcia stawia na pierwszym planie indywidualizujące przedmiot kontraktu według prawa zamówień publicznych, w tym określenia przyjęte przez zamawiającego⁹⁵¹. Zbliżone stanowisko kładzie nacisk na przedmiot zamówienia, względnie główny przedmiot zamówienia oraz cechy świadczenia. Zamiana rodzaju zamówienia (np. usługa w miejsce dostawy) lub zamiana przedmiotu w obrębie tego samego rodzaju zamówienia (świadczenia o różnych cechach konstytutywnych) oznaczałaby modyfikację ogólnego charakteru umowy. Wyznaczają go również takie właściwości świadczenia jak jednorazowość, okresowość lub ciągłość, podzielność i niepodzielność, oznaczenie indywidualne i rodzajowe, staranne działanie i rezultat (jeśli zaakceptować ten podział)⁹⁵². Także i w tym przypadku rekonstrukcji dokonywać należy *in casu*, zarówno na podstawie regulacji prawa zamówień publicznych, jak i kodeksu cywilnego. W tym ostatnim aspekcie uwzględniać należy szereg następstw prawnych. Liczą się prowadzące do wykreowania zobowiązania naturalnego, *pactum do non petendo*, zmian kwalifikowanych cech podmiotowych dłużnika. Ważna jest zmiana świadczenia z działania na zaniechanie, zastąpienie nieograniczonej odpowiedzialności odszkodowawczej odpowiedzialnością ograniczoną, zmiana świadczenia z *facere* na *dare* i odwrotnie. Nie bez znaczenia jest modyfikacja świadczenia osobistego w nieosobiste, przedmiotu niepodzielnego na podzielny, jak również wykreowanie odmiennego typu umowy nazwanej. Nie można dopuścić do zmian w zakresie okresów przedawnienia, podstaw wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy.

⁹⁵⁰ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt III.5, Legalis.

⁹⁵¹ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 454, pkt 8, Lex.

⁹⁵² J. Nowicki, *Zmiany umowy w praktyce*, „M.Zam.Pub” 2016, 10, s. 10–15; A. Elżanowska, *Zakaz modyfikacji ogólnego charakteru umowy*, „ZP Doradca” 2020, nr 10, s. 51.

W efekcie, dążenie do wykonania zamówienia bez istotnych odstępstw od treści pierwotnej rzutuje na regulacje ograniczające istotne zmiany lub uzupełnienia stosunku prawnego. Nie mogą one prowadzić do zmiany ogólnego charakteru umowy w przybliżonym powyżej rozumieniu.

W praktyce przeważają zmiany wprowadzane w oparciu o tzw. klauzule adaptacyjne. Według sprawozdania Prezesa UZP, w 2024 r. 94% ogłoszeń o zamówieniu publikowanych z BZP przewidywało klauzule adaptacyjne⁹⁵³. Uwzględniając zasadę realnego wykonania zamówienia, jest to pierwszy z trzech liczących się przypadków dopuszczalnych zmian roszczenia pierwotnego⁹⁵⁴. Przepis art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi transpozycję art. 72 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/24⁹⁵⁵. Podstawowy wymóg polega na zapowiedzi dopuszczalnych zmian w warunkach zamówienia przy pomocy jasnych, precyzyjnych oraz jednoznacznych klauzul kontraktowych (art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp). Muszą one umożliwiać jednakową interpretację wszystkim wykonawcom zainteresowanym wzięciem udziału w postępowaniu, a także stanowią swoistą kontynuację opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny i wyczerpujący⁹⁵⁶. Jak wiadomo, prawidłowo skonstruowana klauzula adaptacyjna wymaga podania rodzaju, zakresu zmian, a także warunków ich wprowadzenia. Rodzaj zmiany polega zasadniczo na wskazaniu, czy ma ona charakter automatyczny, czy negocjacyjny⁹⁵⁷. Zakres dopuszczalnych modyfikacji to ich zasięg (granice) w odniesieniu do określonych praw lub powinności obligacyjnych lub ich wartości. Na przód wysuwa się tutaj termin realizacji zamówienia, wysokość wynagrodzenia, liczba zamawianego asortymentu, ważne cechy przedmiotu zamówienia⁹⁵⁸. Natomiast warunki wprowadzania zmian do umowy oznaczają podane z góry okoliczności, których zaistnienie otworzy drogę do

⁹⁵³ Sprawozdanie Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2024 r (1).pdf, s. 120.

⁹⁵⁴ Pozostałe dwa przypadki łączą się ze zmianami podmiotowymi zamówienia publicznego oraz zamówień dodatkowych.

⁹⁵⁵ W zakresie regulacji unijnej zob. G. Klich, *Zmiana umowy...*, op. cit., rozdział III.§7.V oraz powołana tam literatura, Legalis; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział III.§2 oraz cyt. tam piśmiennictwo i judykatura TSUE, Legalis; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE...*, op. cit., art. 72 dyrektywy 2014/24/UE, Legalis; P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, op. cit., rozdział IV.§3.II oraz powołana tam literatura i orzecznictwo, Legalis; szerzej co do art. 72 dyrektywy zob. S. Arrowsmith, *The Law of...*, op. cit., s. 597 i nast.; T. Indén, [w:] M. Steinicke, P.L. Vesterdorf (red.), *EU Public Procurement Law*, C.H Beck, Hart, Nomos, 2018, s. 766 i nast.

⁹⁵⁶ A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 4, Lex; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt II.4, Legalis.

⁹⁵⁷ Tak A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 6, Lex; nieco odmiennie J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 4, Lex.

⁹⁵⁸ A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 6, Lex; M. Sieradzka [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 3, Legalis; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 201; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 4, Lex.

zmiany lub uzupełnienia umowy⁹⁵⁹. Katalog uwarunkowań pozostaje w zasadzie otwarty, muszą one jednak mieć charakter zobiektywizowany, przykładowo obejmuje pojawienie się nieprzewidzianych trudności realizacyjnych, innych rozwiązań technicznych lub technologicznych⁹⁶⁰. Uwzględnienie postępu technologicznego pozwala z kolei zmieniać zwłaszcza parametry albo właściwości przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie klauzuli adaptacyjnej, co do zasady nie skutkuje automatyczną zmianą umowy. Zazwyczaj niezbędne jest przeprowadzenie negocjacji. Modyfikacja na podstawie klauzul adaptacyjnych może znaleźć zastosowanie także do zmiany wykonawcy w ujęciu art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. Poza tym do zmiany wykonawcy może też dojść w wyniku sukcesji uniwersalnej lub syngularnej (art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp), z zastrzeżeniem, że nowy dłużnik spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 i art. 109 ustawy Pzp, a jego zmiana nie pociągnie innych istotnych zmian umowy (w znaczeniu opisanym wyżej) oraz nie ma na celu obejścia przepisów ustawy. W efekcie, zasada realnego wykonania zamówienia znajduje wyraz w wymaganiu utrzymania wiarygodności realizacyjnej w związku ze zdarzeniami o charakterze sukcesji uniwersalnej.

Nieprzewidziana zmiana okoliczności stanowi liczący się powód skorygowania postanowień umowy. Regulacja w tym zakresie implementuje do prawa zamówień publicznych art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24⁹⁶¹. W świetle motywu 109 dyrektywy ogólnej, zgodnie z którym niespodziewane okoliczności to zdarzenia, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem dostępnych zamawiającemu środków, charakteru i cech tego konkretnego zamówienia, a także dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością. Zmiany okoliczności nie muszą mieć charakteru nadzwyczajnego. Regulacja art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi rozwiązanie odrębne od klauzuli *rebus sic stantibus* oraz

⁹⁵⁹ Zob. R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie...*, op. cit., rozdział II.§4, Legalis; podobnie J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 4, Lex.

⁹⁶⁰ A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 8, Lex.

⁹⁶¹ Szerzej na temat prawa UE zob. S. Arrowsmith, *The Law of...*, op. cit., s. 600 i nast.; T. Indén, [w:] M. Steinicke, P.L. Vesterdorf (red.), *EU Public...*, op. cit., s. 768 i nast.; G. Klich, *Zmiana umowy...*, op. cit., rozdział III.§7.V. oraz powołana tam literatura, Legalis; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział III.§2, wraz z cyt. piśmiennictwem i judykaturą TSUE, Legalis; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE...*, op. cit., art. 72, Legalis; P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, op. cit., rozdział IV.§3.IV. oraz powołana literatura i orzecznictwo, Legalis.

art. 632 §2 KC, choć spełnia podobną funkcję⁹⁶². Celem unormowania jest utrzymanie pierwotnej ekwiwalentności świadczeń⁹⁶³. Niedopuszczalne jest zatem usuwanie lub zwiększanie ich pierwotnej asymetrii. Jak zauważono wcześniej, zasada realnego wykonania zamówienia wymaga dotrzymania zobowiązania zgodnie z art. 354 KC, ale także ponoszenie ryzyk kontraktowych, w tym takich, które rzutują negatywnie na wynik finansowy. Zakres przedmiotowy zmian, zdeterminowany „ogólnym charakterem umowy”, pozostaje w zasadzie nieograniczony⁹⁶⁴. Ingerencja w roszczenia pierwotne obwarowana jest czterema elementami. Na przód wysuwa się zaistnienie okoliczności, których działający z należytą starannością zamawiający nie mógł przewidzieć. W odróżnieniu od art. 357¹ oraz art. 632 § 2 KC nie chodzi o zmianę stosunków, a o kategorię węższą, bo zmianę okoliczności. Skoro tak, to nie musi mieć charakteru powszechnego. Może dotyczyć rozlicznych okoliczności realizacyjnych, w tym rzutujących na indywidualną sytuację stron. Należy wykluczyć okoliczności lub następstwa wywołane zaniedbaniami którejkolwiek z nich. Dodatkowo, inaczej niż w art. 357¹ KC zmiana nie musi być nadzwyczajna, ani powodować kwalifikowanej straty lub nadmiernych trudności realizacyjnych po stronie wykonawcy. Z kolei niemożność przewidzenia przez zamawiającego należy oceniać jako niewielkie prawdopodobieństwo wystąpienia danego zdarzenia lub jego skali, która wywołuje konieczność dostosowania umowy⁹⁶⁵. Należy przyjąć w tym względzie perspektywę obiektywną⁹⁶⁶, z uwzględnieniem indywidualnej sytuacji jednostki zamawiającej oraz okoliczności udzielania zamówienia (pkt 109 preambuły dyrektywy ogólnej). Przykładowo, zamawiający mógł zostać poinformowany o konkretnych okolicznościach już na etapie wyjaśnień do warunków zamówienia. W takich przypadkach, nie są one nie do przewidzenia przy zachowaniu należytej staranności. Tę ostatnią ocenia się z kolei według art. 355 KC⁹⁶⁷. Chodzi o sumiennność w racjonalnym przewidywaniu określonych zjawisk, a nie dochowanie staranności w

⁹⁶² Tak: R. Adamus, *Istotna zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego poza regulacją art. 144 PZP*, „PZP. Kwartalnik”, 2012, Nr 2, s. 6; R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie...*, op. cit., rozdział II. §4, Legalis; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt V.1, Legalis.

⁹⁶³ Tak R. Szostak, *Warunki zmiany...*, op. cit., s. 42; Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt V.1, Legalis.

⁹⁶⁴ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 11, Lex; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt V.3, Legalis.

⁹⁶⁵ Zob. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 11, Lex; na prawdopodobieństwo wskazuje M. Winiarz, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego spowodowana nadzwyczajnym wzrostem cen a odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, „FK” 2022, nr 6, s. 51–59.

⁹⁶⁶ M. Winiarz, *Zmiana umowy...*, op. cit., s. 51-59; pismo z dnia 7.11.2022 r., wydane przez: UZP, Podstawy zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w związku z przepisami ograniczającymi wysokość cen energii elektrycznej, www.uzp.gov.pl, [data dostępu: 10.12.2024].

⁹⁶⁷ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 11, Lex.

przygotowywaniu i przeprowadzeniu całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomocne w ocenie mogą być w szczególności ryzyka, które należało zidentyfikować w ramach analizy potrzeb i wymagań (art. 83 ust. 3 pkt 5 Pzp). Druga przesłanka to wywołanie przez wskazane okoliczności konieczności zmiany lub uzupełnienia umowy⁹⁶⁸. Wskazuje to na swego rodzaju związek przyczynowy. Konieczność powodować mogą zwłaszcza okoliczności natury technicznej, ekonomicznej⁹⁶⁹, prawnej, wpływające na sposób spełnienia świadczenia, jego cechy konstytutywne lub uzupełniające. Jak wiadomo, zgodnie z art. 56 KC czynność prawna wywołuje skutki wynikające z ustawy, a co za tym idzie zmiany w tym względzie mogą rzutować na realne wykonanie świadczenia niepieniężnego. Wydaje się jednak, że właściwszym sformułowaniem byłaby „potrzeba” zmiany. Ostatnia przesłanka wymaga, żeby kumulatywna wartość zmian nie przekroczyła 50% wartości pierwotnej umowy. Dla wymogu realnego wykonania ważny jest brak obowiązku zmiany umowy pomimo wypełnienia tych przesłanek. Strona nieusatysfakcjonowana z rezultatów renegotjacji, uprawniona jest skorzystać z innych instrumentów, w tym art. 357¹ KC. W praktyce, wykonawcy podejmują próbę renegotjacji na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp przed inicjowaniem sporu w oparciu o klauzulę *rebus sic stantibus*. Obowiązek realizacji roszczenia pierwotnego utrzymuje się zatem do czasu zmiany. Nie bez znaczenia jest potrzeba odwołania się do treści tzw. klauzul adaptacyjnych, a także postanowień dotyczących siły wyższej, klauzul zmian prawa, postanowień waloryzacyjnych. Niejednokrotnie okazuje się, że zamawiający był w stanie przewidzieć pewne okoliczności, co wykluczy zmianę umowy. W przypadku większych zamówień, klauzule siły wyższej, względnie zmian prawa stanowią wręcz standardowe rozwiązania kontraktowe. Praktyczne znaczenie omawianego wyłomu w zakazie istotnych modyfikacji świadczenia *in natura* bywa niewielkie, a uzależnienie zmian od woli zamawiającego silnie stabilizuje roszczenie pierwotne.

Ważne są też tzw. zmiany *de minimis*, które zostały podyktowane dyrektywą

⁹⁶⁸ Pismo z 07.11.2022 r., wydane przez: UZP, *Podstawy zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w związku z przepisami ograniczającymi wysokość cen energii elektrycznej*, www.uzp.gov.pl, [data dostępu: 10.12.2024].

⁹⁶⁹ A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 4 oraz powołane stanowisko UZP, Lex; podobnie J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 11, Lex; W. Dzierżanowski, *Zmiana wynagrodzenia...*, op. cit., s. 30, który ilustrował to przykładami odpływu pracowników, wzrostów cen paliw, pracy, materiałów; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt V.1, Legalis.

ogólną - art. 72 ust. 3 dyrektywy 2014/24⁹⁷⁰. Według art. 455 ust. 2 Pzp dopuszczalna zmiana ma „piętrową” strukturę. Po pierwsze, pozostaje poniżej progów unijnych właściwych dla danego zamówienia, czyli kwot określonych w art. 4 i art. 13 dyrektywy 2014/24 aktualizowanych w aktach wykonawczych KE opartych na delegacji art. 6 ust. 5 dyrektywy 2014/24. *De lege lata* progi te podane są w obwieszczeniu Prezesa UZP z 03.12.2023 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów⁹⁷¹. Po drugie, łączna wartość zmian, w przypadku usług i dostaw, nie może przekraczać 10% wartości pierwotnej umowy, przez którą należy rozumieć wysokość wynagrodzenia wykonawcy, a w przypadku zamówień na roboty budowlane musi być niższa niż 15% wartości pierwotnej umowy. W razie kolejnych modyfikacji umowy wartości zmian sumuje się.

W praktyce ważna jest kwestia kalkulacji wartości zmian w razie dokonywania ich kilku naraz lub sukcesywnie w sytuacji, gdy niektóre redukują rozmiar świadczenia. W piśmiennictwie ujawniły się w tym względzie dwa konkurencyjne stanowiska. Według pierwszego, dokonywać należy swego rodzaju kompensacji, która prowadzi do ustalenia ich ostatecznej wartości⁹⁷². Zapatrywanie konkurencyjne optuje za sumowaniem wartości każdej zmiany bez względu na to czy zakres zamówienia uległ w danym obszarze zwiększeniu czy zmniejszeniu⁹⁷³. Rozwiązanie drugie wydaje się właściwsze. Literalne brzmienie przepisu nie daje podstaw do uśredniania, albowiem stanowi o ich łącznej wartości. Na dodatek, uregulowanie ma charakter wyjątku od zasady, co rzutuje na konieczność ścisłej wykładni. Zmiany bagatelne zasadniczo sprzężone są z różnego rodzaju zakresowymi modyfikacjami przedmiotu zamówienia, sposobu spełnienia świadczenia, dookreślanie zasad współdziałania, doprecyzowanie wykonywania zamówienia do zasad prawidłowej gospodarki. Chodzi o drobne korekty kontraktu. Przepis ten nie obejmuje jednak roszczeń wtórnych. Podstaw dla porozumień tego typu

⁹⁷⁰ Szerzej co do tego unormowania zob. S. Arrowsmith, *The Law of...*, op. cit., s. 598 i nast.; T. Indén, *EU Public...*, op. cit., s. 770 i nast.; G. Klich, *Zmiana umowy...*, op. cit., rozdział III.§7.V. oraz powołana tam literatura, Legalis; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*, op. cit., rozdział III.§2 wraz z cyt. piśmiennictwem i judykaturą TSUE, Legalis; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE...*, art. 72, Legalis; P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy...*, rozdział IV.§3.VI. oraz powołane tam piśmiennictwo i judykatura, Legalis.

⁹⁷¹ M.P. poz. 1344.

⁹⁷² J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 12, Lex.

⁹⁷³ A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 455, pkt 20, Lex.

należy poszukiwać w regulacji dotyczącej ugód⁹⁷⁴.

Obowiązek spełnienia świadczenia *in natura* jest asekurowany zakazem stosowania kilku rozwiązań. Wynika on z zakazu naruszania ogólnego charakteru umowy oraz wyjątkowego charakteru zmian istotnych. Przede wszystkim, niedopuszczalne są: nieodpłatne zwolnienie wykonawcy z długu, jak również przyjęcie świadczenia *aliud*⁹⁷⁵. Prowadzą one do umorzenia zamówienia bez zaspokojenia zamawiającego (art. 508 KC)⁹⁷⁶. Dlatego niezaakceptowane świadczenie *aliud* zasadniczo uznaje się za niewykonanie zobowiązania⁹⁷⁷. W związku z tym koliduje z ogólnym charakterem zamówienia publicznego oraz przeciwstawia się zasadzie efektywności. W świadczeniu *aliud* zerwany zostaje związek między przedmiotem zamówienia a warunkami udziału w postępowaniu (jeżeli zostały postawione), jak również z kryteriami oceny ofert. Poza tym, zamawiający zostaje zobowiązany do zapłaty za inne świadczenie *in natura* niż pierwotnie nabywane. Kolejną niedopuszczalną konstrukcją jest świadczenie w miejscu wykonania. Jak wiadomo, polega ono naturalnie na tym, że roszczenie wierzyciela zostaje zaspokojone wskutek spełnienia świadczenia zastępczego (art. 453 KC)⁹⁷⁸. To czynność złożona, składająca się z dwóch elementów: umowy co do świadczenia w miejscu wykonania oraz realnego wykonania świadczenia zamiennego. Wymaga się łącznego, a nawet równoczesnego zaistnienia obu tych elementów⁹⁷⁹. Jeżeli ograniczono by się tylko do samego uzgodnienia świadczenia zastępczego, byłoby to w istocie porozumienie co do zmiany pierwotnej umowy lub

⁹⁷⁴ W kwestii ugód w zamówieniach publicznych zob. R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie...*, op. cit., rozdział II. §4, Legalis.

⁹⁷⁵ W przedmiocie świadczenia *aliud* zob. F. Zoll, *Rękopis. Odpowiedzialność...*, op. cit., rozdział II. §1.VII, Legalis; wyrok SN z 2.06.2017 r., II CSK 603/16, Lex; SN w orzeczeniu z 26.10.1932 r., III Rn 1341/32, Lex, stwierdził, że dostawa koszul, sporządzonych z zupełnie innego materiału aniżeli zamówiono, stanowi dostawę innego towaru aniżeli zakupiono (*aliud pro alio*). Wadę stanowiłoby natomiast dostarczenie koszul z materiału zamówionego (jedwab), ale pośledniejszego gatunku.

⁹⁷⁶ Zob. R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie...*, op. cit., rozdział II. §4, Legalis; odnośnie do zwolnienia z długu zob. M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1829 i nast.

⁹⁷⁷ Zob. F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1178 i nast.; T. Targosz, [w:] D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2015, art. 55, pkt 19; Lex; M. Bujalski, F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1247 i nast.; K. Kopaczyńska-Pieczniak, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Prywatnego. Tom 5b*, Warszawa 2020, s. 842; P. Machnikowski [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 471, pkt I.7, Legalis.

⁹⁷⁸ Więcej o świadczeniu w miejscu wykonania, zob. K. Gandor, [w:] Radwański Z. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Cywilnego. Tom III. Cz. I*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1981, s. 851 i nast.; P. Drapała, *Świadczenie w miejscu wykonania*, „PiP” 2003, 12, s. 28; T. Wiśniewski, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 453, pkt 1, Lex; M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 6*, Warszawa 2023, s. 1679 i nast.

⁹⁷⁹ R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 454, pkt A.4, Legalis; M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1683.

zakazane odnowienie⁹⁸⁰. Doniosły jest też element różnicy między świadczeniem pierwotnym a substytucyjnym⁹⁸¹. Wymaga się nowości świadczenia, a co za tym idzie zmiana wyłącznie miejsca, terminu lub sposobu jego spełnienia bądź świadczeń ubocznych z zasady nie wypełnia przesłanek *datio in solutum*⁹⁸². W efekcie, następuje zawarcie umowy, która zobowiązuje zamawiającego i wykonawcę do spełnienia, współdziałania w spełnieniu oraz przyjęcia świadczenia *in natura* istotnie odmiennego niż pierwotne. Nie wygasa zobowiązanie zamawiającego do zapłaty⁹⁸³, co oznacza płatność za świadczenie odmienne. W razie postawienia warunków udziału w postępowaniu, następuje zerwanie związku między nimi a przedmiotem zamówienia. Jeśli ustanowiono zabezpieczenie należytego wykonania, nowa umowa co do zasady nie jest objęta dotychczasowym zabezpieczeniem. Konkludując, świadczenie w miejsce wykonania z zasady koliduje z ogólnym charakterem umowy⁹⁸⁴.

Odnowienie polega z kolei na zaciągnięciu przez dłużnika nowego długu w celu umorzenia zobowiązania odnawianego (długu) za zgodą wierzyciela, przy czym zobowiązanie nowe ma za przedmiot inne świadczenie lub wynika z innej podstawy prawnej (art. 506 KC)⁹⁸⁵. Wyjątki formalnie bezkolizyjne z perspektywy zamówień publicznych mają znaczenie marginalne. Odnowienie umarza dotychczasowe zobowiązanie, a interes wierzyciela zaspokajany zostaje w ten sposób, że ten zyskuje nową wierzytelność⁹⁸⁶. Tym bardziej, że Sąd Najwyższy w wyroku z 25.09.2020 r. V CSK 586/18⁹⁸⁷ zajął stanowisko, wedle którego nowacja ma charakter kwalifikowanej zmiany umowy, która dokonuje się w wyniku umowy umarzającej dotychczasowy stosunek prawny i powołania w jego miejsce nowego zobowiązania. Kluczowy element nowacji stanowi zatem „nowość” (*aliquid novi*), pozwalająca odróżnić zobowiązanie nowe od zobowiązania odnawianego⁹⁸⁸. Jeśli strony miały zamiar zaciągnięcia nowego

⁹⁸⁰ Ibidem, s. 1680 i nast.

⁹⁸¹ Ibidem, s. 1683.

⁹⁸² P. Drapała, *Świadczenie w miejsce...*, op. cit., s. 30; R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., kom. do art. 454, pkt A.3, Legalis; M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1683.

⁹⁸³ Zob. R. Morek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 454, pkt A.5, Legalis.

⁹⁸⁴ R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie...*, op. cit., rozdział II.§4, Legalis.

⁹⁸⁵ Więcej o odnowieniu zob. K. Gandor, [w:] Radwański Z. (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 884 i nast.; J. Szewczyk, *Nowacja*, Warszawa 2018, rozdział II.§1.II, Legalis; M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1792 i nast.

⁹⁸⁶ K. Gandor, [w:] Radwański Z. (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 884; M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1792.

⁹⁸⁷ Wyrok SN z 25.09.2020 r., V CSK 586/18, Lex.

⁹⁸⁸ J. Szewczyk, *Nowacja...*, op. cit., rozdział II.§2.III.3. oraz powołana tam literatura i orzecznictwo, Legalis; M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1800 i nast.

zobowiązania w miejsce dotychczasowego, to zmiany samej treści stosunku mogą pozostać niewielkie⁹⁸⁹. Przeważnie modyfikacji rozmiarów świadczeń wynikających z zobowiązania nie należy uznawać za odnowienie⁹⁹⁰. W następstwie odnowienia zmienia się tożsamość świadczenia, a co za tym idzie następuje modyfikacja ogólnego charakteru umowy⁹⁹¹. Odpada związek między wymaganym świadczeniem a warunkami kwalifikacji podmiotowej (jeżeli je postaviono), jak również z kryteriami oceny ofert, a zamawiający zobowiązany jest zapłacić za świadczenie inne niż nabywane w pierwotnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego⁹⁹². Upada zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia, jeśli zostało ustanowione.

Zasada realnego wykonania zamówienia jest też asekurowana unieważnieniem zakazanych zmian umowy. W tym przypadku chodzi o wzruszalność wskutek oświadczenia woli zamawiającego⁹⁹³ oraz wzruszalność na mocy orzeczenia sądu⁹⁹⁴. Według art. 456 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, w razie dokonania zmiany umowy z naruszeniem prawa zamówień publicznych, zamawiający uprawniony jest odstąpić od umowy w części, której wadliwe zmiany dotyczą (art. 456 ust. 2 Pzp). Uprawnienie to budzi istotne zastrzeżenie z perspektywy systemowej i aksjologicznej. Prawo do odstąpienia od umowy przyznano bowiem wyłącznie stronie, która ma strzec interesów publicznych w realizacji zamówienia. To asymetryczne rozwiązanie sprawia ryzyko prawne wykonawcy, że zmiana umowy zostanie zniweczona oświadczeniem zamawiającego, który może je złożyć aż do wygaśnięcia zobowiązania⁹⁹⁵.

Sądowe unieważnienie niedopuszczalnych zmian umowy również asekurowuje realne wykonanie zamówienia. Zastosowanie nieważności bezwzględnej nie wchodzi w grę z uwagi na specyfikę zamówień publicznych, a także konieczność sądowej

⁹⁸⁹ J. Szewczyk, *Nowacja...*, op. cit., rozdział II.§2.III.4, Legalis; M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1801 i powołane tam piśmiennictwo; wyrok SN z 12.03.2002 r., IV CKN 862/00, Lex; podobnie wyrok SN z 9.05.2019 r., I CSK 242/18, Lex.

⁹⁹⁰ J. Szewczyk, *Nowacja...*, op. cit., rozdział II.§2.III.4 oraz powołane piśmiennictwo i judykatura, Legalis; M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1792.

⁹⁹¹ R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie...*, op. cit. rozdział II.§4, Legalis.

⁹⁹² Reżim zamówień publicznych przecina natomiast debatę doktryny prawa cywilnego w kwestii dopuszczalności odnowienia polegającego na zmianie dłużnika - co do odnowienia poprzez zmianę dłużnika zob. K. Gandor, [w:] Radwański Z. (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 884; M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, M. Tenenbaum-Kulig, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1999 oraz cytowane tam piśmiennictwo. Zmiana wykonawcy dopuszczalna jest bowiem na mocy czynności określonych w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

⁹⁹³ Według M. Gutowskiego konstrukcja wadliwości czynności w przypadku jej wzruszalności polega na tym, że jakkolwiek istnieje jako ważna i w pełni skuteczna czynność prawa, to jej ważność w pewnym sensie ma charakter nietrwały, M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, op. cit., s. 71; Z. Radwański, M. Gutowski, [w:] Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 570 i nast.

⁹⁹⁴ M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, op. cit., s. 71; Z. Radwański, M. Gutowski, [w:] Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 57.

⁹⁹⁵ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt B.1., Legalis.

weryfikacji podstaw nieważności. Sankcja wzruszalności (unieważnienia) zapobiega niepotrzebnemu mnożeniu spraw sądowych na tle kontraktów zaspokajających potrzeby zbiorowe. Z powództwem wystąpić może także Prezes UZP. Wyrok ma charakter konstytutywny, a w miejsce postanowień unieważnionych zastosowanie znajdują postanowienia sprzed zmiany, przywracając pierwotne świadczenie (art. 458 *in fine* Pzp). Rozliczenie stron dokonywane jest według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Unieważnienia zmiany umowy można żądać w terminie 4 lat od dnia dokonania zmiany umowy. Według stanu na 31.12.2024 r. bazy orzeczeń systemów informacji prawnej Lex oraz Legalis nie ujawniają żadnego orzeczenia, które unieważniałoby zmianę umowy o zamówienie publiczne. Sprawozdania Prezesa UZP do roku 2024 r. także nie wskazują żadnego powództwa w tym przedmiocie⁹⁹⁶. Nasuwa to pytanie o skutki obejścia regulacji o istotnej zmianie (uzupełnieniu) zamówienia publicznego. Skoro bowiem bezpośrednie naruszenie przepisów nie wywołuje nieważności bezwzględnej, to dyskusyjnym może być łączenie z tym sankcji nieważności bezwzględnej. Zagadnienie to przekracza jednak ramy tego opracowania.

6. Ograniczenie swobody przedwczesnego rozwiązania umowy

Przedwczesne rozwiązanie umowy stanowi wyraz swobody kontraktowej stron, które w zamówieniach publicznych podlega radykalnemu ograniczeniu⁹⁹⁷. Wzmacnia to wydatnie zasadę realnego wykonania zamówienia. Rozwiązanie umowy może nastąpić w razie dwustronnego porozumienia stron albo jednostronnego odstąpienia. Wprawdzie ustawa nie reguluje rozwiązania za porozumieniem stron, które wynika ze swobody kontraktowej, ale szerokie dopuszczenie w zamówieniach publicznych takiej czynności prowadziłoby do obejścia nie tylko wyników postępowania, ale także zakazu przekształcania umowy o zamówienie publiczne. Tylko w przypadkach dopuszczalnego ustawowo odstąpienia od umowy można wyjątkowo, w tych samych okolicznościach, dopuścić rozwiązanie za porozumieniem stron (arg. *a fortiori*). Zasadnicze znaczenie ma jednak prawo do odstąpienia, które, jak wiadomo, wynika z umowy lub ustawy. W

⁹⁹⁶ Sprawozdanie Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2024 r (1).pdf.

⁹⁹⁷ R. Szostak, *Umowy o zamówienia...*, op. cit., s. 219; tenże, *Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145–145a prawa zamówień publicznych*, *Europa Regionum* 2016, t. 29, s. 211; tenże, *Z problematyki...*, dz cyt., s. 619; M. Czerwiński, *Odstąpienie od...*, op. cit. s. 53, Legalis.

doktrynie nie budzi wątpliwości ogólna możliwość odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne w przypadkach ustawowych⁹⁹⁸. Jak łatwo zauważyć, te ostatnie skupiają w sobie trzy kategorie podstaw do odstąpienia. Pierwsze stanowią związane z art. 491-496 podstawy do odstąpienia w razie zwłoki dłużnika, niemożności świadczenia (zawinionej lub niezawinione), jak również, co doniosłe dla realnego wykonania zamówienia, w razie zapowiedzi dłużnika-wykonawcy niespełnienia świadczenia. Inne podstawy wynikają z przypadków szczególnych, związanych z naruszeniami (niekiedy niezawinionymi) powinności dłużnych lub wierzycielskich w zobowiązaniach konkretnego typu. Jako przykłady można podać regulacje art. 610, art. 635, art. 636, art. 640, art. 649¹⁴ KC. Nie bez znaczenia są także rozwiązania ustaw szczególnych, do których zalicza się przepisy prawa zamówień publicznych. Szczegółowe omówienie kodeksowej problematyki odstąpienia przekracza zakres tego opracowania, nie jest też konieczne szczególnie wobec obszernej literatury przedmiotu.

Konieczność dotrzymania zobowiązania *in natura* stawia pod znakiem zapytania aktualność zastrzegania umownego prawa do odstąpienia z art. 395 § 1 KC. W piśmiennictwie przedmiotu ujawniły się dwa konkurencyjne nurty interpretacyjne. Według pierwszego, umowne prawo do odstąpienia od umowy może zostać zastrzeżone swobodnie, przy dopełnieniu wymagań kodeksowych. Podobnie, swobodnie może zostać zawarta umowa rozwiązująca. Zwolennicy tej interpretacji opierają się przede wszystkim na ogólnej swobodzie umów, braku podstaw do wnioskowania *a fortiori* na podstawie przepisów wyłączających swobodne dokonywania istotnych zmian umowy, a także na interpretacji przepisów dyrektywy ogólnej, która nie zakazuje innych przypadków rozwiązania umowy niż nią przewidziane⁹⁹⁹. Argumenty te nie są przekonujące. Natomiast drugie zapatrywanie wydaje się bardziej właściwe¹⁰⁰⁰. Przede wszystkim art. 73 dyrektywy 2014/24 nie zakazuje państwom członkowskim wprowadzania dodatkowych obwarowań rozwiązania umowy ani nie narzuca sposobu ich wprowadzenia¹⁰⁰¹. Ponadto, jak wiadomo, przepisy prawa zamówień publicznych

⁹⁹⁸ Tak m.in. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., s. art. 456, pkt 1; M. Czerwiński, *Odstąpienie od ...*, op. cit., s. 55 oraz powołana literatura, Legalis; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt I.2, Legalis.

⁹⁹⁹ W zakresie rozwiązania umowy o zamówienie publiczne zob. P. Bogdanowicz, J. Jerzykowski, *Rozwiązanie umowy...*, op. cit., s. 51-55; jak się zdaje H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 1; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt I.2, Legalis.

¹⁰⁰⁰ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 219; tenże, *Odstąpienie od umowy...*, op. cit., s. 213; M. Czerwiński, *Odstąpienie od ...*, op. cit., s. 55, Legalis; jak się zdaje M. Sieradzka, [w:] eadem (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 8, Legalis.

¹⁰⁰¹ Zakres unormowania wiąże się z obowiązkiem zapewnienia prawa do uchylania związania umową w określonych przypadkach, zob. T. Indén, *EU Public...*, op. cit., s. 776 i nast.; M. Czerwiński uznał art. 72 i art. 73 dyrektywy

limitują: dokonywanie istotnych zmian umowy (art. 454 oraz art. 455 Pzp), stosowanie opcji (art. 441 Pzp), swobodne ograniczanie zakresu zamówienia (art. 433 pkt 4 Pzp), jak również ściśle określają przypadki jednostronnego rozwiązania umowy przez zamawiającego (art. 456 ust. 1 oraz art. 465 ust. 7 Pzp)¹⁰⁰². W efekcie, względy wykładni systemowej, jak również wnioskowanie *a fortiori* przemawiają przeciwko interpretacji dopuszczającej uprawnienie do odstąpienia od umowy obwarowane jedynie złożeniem oświadczenia woli w określonym terminie. Szerokie prawo do odstąpienia koliduje z zasadą efektywności, a w przypadku zastrzeżenia go jedynie na korzyść zamawiającego – z zasadą proporcjonalności. Służyć mogłoby wreszcie obchodzeniu wyników postępowania oraz działaniom arbitralnym. Zamawiający mógłby od umowy odstąpić w razie udzielenia zamówienia innemu wykonawcy niż preferowany. Nie bez znaczenia jest również, że odstąpienie przekształca stosunek prawny, powodując konieczność rozliczeń, co rzutuje co najmniej na charakter umowy, który wyjaśniony został powyżej. Ostatni z przywołanych elementów wskazuje na możliwość zastrzeżenia umownego prawa do odstąpienia od umowy przy jednoczesnym spełnieniu wymagań klauzul adaptacyjnych. W efekcie, oprócz obwarowania prawa do odstąpienia od umowy terminem, o którym mowa w art. 395§1 KC dopełnić należy wymagań wynikających z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. Rozwiązanie umowy na mocy porozumienia stron należałoby jedynie dopuścić w sytuacjach, w których ziściłaby się podstawa do zakończenia umowy na mocy jednostronnego oświadczenia woli, w szczególności w okolicznościach określonych art. 456 Pzp.

Doniosłe znaczenie dla zasady realnego wykonania ma ustawowa podstawa do odstąpienia od umowy z uwagi na upadek interesu publicznego w jej wykonaniu. Przepisy prawa zamówień publicznych wprowadzają jeszcze cztery inne ustawowe przesłanki odstąpienia, które w świetle tematu opracowania nie wymagają szczegółowego opisu. Trzy wiążą się z naruszeniem prawa zamówień publicznych, polegającym na: a) dokonaniu zmian umowy z naruszeniem art. 454 i art. 455 Pzp, b) udzieleniu zamówienia wykonawcy, który w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu na podstawie art. 108 Pzp, c) udzieleniu przez zamawiającego zamówienia

2014/24/UE za przejaw normatywnej reglamentacji sposobów zakończenia zamówienia, M. Czerwiński, *Odstąpienie od ...*, op. cit., s. 55, Legalis.

¹⁰⁰² Tak: M. Czerwiński, *Odstąpienie od ...*, op. cit., s. 55, Legalis.

z naruszeniem prawa Unii Europejskiej¹⁰⁰³. Czwarta polega na prawie do odstąpienia w razie dokonywania przez zamawiającego wielokrotnej bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub bezpośredniej zapłaty na sumę większą niż 5% wartości umowy (art. 465 ust. 7 Pzp). Jak wiadomo, w tym wypadku dochodzi jednak do regulowania należności z tytułu prawidłowego zrealizowania części zamówienia. Nieprzewidziany upadek interesu publicznego w wykonaniu zamówienia stanowi przypadek szczególny, budzący niekiedy kontrowersje w świetle funkcji stymulującej, albowiem przesłanki nie powstają jako „sankcja” naruszenia zobowiązania¹⁰⁰⁴. Regulacja ta rzutuje na wykonanie zamówienia publicznego w sposób hybrydowy, z uwagi na wyjątkowy charakter podlega interpretacji ścisłej¹⁰⁰⁵. Ogranicza swobodę zamawiającego do przypadków szczególnie doniosłych z perspektywy celów zamówień publicznych, przy czym interes publiczny, leżący u podstaw tej regulacji nie jest tożsamy z interesem zamawiającego. Zamawiający nie może zastrzegać przesłanek łagodniejszych. Nie bez znaczenia jest obwarowanie odstąpienia terminem zawitym oraz ograniczenie go do części umowy, jeśli odpadnięcie interesu publicznego rzutuje tylko na nią. Istotne jest zachowanie uprawnienia wykonawcy do wynagrodzenia z tytułu zrealizowanego fragmentu. Przepis art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp nie jest do końca jasny, ponieważ nasuwa dwie możliwości, potęgujące niepewność¹⁰⁰⁶. Pierwszy sprzężony jest z interesem publicznym kwalifikowanym: bezpieczeństwem publicznym lub podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa¹⁰⁰⁷. Zamawiający może od umowy odstąpić nawet bez zmiany okoliczności, jeśli tylko wykonywanie umowy stwarza zagrożenie dla kwalifikowanego interesu publicznego¹⁰⁰⁸. Podkreślenie wymaga, że są to wartości na tyle istotne, że uzasadniałyby brak świadczenia z uwagi na zasady współżycia społecznego. W efekcie, analizowana regulacja, poprzez wprowadzenie terminu zawitego, ogranicza niepewność po stronie wykonawcy. W ramach wariantu drugiego, odstąpienie od umowy wymaga

¹⁰⁰³ Musi ono prowadzić do stwierdzenia przez Trybunał, w ramach procedury przewidzianej w art. 258 TFUE, że Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, które ciążyą na niej na mocy Traktatów, dyrektywy 2014/24, dyrektywy 2014/25 i dyrektywy 2009/81 (art. 456 ust. 2 Pzp).

¹⁰⁰⁴ Tak: P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt I.1, Legalis.

¹⁰⁰⁵ M. Sieradzka [w:] eadem (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 4; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 4; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 3, Lex.

¹⁰⁰⁶ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456 pkt 3, Lex; na dwie przesłanki wskazuje M. Czerwiński, *Odstąpienie od ...*, op. cit., s. 57, Legalis.

¹⁰⁰⁷ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., s. art. 456, pkt 5.3; M. Czerwiński, *Odstąpienie od ...*, op. cit., s. 57, Legalis.

¹⁰⁰⁸ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 5.3; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 7, Legalis; odmiennie, wbrew wykładni językowej, P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 456, pkt I.1, Legalis; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 456, pkt 5, Lex.

spełnienia innych przesłanek. Po pierwsze, musi zaistnieć „istotna zmiana okoliczności”. Nie musi to być zmiana – *verba legis* – „nadzwyczajna” ani tak intensywna, jak wymagana przez art. 357¹ KC¹⁰⁰⁹, ani tak szeroka, bo nie dotyczy stosunków, lecz okoliczności. Powinna natomiast być doniosła i wynikać ze zdarzeń co najmniej rzadkich, nieobjętych typowym ryzykiem kontraktowym¹⁰¹⁰. Z rozstrzygnięć sądów wynika podobne rozumienie. Liczy się nie tylko waga, ale także następstwa zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykłych, nieobjętych zwykłym ryzykiem kontraktowym, z którym powinni się liczyć kontrahenci¹⁰¹¹. Jej źródłem mogą być zwłaszcza zdarzenia natury faktycznej i prawnej¹⁰¹². Kolejna przesłanka polega na odpadnięciu interesu publicznego w wykonaniu zamówienia na skutek powołanej, istotnej zmiany okoliczności. Pojęcie interesu publicznego jest pojemne. Brak przy tym tożsamości interesu zamawiającego i interesu publicznego, nawet jeśli zamawiający realizuje zadania publiczne¹⁰¹³. Dla jego określenia ważna jest potrzeba ogółu, określonej grupy społecznej, cel, dla którego zaspokojenia jest realizowane określone zamówienie¹⁰¹⁴. Liczy się przeznaczenie ogólne oraz specjalne przedmiotu zamówienia, element funkcjonalny (użyteczny) w otrzymaniu świadczenia *in natura*. Z przywołanego wcześniej orzecznictwa sądów apelacyjnych wynika, że modyfikacja okoliczności realizacyjnych musi powodować bezcelowość wykonania zamówienia dla interesu publicznego, którego pokrycie powinien zapewniać zamawiający, jako podmiot realizujący zadania publiczne. Chodzi tutaj przede wszystkim o bezcelowość świadczenia pierwotnego, z uwzględnieniem perspektywy realizacji zamówienia dla interesu publicznego, którego zaspokojenie winien zapewniać zamawiający w ramach swego zakresu zadań¹⁰¹⁵. Kolejne obwarowanie to niemożliwość przewidzenia istotnych zmian

¹⁰⁰⁹ R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 223; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 5.1.; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456 pkt 3, Lex; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 456, pkt II.A.1., Legalis.

¹⁰¹⁰ Tak: J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456 pkt 3, Lex; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 6 oraz powołane tam orzecznictwo, Legalis; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 6 oraz cytowana tam judykatura, Lex, autorka wskazała, że nie mogą to być zmiany, które mogły zostać przewidziane lub zmiany będące następstwem nierzetelności jednej ze stron, np. braku środków finansowych po stronie zamawiającego.

¹⁰¹¹ Wyrok SA w Warszawie z 7.07.2011 r., I ACa 13/11, Lex; wyrok SA w Łodzi z 13.12.2016 r., I ACa 763/16, Legalis.

¹⁰¹² J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456 pkt 3, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 223.

¹⁰¹³ M. Sieradzka, [w:] eadem (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 6, Legalis; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 3, Lex; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt II.A.1, Legalis.

¹⁰¹⁴ Wyrok SN z 30.06.2022 r., II CSKP 609/22, OSNC-ZD 2023, nr 3, poz. 33.

¹⁰¹⁵ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 5.1.; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 223.

okoliczności i jej następstw w chwili zawarcia umowy. Przywołana niemożność nie ogranicza się do indywidualnego zamawiającego¹⁰¹⁶, liczy się ocena obiektywna. Możliwość odstąpienia nie pojawi się, jeżeli zamawiający przewidywał wystąpienie tych zagrożeń w dacie udzielania zamówienia, gdyż ma w takim przypadku prawne instrumenty, aby nie zaciągać zobowiązania (unieważnienie postępowania, odmowa zawarcia umowy)¹⁰¹⁷. Ostatnia przesłanka to dotrzymanie przez zamawiającego określonego terminu zawitego. W świetle literalnego brzmienia przepisu, liczy się go od momentu powzięcia przez zamawiającego wiadomości o zaistnieniu wskazanych okoliczności, które rzutują w opisany wyżej sposób na odpadnięcie interesu publicznego¹⁰¹⁸. Odstąpienie wywołuje skutki *ex nunc*¹⁰¹⁹, a wykonawca może żądać wynagrodzenia z tytułu zrealizowanej części umowy (art. 456 ust. 3 Pzp). W doktrynie sporne jest czy wykonawcy przysługuje wyłącznie wynagrodzenie¹⁰²⁰, czy powinno nastąpić rozliczenie stron według równowartości niepodlegającego zwrotowi świadczenia niepieniężnego, a także wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy¹⁰²¹. Zagadnienie to wykracza jednak poza tematykę rozprawy. Analizowana regulacja cechuje się oddziaływaniem hybrydowym. Z jednej strony bowiem osłabia trwałość świadczenia pierwotnego, lecz jednocześnie nakazuje spełniać je zgodnie z art. 354 § 1 KC, jeżeli zamawiający nie dotrzymał terminu prekluzyjnego. Nie bez znaczenia pozostaje skuteczność odstąpienia *ex nunc*¹⁰²², która utrzymuje zobowiązanie w zakresie wykonanym.

Umowa o zamówienie publiczne może zostać unieważniona w razie ziszczenia się przesłanek z art. 457 ust. 1 Pzp. W odniesieniu do zasady realnego wykonania zamówienia liczy się przede wszystkim przesłanka pierwsza. Niezależnie od niej,

¹⁰¹⁶ Chodzi o zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 7, Lex; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 224; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 3, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 5.2.; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt II.A.1, Legalis.

¹⁰¹⁷ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 5.2.

¹⁰¹⁸ Zob. R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 225; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt II.A.2., Legalis.

¹⁰¹⁹ Por. P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 456, pkt II.A.3., Legalis; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 11, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 3; odmiennie: E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, art. 456, pkt 1, Lex.

¹⁰²⁰ Tak: M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 16, Legalis; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 456, pkt 8, Lex; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 5, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 3.

¹⁰²¹ Tak P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 456, pkt III., Legalis.

¹⁰²² Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt 2.; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 456, pkt II.A.3., Legalis.

obwarowanie najcięższych naruszeń przepisów prawa zamówień publicznych sankcją nieważności względnej asekuje świadczenie *in natura*, stanowiąc wyraz tytułowej zasady. W piśmiennictwie i orzecznictwie zarysowały się rozbieżności co do rozumienia art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Według stanowiska restryktywnego, które występuje w piśmiennictwie¹⁰²³, judykaturze KIO¹⁰²⁴ i sądu zamówień publicznych¹⁰²⁵, przepis pozwala unieważnić umowy wyłącznie w razie udzielenia zamówienia bez uprzedniego ogłoszenia o zamówienia oraz bez zachowania trybów ustawowych. Zapatrywanie to zasadniczo opiera się na literalnym brzmieniu przepisu oraz tezie o wyjątkowym charakterze unormowania¹⁰²⁶. Warto zauważyć, że część doktryny z wąskiego rozumienia przesłanek unieważnienia wywodzi zastosowanie znacznie dolegliwszej sankcji nieważności bezwzględnej do umowy zawartej w przypadkach dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 58§1 KC)¹⁰²⁷. Konkurencyjne, a przy tym trafne stanowisko opowiada się za szerszym rozumieniem analizowanej podstawy unieważnienia umowy. W ramach tej koncepcji orzecznictwo¹⁰²⁸ i literatura przedmiotu¹⁰²⁹ przyjmują, że powołany przepis wyraża dodatkowo podstawę sprzężoną z ogólnym i poważnym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania. Za taką interpretacją przemawia kilka argumentów. W świetle motywów leżących u podstaw wprowadzenia tej regulacji legło założenie o usuwaniu wątpliwości co do zgodności polskich przepisów z prawem unijnym¹⁰³⁰. Ponadto, należy się odwołać do zakazu wykładni *per non est* w zakresie

¹⁰²³ Zob. J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 457, pkt 4, Lex; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 457, pkt 3, Lex; M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 457, pkt 2, Legalis; M. Jaworska, [w:] Jaworska M., Grześkowiak-Stojek D., Jarnicka J., Matusiak A. (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 457, pkt B.2, Legalis; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 457, pkt I.3, Legalis.

¹⁰²⁴ Zob. wyrok KIO z 18.11.2021 r., KIO 3204/21, Lex; wyrok KIO z 10.05.2022 r., KIO 1074/22, Lex; wyrok KIO z 06.12.2022 r., KIO 3049/22, Lex; wyrok KIO z 17.04.2023 r., KIO 882/23, Lex.

¹⁰²⁵ Zob. wyrok SO w Warszawie z 27.06.2022, XXIII Zs 39/22, www.szukio.pl; wyrok SO w Warszawie z 28.03.2023 r., XXIII Zs 142/22, Lex; wyrok SO w Warszawie z 31 maja 2023 r., XXIII Zs 32/23, Lex.

¹⁰²⁶ Ogłoszenie wszczynające postępowanie to zasadniczo ogłoszenie o zamówieniu w przypadku trybów, w których publikacja ogłoszenia lub przekazanie do niej pozostają obligatoryjne. Unieważnienie ograniczone zostało do ogłoszenia inicjującego, toteż zaniechanie innych rodzajów ogłoszeń, nie pociąga za sobą tej sankcji.

¹⁰²⁷ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 457, pkt III.1, Legalis.

¹⁰²⁸ Zob. wyrok KIO z 11.06.2021 r., KIO 1343/21, Lex; wyrok KIO z 3.03.2023 r., KIO 425/23, Lex; wyrok KIO z 21.03.2023 r., KIO 610/23, Lex; wyrok KIO z 16.05.2023 r., KIO 1188/23, Lex; wyrok KIO z 30.11.2023 r., KIO 3384/23, Lex.

¹⁰²⁹ Tak: H. Nowak, M. Winiarz. (red.), *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 457, pkt 1; R. Szostak stanowisko wyrażone na VIII Konferencji Ogólnopolskiej Konferencji „Prawo Zamówień Publicznych – nowe Prawo zamówień publicznych – konsekwencje i trudności wdrożeniowe, 15-16 marca 2021 r.; tenże, *Podstawy unieważnienia umowy o zamówienie publiczne*, [w:] K. Małysa-Sulińska, M. Spyra, A. Szumański (red.), *W poszukiwaniu dobrego prawa. Księga Jubileuszowa Profesora Mirosława Steca, t. 2, Perspektywa prywatnoprawna*, Warszawa 2022, s. 757 i nast.

¹⁰³⁰ Zob. *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy Sejm RP VIII kadencji*, Druk Sejmowy Nr 3624, s. 89. Akapit drugi wskazanej wypowiedzi przytaczany jest jednak na poparcie zapatrywania przeciwnego, M. Jaworska,

zdania pierwszego, z którego wywodzi się powołane szersze rozumienie przesłanek unieważnienia. Skoro ogłoszenie ma być „wymagane”, to jego zaniechanie nie może odbyć się „bez naruszenia ustawy”. Poza tym, stanowisko restryktywne prowadzi do niespójności w obrębie ustawy. Unieważnienie zmiany umowy mogłoby bowiem nastąpić w razie zastąpienia wykonawcy przez nowego wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (art. 459 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 2 Pzp), podczas gdy udzielenie całego zamówienia podmiotowi nierzetelnemu i niewiarygodnemu wskutek zakazanej sukcesji na etapie postępowania o udzielenie zamówienia wymykałoby się wzruszalności (art. 459 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp). Podstawy unieważnienia umowy są mniej znaczące. Z punktu widzenia tematyki wykonania zobowiązania *in natura* doniosła jest okoliczność, że do czasu konstytutywnego orzeczenia umowa pozostaje ważna i skuteczna, choć nietrwale. Pełną zyskuje po czterech latach od dnia zawarcia (art. 459 ust. 2 Pzp). Na dodatek akty staranności zamawiającego mogą dodatkowo ochronić roszczenie główne. Nie unieważnia się bowiem umowy w razie występowania po stronie zamawiającego uzasadnionego przekonania co do tego, że działał zgodnie z prawem, a zamówienie udzielone zostało po upływie odpowiednio pięciu lub dziesięciu dni od publikacji odpowiedniego ogłoszenia w BZP albo Dz. U. UE. (art. 457 ust. 2 pkt 1 Pzp). Zamawiający jest obowiązany działać w tym względzie z zachowaniem należytej staranności, na nim spoczywa ciężar dowodu. Obranie przez prawodawcę sankcji wzruszalności świadczy o akceptacji utrzymania obowiązku wykonania zamówienia *in natura* pomimo fundamentalnych naruszeń ustawy Pzp. W tym względzie legalizm ustępuje pewności i bezpieczeństwu obrotu, a co za tym idzie prymatowi rzeczywistej realizacji umowy. Umowa o zamówienie publiczne może zostać unieważniona w oparciu o art. 70 [5] KC, lecz tematyka ta wykracza poza zakres tego opracowania.

Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego, „ZP Doradca” 2023, nr 9, s. 62 i nast.; na zasadniczą zbieżność uregulowań wskazuje również M. Chlipała, M. Małecka-Łyszczyk, M. Moras, [w:] Małecka-Łyszczyk M. (red), *Kontrola w zamówieniach...*, op. cit. rozdział IV. §4, Legalis.

VI NIEKTÓRE ROZWIĄZANIA STYMULUJĄCE REALNE WYKONANIE ZAMÓWIENIA

1. Zaostrzenie odpowiedzialności za jakość przedmiotu zamówienia

Pośród kilku podstaw odpowiedzialności za jakość przedmiotu zamówienia pierwszoplanowe znaczenie ma rękojmia za wady. Wprawdzie zamawiającemu przysługują także inne roszczenia, w tym ogólne roszczenie o naprawę przedmiotu wadliwego¹⁰³¹, restytucję naturalną z tytułu odszkodowania, jednak rękojmia w sferze zamówień publicznych pełni rolę wiodącą. Ochrania skuteczne zaspokojenie potrzeb publicznych, urzeczywistniając zasadę efektywności i realnego wykonania zamówienia. Surowy reżim odpowiedzialności obiektywnej¹⁰³² realizuje funkcję prewencyjno-stymulacyjną, uzupełniając typową funkcję rekompensacyjną¹⁰³³. Rękojmia znajduje zastosowanie w większości zamówień, zwłaszcza wynikających z umów sprzedaży, dostawy, o dzieło, robót budowlanych. Wszędzie tam, gdzie dochodzi do świadczenia materialnego przedmiotu umowy na warunkach ekwiwalentności świadczeń dopuszcza się rękojmię za wady¹⁰³⁴. Poza tym nie ma przeszkód, aby obok ustawowej rękojmi dopuścić gwarancję uzupełniającą, kary umowne z tytułu wadliwości świadczenia, a nawet wykonanie zastępcze. W praktyce występuje również w umowach o świadczenie usług materialnych, natomiast przy najmie, dzierżawie i leasingu inaczej unormowano odpowiedzialność za wady przedmiotu umowy. Optymalizację, a zwłaszcza zaostrzenie

¹⁰³¹ Tak: I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie* ..., op. cit., s. 229-243; nieco odmiennie: F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność*..., op. cit., s. 292 i nast.; idem, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 1143 i nast.; M. Bujalski, F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań*..., s. 1209 i nast. W piśmiennictwie ujawniły się rozbieżności co do kwalifikacji prawnej takiego roszczenia. Wedle pierwszego zapatrywania naprawa oraz wymiana stanowią elementy obszerniejszego roszczenia o wykonanie zobowiązania zgodnie z jego treścią. Tak: I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie*..., op. cit., s. 229-243. Zgodnie ze stanowiskiem przeciwnym roszczenie o doprowadzenie świadczenia do zgodności z umową stanowi specyficzną konstrukcję prawną, surogat roszczenia o wykonanie, ułożony między tym ostatnim a roszczeniami wtórnymi, tak: F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność*..., op. cit., s. 292 i nast.; idem, [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 1143 i nast.; M. Bujalski, F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań*..., s. 1209 i nast.

¹⁰³² W. J. Katner, *Glosa do wyroku SN z dnia 15 czerwca 2005 r.*, IV CK 786/04, OSP 2006, nr 10, s. 112; F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność*..., op. cit., s. 292; R. Szostak, *Umowy o* ..., op. cit., s. 245; W. J. Katner, J. Pisuliński, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 143 i nast.; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2022, art. 556, pkt III.1. wraz z cytowaną tam literaturą i orzecznictwem, Legalis.

¹⁰³³ W. J. Katner, *Glosa do* ..., op. cit., s. 112; J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 556, pkt 6, Legalis; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 556, pkt III.2, Legalis; A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 556, pkt 5, Legalis.

¹⁰³⁴ Por. C. Żuławska, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do* ..., op. cit., art. 556, pkt 2 i nast., Lex; Eadem, *Zabezpieczenie jakości*..., op. cit., s. 29 i nast.; uchwała SN (7) z 5.02.2004 r., III CZP 96/03, OSNC 2004, nr 6, poz. 88; R. Szostak, *Umowy o* ..., op. cit., s. 125.

odpowiedzialności z tytułu rękojmi stanowi art. 558 §1 KC, zgodnie z którym strony mogą ją rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Wyłączenie oraz ograniczenie, w tym istotne złagodzenie przesłanek odpowiedzialności w zamówieniu publicznym z zasady należy wykluczyć z uwagi na sprzeczność z interesem publicznym oraz publicznoprawnym obowiązkiem dochodzenia roszczeń, tym bardziej, że zamawiających od dawna obowiązuje zakaz przyjmowania niepełnowartościowego przedmiotu umowy. Rozwiązanie to zapewnia realną i efektywną odpowiedzialność za jakość świadczenia. Ponieważ reżim ustawowy jest stosunkowo surowy, jego zaostrzenie zmierza na ogół do przedłużenia terminu rękojmi, a niekiedy także do wprowadzania dodatkowych uprawnień, np. zryczałtowaną refundację kosztów usunięcia wady we własnym zakresie.

Na tle rękojmi za wady zasadniczy cel odbioru świadczenia niepieniężnego obejmuje gruntowne zbadanie przedmiotu zamówienia, zwłaszcza pod kątem wykrycia ewentualnych wadliwości. Rękojmią nie są bowiem objęte wady jawne, o których nabywca wiedział i zgodził się przyjąć przedmiot niepełnowartościowy (niezgodny z umową). Już projektowane z góry postanowienia umowy powinny określać sposób odbioru zamówionego przedmiotu, a także reklamowania wad ujawnionych przy odbiorze, a tym bardziej tzw. wad ukrytych objętych rękojmią. Wykonawca jest wolny od tej odpowiedzialności, jeśli zamawiający wiedział o wadzie w chwili wydania rzeczy, a mimo to zgodził się wadliwe świadczenie przyjąć, natomiast w zamówieniach publicznych marginalne znaczenie ma przypadek związany z wiedzą w chwili zawarcia umowy (art. 557§1 i 2 KC)¹⁰³⁵. Musi występować w tym względzie wiedza pozytywna. Odpowiedzialność nie zostaje wyłączona, gdy kupujący powinien był o wadzie wiedzieć przy zachowaniu należytej staranności¹⁰³⁶. Kryterium sprawdzenia wyznacza rzecz jasna pojęcie wady. Bez ważkiego uzasadnienia zamawiający nie powinien zmieniać, a zwłaszcza łagodzić rozwiązania kodeksowego, bowiem w praktyce stwarza to dodatkową płaszczyznę sporów interpretacyjnych oraz ryzyko związane z regułą *in dubio contra proferentem*. W świetle art. 556¹ KC wada to niezgodność między rzeczywistym stanem przedmiotu a stanem wymaganym według treści świadczenia wynikającej ze

¹⁰³⁵ Postanowienie SN z 30.11.2021 r., I CSK 340/21, Lex; wyrok SN z 24.01.2019 r., II CSK 762/17, OSNC-ZD 2020, nr 1, poz. 17.

¹⁰³⁶ Tak: R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 248; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 557, pkt II.2, Legalis; podobnie: J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 577, pkt 9, Legalis; wyrok SN z 16.02.2005 r., IV CK 546/04, Lex; wyrok SN z 24.01.2019 r., II CSK 762/17, OSNC-ZD 2020, nr 1, poz. 17; wyrok SA w Łodzi z 14.09.2016 r., I ACa 87/16, Lex.

szczegółowego opisu przedmiotu¹⁰³⁷. Przede wszystkim wada polega na braku zwykłych właściwości, które rzecz powinna mieć ze względu na cel oznaczony w umowie albo wynikający z okoliczności lub z jej przeznaczenia. Z uwagi na wymagania proceduralne, zamawiający zasadniczo nie może oprzeć się na okolicznościach zewnętrznych wobec warunków zamówienia jako determinancie przeznaczenia świadczenia. Na drugim planie jest bardziej wyjątkowy brak właściwości, o których wykonawca zapewnił zamawiającego. Istotną rolę odgrywają tu składane przez wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe oraz zapewnienia składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nawet w trakcie realizacji. Zdarza się też wydanie przedmiotu zamówienia w stanie niezupełnym, które łączy się z niekompletnością przedmiotu umowy, w szczególności części składowych, przynależności, instrukcji, atestów, dokumentów o podobnym charakterze. Odstępstwa w tym względzie polegają na odchyleniach względem opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie ilościowym, co należy odróżniać od świadczenia częściowego (art. 450 KC). Ostatnia forma wady ma znaczenie doniosłe, dotyczy niezdatności przedmiotu do celu, o którym zamawiający poinformował wykonawcę przy udzielaniu zamówienia, a wykonawca nie zgłosił zastrzeżenia co do takiego przeznaczenia. W zamówieniach publicznych ma to niepomiernie większe znaczenie niż w obrocie powszechnym, choć zastrzeżenia z założenia mają wymiar wycinkowy z uwagi na art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp¹⁰³⁸. Wskazanie przez zamawiającego szczególnego przeznaczenia przedmiotu zamówienia w warunkach zamówienia, w razie ewentualnej sprzeczności, pociąga później za sobą zaistnienie wady wskazującej na nieprzydatność całkowitą lub częściową zamówionego przedmiotu. Nie można też wykluczyć wady polegającej na nieprawidłowym zamontowaniu i uruchomieniu wydanego zamawiającemu przedmiotu, jeżeli czynności te zostały wykonane przez wykonawcę lub osobę третią, za którą ponosi on odpowiedzialność, albo przez zamawiającego, który postąpił według instrukcji otrzymanej od wykonawcy¹⁰³⁹.

¹⁰³⁷ F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 103 i nast.; R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 245; J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 556¹, pkt II.1., Legalis; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 556¹, pkt II., V., Legalis.

¹⁰³⁸ Więcej na temat poszczególnych postaci zob. F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 103 i nast.; W. J. Katner, J. Pisuliński, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 138 i nast. wraz z przywołaną judykaturą i piśmiennictwem, Legalis; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 556¹, pkt II.B. i nast. wraz z cytowaną tam literaturą i orzecznictwem, Legalis; A. M. Juranek, M. Tulibacka, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 556¹, pkt C-G, Legalis.

¹⁰³⁹ Więcej na temat poszczególnych postaci zob. F. Zoll, *Rękojmia...*, op. cit., s. 103-146; W. J. Katner, J. Pisuliński, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 138 i nast. wraz z przywołaną judykaturą i piśmiennictwem, Legalis; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 556¹, pkt II.B. i nast. wraz z cytowaną tam literaturą i orzecznictwem, Legalis; A. M. Juranek, M. Tulibacka, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 556¹, pkt C-G, Legalis.

Rękojnia oczywiście obejmuje wady prawne. Przy profesjonalnym wykonawcy, co kształtowane jest warunkami udziału w postępowaniu (rozdział IV.3 opracowania) ma jednak znaczenie drugoplanowe. Taka wada polega na tym, że rzecz stanowi własność osoby trzeciej lub jest obciążona prawem takiej osoby albo ograniczenie w korzystaniu lub rozporządzaniu rzeczą wynika z decyzji lub orzeczenia właściwego organu (art. 556³ KC).

Z punktu widzenia realnego wykonania zamówienia nasuwa się pytanie o poziom dokładności niezbędnej przy odbiorze przedmiotu zamówienia oraz kwestia, na kim spoczywa ciężar dowodu zaistnienia wady. Zagadnienia te łączą się z art. 559 KC, stosownie do którego wykonawca jest odpowiedzialny z tytułu rękojmi za wady fizyczne, istniejące w chwili przejścia niebezpieczeństwa na zamawiającego lub wynikły z przyczyny tkwiącej w rzeczy sprzedanej w tej samej chwili. W obu kwestiach ujawniają się istotne rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie. Na uwagę zasługuje wyrażone niedawno zapatrywanie SN, zgodnie z którym, jeśli definitywne stwierdzenie wady wymaga wiadomości specjalnych, do jej wykrycia nie dochodzi z chwilą sporządzenia ekspertyzy, lecz wcześniej. Nie chodzi o wykrycie precyzyjnie określonej wady, lecz o dostrzeżenie jej symptomów. Już ich ujawnienie oznacza, że stwierdzono wadę choćby nie było wiadomo, co jest jej przyczyną¹⁰⁴⁰. W zasadzie ze stanowiskiem należy się zgodzić. Stwierdzenie wady to przede wszystkim czynność polegająca na zidentyfikowaniu relacji niezgodności przedmiotu zamówienia z wymogami zamówienia. Wymaganie od zamawiającego zidentyfikowania konkretnej przyczyny wady jako elementu koniecznego do jej „stwierdzenia”, nakładałoby na zamawiającego ciężar większy niż wykazanie przesłanek restytucji naturalnej. W drugim przypadku zamawiający mógłby skorzystać z domniemania odpowiedzialności wykonawcy. Zamawiający, bez ryzyka popadnięcia w zwłokę, nie ma też prawa dopuszczać do uwarunkowania odbioru świadczenia należytego od ustalenia konkretnych przyczyn, dla których przedmiot zamówienia zgadza się z treścią zobowiązania. Nie bez znaczenia jest też to, że ustawodawca nie zdefiniował wady poprzez odniesienie się do jej przyczyny (art. 556 KC). Od czasu zaistnienia wady, względnie jej przyczyny, uzależniona jest

¹⁰⁴⁰ A. M. Juranek, K. Kryła-Cudna, M. Tulibacka, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 563, pkt B.5, pkt D.6., Legalis; postanowienie SN z 02.01.2019 r., I CSK 455/18, Lex; odmiennie w tym zakresie: M. Lemkowski, *Stwierdzenie wady w reżimie rękojmi i jego konsekwencje dla sytuacji prawnej kupującego*, „PPH” 2024, nr 6, s. 35-41.

odpowiedzialność sprzedawcy. Może zaistnieć zatem wada, za którą wykonawca nie odpowiada. Dodatkowo, szczegółowe ustalenie przyczyn niejednokrotnie nie jest bezwzględnie konieczne, w szczególności w tych przypadkach, w których dokonać można wymiany rzeczy na niewadliwą. Pamiętać przy tym należy, że nadmiernie wysokie koszty wybranego przez zamawiającego sposobu usunięcia wady co do zasady uprawniają wykonawcę do odmowy zastosowania się do tego sposobu. W stosunkach obustronnie profesjonalnych wymiana lub naprawa mogą „odpaść”, jeśli ich koszty przewyższałyby cenę sprzedaży, a dodatkowo wykonawca uprawniony jest odmówić już demontażu rzeczy bez szczegółowego badania, jeśli same koszty demontażu przewyższają cenę sprzedaży (art. 561 KC). Na dodatek, zamawiający zazwyczaj nie ma dostępu do poszczególnych ogniw łańcucha dostaw lub produkcji po stronie wykonawcy. Poddostawcy lub kooperanci wykonawcy nie mają przecież obowiązku dopuszczać zamawiającego do badań w ich przedsiębiorstwach. W efekcie, niezasadne byłoby obciążanie zamawiającego powinnością ponoszenia kosztów ekspertyz ustalających przyczyny wady, jeśli wykonawca może powołać się na nadmierność kosztów bez sięgania do takich przyczyn.

Podobnie, brak jest dostatecznej jasności co do obciążenia zamawiającego ciężarem dowodu okoliczności, o których mowa w art. 559 KC. Sytuacja jest prosta przy niezwłocznym badaniu przedmiotu zamówienia, ponieważ działają tutaj na korzyść domniemania faktyczne. Trudności pojawiają się w odniesieniu do przyczyn niezgodności przedmiotu z umową w chwili przejścia niebezpieczeństwa na zamawiającego, jeśli wada ujawniła się później. Przyczyna takiej wady może tkwić zwłaszcza w materiale użytym do produkcji, choć może też polegać na niewłaściwym opakowaniu lub montażu. Na tle powyższego w doktrynie i orzecznictwie zaznaczają się aż trzy konkurujące ze sobą stanowiska. Według pierwszego ciężar wykazania spoczywa na zamawiającym, a unormowanie rękojmi nie modyfikuje reguły ogólnej rozkładu ciężaru dowodu z art. 6 KC¹⁰⁴¹. Argumentem doniosłym jest w tym zakresie wyraźne ograniczenie domniemania istnienia wady wyłącznie do relacji konsumenckich (art. 556² KC) oraz brzmienie art. 559 KC. Drugie ze stanowisk, głównie w judykaturze zmierza do wniosku przeciwnego: że ciężar dowodu leży po stronie wykonawcy, co wynika z

¹⁰⁴¹ F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 155 i nast.; R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 249 i nast.; podobnie jak się zdaje J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 559, pkt 2, Legalis; A. M. Juranek, K. Kryła-Cudna, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 559, pkt D, Legalis; A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 559, pkt 4, Legalis; wyrok SA w Krakowie z 24.10.2017 r., I ACa 446/17, Lex.

funkcji rękojmi, nie wspominając o trudnościach w wykazaniu wady przez zamawiającego. Przepis art. 559 KC modyfikuje zatem ogólną regułę dowodową z art. 6 KC¹⁰⁴². Natomiast trzeci pogląd zakłada podejście elastyczne, akcentując brak reguły generalnej oraz postulując rozkład ciężaru dowodu stosownie do okoliczności konkretnego przypadku, w tym wniosków płynących z domniemań faktycznych¹⁰⁴³. Mimo pewnych mankamentów w zakresie argumentacji, pogląd ten wydaje się najbardziej trafny. Pozwala obciążać ciężarem dowodu stronę, która może go w danych wykonać lub doznaje najmniejszych przeszkód w realizacji. Usunięcie powołanych rozbieżności na mocy postanowień umowy pozostaje wątpliwe z uwagi na dominujące zapatrywanie o niedopuszczalności umownego modyfikowania rozkładu ciężaru dowodu¹⁰⁴⁴. Również z tego względu wątpliwą pozostaje skuteczność klauzul nakładających z góry na wykonawcę obowiązek naprawy lub wymiany, „chyba że wykonawca wykaże, że wada nie wystąpiła”. Jak wiadomo, zamawiane świadczenia obejmują na ogół przedmioty określone co do gatunku, niekiedy o skomplikowanym charakterze, w odniesieniu do których stwierdzenie wadliwości elementów nie pozwala na automatycznie ustalenie jej pełnego zakresu. Dopiero zapoznanie się z całością zrealizowanej dostawy lub innego świadczenia, po dokonaniu kompleksowej oceny jest możliwe sensowne ustalenie rzeczywistego zasięgu nieprawidłowości¹⁰⁴⁵.

Na tle powinności zbadania przedmiotu oraz terminowego powiadomienia o wadzie nasuwa się pytanie o utratę uprawnień *in toto*, jeśli zamawiający uchybił któremukolwiek z tych obowiązków. Jak wiadomo, utrata uprawnień następuje tylko w stosunkach między przedsiębiorcami, gdy kupujący nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach danego rodzaju, jak również, jeśli nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy o wadzie. W przypadku, gdy wada wyszła na jaw później – jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej stwierdzeniu (art. 563 §1 KC). Przepis nie dotyczy jednak zamawiających publicznych¹⁰⁴⁶, co wynika z jego literalnego brzmienia. Mimo

¹⁰⁴² Wyrok SN z 27.11.2003 r., III CK 115/02, Lex; wyrok SN z 17.04.2013 r., I CSK 457/12, Lex; postanowienie SN z 31.07.2019 r., II CSK 74/19, Lex; wyrok SA w Gdańsku z 27.01.2015 r., I ACa 684/14, Lex.

¹⁰⁴³ Tak: E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 559, pkt II.2 Legalis; R. Trzaskowski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 559, pkt 8, Lex; wyrok SN z 26.10.2000 r., II CKN 305/00, Lex; wyrok SN z 16.12.2014 r., III CSK 56/14, Lex; postanowienie SN z 2.11.2022 r., I CSK 1170/22, Lex; wyrok SA w Krakowie z 11.09.2013 r., I ACa 736/13, Lex; postanowienie SN z 2.11.2022 r., I CSK 1170/22, Lex.

¹⁰⁴⁴ Zob. I. Adrych – Brzezińska, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 6, pkt F wraz z cyt. piśmiennictwem, Legalis; P. Machnikowski E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 6, pkt III.3, Legalis.

¹⁰⁴⁵ Wyrok SN z 24.01.2019 r., II CSK 762/17, OSNC-ZD 2020, nr 1, poz. 17.

¹⁰⁴⁶ Tak R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 249.

tego nasuwa się pytanie o dopuszczalność jego stosowania *per analogiam* w sytuacjach wyjątkowych. Przykładem niech tutaj będzie sytuacja zaistniała wobec GDDKiA w odniesieniu do inwestycji drogowych¹⁰⁴⁷. Przepis art. 563§1 KC ma na celu wyważenie interesów kupującego i wykonawcy w sytuacjach, w których od obu wymagać trzeba profesjonalizmu¹⁰⁴⁸. Jak się zdaje, od wyspecjalizowanego zamawiającego publicznego wymagać można nie mniejszej dbałości o użytkowe elementy świadczenia na potrzeby publiczne niż od przedsiębiorców w zakresie pieczy nad swoimi interesami komercyjnymi. Na dodatek, gdy przedmiot zamówienia ma zaspokajać potrzeby publiczne, zamawiający niejednokrotnie nie może go nie zbadać z uwagi na surową odpowiedzialność z art. 417 KC. Wykonywanie władzy publicznej obejmuje niewładcze działania organizatorskie, w tym w zakresie zapewnienia prawidłowego funkcjonowania służby zdrowia, szkolnictwa, ruchu drogowego¹⁰⁴⁹. Zakres obowiązku zbadania rzeczy zależy od okoliczności konkretnej sprawy, wielkości dostawy, rodzaju rzeczy, ustalonych zwyczajów dotyczących badania (np. reprezentatywnego, losowego), chyba że umowa określa, kiedy uznaje wykonanie obowiązku (i uprawnienia) stron do zbadania rzeczy (towaru)¹⁰⁵⁰. Negatywne konsekwencje braku aktów staranności nie występują, jeśli doszło do zatajenia wady lub sprzedawca zapewnił, że nie występują (art. 564 KC). To ostatnie rozumieć należy szeroko. Może ono dotyczyć właściwości rzeczy, przydatności do określonego celu, kompletności, o ile tylko informacje ze strony wykonawcy zachowują wartość informacyjną¹⁰⁵¹. Uwolnienie wykonawcy z odpowiedzialności nie wystąpi, gdy zamawiający wiedział o istnieniu właściwości kolidujących z zapewnieniem (art. 557 par 2 KC)¹⁰⁵².

Kodeksowy katalog uprawnień z tytułu rękojmi obejmuje potencjalnie kilka żądań, mianowicie: a) naprawę wadliwego przedmiotu, b) wymianę na wolny od wad, c)

¹⁰⁴⁷ SN w wyroku z 27.02.2020 r., III CSK 321/17, Lex; zob. również stan faktyczny wyroku zapadłego na tle wykonania zamówienia publicznego - wyrok SN z 09.07.2020 r., V CSK 484/18, Lex.

¹⁰⁴⁸ Tak: A. M. Juranek, K. Kryła-Cudna, M. Tulibacka, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 563, pkt B.3., Legalis.

¹⁰⁴⁹ Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa, 2012, s. 106 i nast.; tenże, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 6.*, Warszawa 2023, s. 867; P. Sobolewski, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 417, pkt D. 42, Legalis; E. Bagińska, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Część ogólna. Tom II. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 417, pkt C.c.3, Legalis; uchwała SN (7) z 13.12.2011 r., III CZP 48/11, OSNC 2012, nr 5, poz. 57; wyrok SN z 27.03.2024 r., II CSKP 1028/22, Lex.

¹⁰⁵⁰ Wyrok SN z 24.01.2019 r., II CSK 762/17, OSNC-ZD 2020, nr 1, poz. 17; wyrok SN z 19.10.2005 r., V CK 260/05, Lex.

¹⁰⁵¹ Wyrok SN z 24.01.2019 r., II CSK 762/17, OSNC-ZD 2020, nr 1, poz. 17; wyrok SN z 8.11.2022 r., II CSKP 666/22, Lex.

¹⁰⁵² Wyrok SN z 8.11.2022 r., II CSKP 666/22, Lex.

obniżenie ceny, d) odstąpienie od umowy (art. 560 – 561 KC)¹⁰⁵³. Na dodatek pojawić się może odszkodowanie w razie uszczerbku spowodowanego wadliwością przedmiotu zamówienia. Zamawiający, w razie zrealizowania żądań, uprawniony jest bowiem dochodzić odszkodowania za zawarcie umowy bez wiedzy o istnieniu wady, w szczególności do kosztów zawarcia umowy, odebrania, przewozu, przechowania, ubezpieczenia, jak również zwrotu poczynionych nakładów, w zakresie wykraczającym poza osiągnięte z nich korzyści¹⁰⁵⁴. Odpowiedzialność ta również ma charakter absolutny, zamyka się jednak w granicach tzw. negatywnego interesu umownego, lecz zamawiający uprawniony jest także dochodzić pełnego odszkodowania na zasadach ogólnych (art. 566 KC)¹⁰⁵⁵. Względ na realne spełnienie świadczenia uzasadnia nadanie przez zamawiającego naprawie, a także wymianie przedmiotu charakteru priorytetowego. Jednak nie zawsze reklamacja przebiega szybko i sprawnie, a bezskuteczna naprawa uznawana jest jedynie za usiłowanie naprawy. Niekiedy wszystkie wysokie koszty lub inne trudności przemawiają na rzecz wymiany wadliwego przedmiotu zamówienia na wolny od wad. Przesądzające mogą być dodatkowe zastrzeżenia umowne co do realizacji wady, zgłaszania roszczeń i hierarchii ich zaspokajania. Łączy się to z uwypukleniem ich w warunkach umowy oraz z faktycznym zgłoszeniem roszczeń w odpowiedniej kolejności w razie stwierdzenia wady. Wymiana polega na dostarczeniu całego, nowego przedmiotu zamówienia wolnego od wad, a w razie niemożliwości – przy uwzględnieniu co do zasady gatunkowego opisu przedmiotu zamówienia – modelu najbardziej zbliżonego i nie mniej korzystnego dla zamawiającego¹⁰⁵⁶. Naprawa obejmuje wymianę wadliwej części, elementu czy podzespołu¹⁰⁵⁷. Stanowi regułę przy bardziej skomplikowanych przedmiotach. Natomiast w przypadkach wzrostu kosztów serwisu naprawczego częściej pojawia się wymiana. Odstąpienie od umowy w razie wady istotnej

¹⁰⁵³ Szczegółowo na temat realizacji poszczególnych uprawnień zob. F. Zoll, *Rękopis. Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 227 i nast.; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 560, pkt II.2., art. 561, Legalis; A. M. Juranek, K. Kryła-Cudna, M. Tulibacka, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 556, Legalis.

¹⁰⁵⁴ Roszczenie to nie zależy od tego, czy szkoda była następstwem okoliczności, za które sprzedawca ponosi odpowiedzialność (art. 566 i 574 KC). Zob. R. Trzaskowski, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 560, art. 561, pkt 4, Lex; F. Zoll, *Rękopis. Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 319; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 566, pkt 2-4, Legalis.

¹⁰⁵⁵ Por. A. Brzozowski, [w:] Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 566, pkt 2 i nast., Legalis; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 566, pkt 2-4, Legalis; J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit.; art. 566, pkt II.1., Legalis; postanowienie SN z 30.11.2021 r., I CSK 340/21, Lex; wyrok SA w Łodzi z 26.01.2016 r., I ACa 959/15, Lex.

¹⁰⁵⁶ Por. C. Żuławska, [w:] *Komentarz do ...*, op. cit., art. 561, pkt 3 i nast., LLex; J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit.; art. 561, pkt 3, Legalis; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 561, pkt II., Legalis. Jak się zdaje, w zamówieniach publicznych sytuacja taka obejmuje ugodę.

¹⁰⁵⁷ E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 560, pkt V.8, Legalis.

oraz obniżenie ceny stanowią uprawnienia kształtujące, a naprawa, wymiana rzeczy na niewadliwą oraz odszkodowanie roszczenia¹⁰⁵⁸. Odszkodowanie ma charakter uzupełniający, a odstąpienie od umowy jest nadzwyczajne, pozostałe funkcjonują równorzędnie. Zamawiający nie musi ich wykonywać z uwzględnieniem sekwencji ustawowej¹⁰⁵⁹, choć wybór między naprawą a wymianą przedmiotu zamówienia z zasady należy do wykonawcy¹⁰⁶⁰. Z punktu widzenia zasady realnego wykonania zamówienia uprawnienie do redukcji ceny oraz odstąpienia od umowy powinny znajdować się na dalszym planie. Uprawnienie do odstąpienia od umowy z tytułu rękojmi łączy się tylko z wadami istotnymi, lecz nawet w razie ich wystąpienia zamawiający obowiązany jest dążyć do korekty świadczenia niepieniężnego, w tym z wykorzystaniem wykonania zastępczego, następnie korekty świadczenia własnego, a dopiero na samym końcu: do odstąpienia od umowy. Jest to uzasadnione specyfiką zamówienia publicznego.

Zasada realnego wykonania zamówienia zmierza do ochrony więzi obligacyjnej w ramach rękojmi za wady, w szczególności poprzez ograniczenie „ogólnego” prawa do odstąpienia od umowy (art. 560 par. 1 KC), podobnie jak ograniczanie go do rzeczy wadliwych, odłączalnych od innych przedmiotów bez szkody dla stron (art. 565 KC). O prymacie obowiązku realnego wykonania zamówienia świadczy też uregulowanie z art. 568 par. 3 zd. 2 KC. Jeśli bowiem zamawiający zażądał wymiany przedmiotu lub usunięcia wady, bieg terminu do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy albo do obniżenia ceny rozpoczyna się z chwilą bezskutecznego upływu terminu do wymiany przedmiotu lub usunięcia wady. W reżimie zamówień publicznych, zamawiający jest obowiązany zapewnić sobie oraz dobrać uprawnienia, których wykonanie w danych realiach efektywnie zaspokaja interes użytkowy, leżący u podstaw potrzeby udzielania zamówienia. Uwagi te uzasadniają konkluzję o fundamentalnym znaczeniu w zamówieniach publicznych art. 561 KC. Dlatego z perspektywy realnego wykonania zamówienia mniejsze znaczenie ma art. 560 §1 KC, zgodnie z którym, w przypadku złożenia przez zamawiającego oświadczenia skutkującego odpadnięciem obowiązku

¹⁰⁵⁸ Zob. F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 233, R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 252 i nast.; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 560, pkt II.2, Legalis; A. Brzozowski, [w:] Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 560, pkt 7, Legalis; podobnie J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit.; art. 560, pkt II.5, Legalis.

¹⁰⁵⁹ Zob. F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 236; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 560, pkt I.2.-4., Legalis; J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit.; art. 560, pkt II.1., Legalis.

¹⁰⁶⁰ Tak: J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit.; art. 560, pkt II.2, Legalis; A. M. Juranek, K. Kryla-Cudna, M. Tulibacka, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 560, pkt I.22, Legalis; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 560, pkt V.8., Legalis.

„naprawienia” świadczenia niepieniężnego (obniżenie ceny, odstąpienie) wykonawca może ograniczyć lub zniweczyć wspomniane żądanie, jeśli niezwłocznie i bez nadmiernych niedogodności dla zamawiającego wymieni rzecz wadliwą na wolną od wad albo wadę usunie realnie¹⁰⁶¹. Obowiązek „naprawienia” świadczenia w oparciu o rękojmię aktualizuje się w sposób niezależny od winy wykonawcy, ale jego realizacja (naprawa lub wymiana) stanowi odrębną powinność dłużną, za należyte wykonanie, której wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych¹⁰⁶². W praktyce ich realizacja jest obostrzana karami umownymi oraz umownymi klauzulami wykonania zastępczego. Z uwagi na dyspozytywny charakter przepisów o rękojmi zamawiający może ograniczyć uprawnienie wykonawcy do wykluczenia naprawy lub wymiany z powodu nadmiernych kosztów. Jak wiadomo, wykonawca może odmówić ich dokonania, jeśli żądanie zamawiającego jest niemożliwe (nieusuwalność wady) lub w porównaniu z alternatywnym, możliwym sposobem doprowadzenia do zgodności z umową wymagałoby nadmiernych kosztów. W stosunkach między przedsiębiorcami, wykonawca może odmówić wymiany rzeczy na wolną od wad lub usunięcia wady także, jeśli koszty spełnienia żądania przewyższają cenę rzeczy sprzedanej (art. 561 §3 KC). Nadmierność kosztów badać należy *in casu*, szeroko, biorąc pod uwagę okoliczności po stronie zamawiającego i wykonawcy. Doniosłe znaczenie ma przeznaczenie przedmiotu zamówienia, jego wartość użytkowa oraz to, do zaspokojenia jakich potrzeb ma służyć. Koszt jest nadmierny, gdy pozostaje w takiej dysproporcji do kosztów rozwiązań alternatywnych, że interes zamawiającego nie zostaje uznany za godny ochrony¹⁰⁶³. W tych sytuacjach, zamawiającemu pozostaje realizacja pozostałych uprawnień. Wymaga to wyraźnych i wyczerpujących postanowień umowy finalnej¹⁰⁶⁴. Tego typu wyłączenie jest szczególnie uzasadnione w zakresie konstytutywnych parametrów jakościowych, lecz również co do cech uzupełniających ogranicza ryzyko „wykupienia” się wykonawcy z wykonania.

Termin rękojmi w zamówieniach publicznych często z woli stron jest wydłużony z góry w warunkach zamówienia. Zamawiający powinien przewidzieć adekwatne terminy w zakresie odpowiedzialności z tytułu rękojmi (art. 558 KC). Znaczenie prawne

¹⁰⁶¹ Por. F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 238; R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 253; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 560, pkt V.2, Legalis.

¹⁰⁶² F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 292.

¹⁰⁶³ C. Żuławska, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do ...*, op. cit., art. 561, pkt 8, Lex; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 561, pkt V.3 oraz cytowane tam piśmiennictwo i judykatura, Legalis.

¹⁰⁶⁴ A. M. Juranek, K. Kryła-Cudna, M. Tulibacka, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 558, pkt D.6, Legalis; wyrok SA w Warszawie z 16.07.2013 r., VI ACa 1568/12, Lex.

terminów rękojmi, niestety, nie jest pojmowane jednolicie. Panuje zgodność, że okres rękojmi to rozmiar czasu na reklamowanie wady. Nawet zgłoszenie wady w ostatnim dniu prowadzi do aktualizacji obowiązków wykonawcy w tym zakresie. Przyjmuje się też, że zawitego charakteru nabierają terminy na stwierdzenie wady, odstąpienie od umowy oraz żądanie obniżenia ceny. Przedawnienia natomiast dotyczą terminu na żądanie wymiany oraz naprawy rzeczy¹⁰⁶⁵. Obecnie czas realizacji uprawnień z tytułu rękojmi został uregulowany dwustopniowo: dopiero jeśli zamawiający zachowa terminu zawitego na stwierdzenie wady jako takiej, a więc w czasie ponoszenia ogólnej odpowiedzialności z tytułu rękojmi (pierwszy stopień - art. 568 §1 KC), może zrealizować indywidualne uprawnienia pod warunkiem dochowania terminów dla nich przewidzianych art. 568 § 2 i 3 KC (drugi stopień). Ogólne terminy do stwierdzenia wady są co do zasady dwuletnie, a w przypadku nieruchomości: pięcioletnie, licząc od dnia wydania przedmiotu zamówienia¹⁰⁶⁶. Podstawowe terminy przedawnienia ograniczone zostały do roku licząc od stwierdzenia wady. Restrykcje w zakresie oświadczenia o obniżeniu ceny lub odstąpienia od umowy, obejmują okres roczny, również kalkulowany od dnia stwierdzenia wady, przy czym, jeśli zamawiający wpierw zażądał naprawy lub wymiany, to okres roczny biegnie od bezskutecznego upływu terminu do wymiany lub naprawy rzeczy.

Kryteria przesądzające o kwalifikacji odchyleń od wymaganej jakości świadczenia w kategorii wadliwości podlegającej przepisom o rękojmi są uwarunkowane wynikiem badania jakości w ramach odbioru zamówienia. Ujawnienie wad przy odbiorze wstrzymuje lub ogranicza zakres odbioru, natomiast pozostałe wady są objęte rękojmią, której ustawowy okres rozpoczyna się od momentu wydania przedmiotu zamówienia. Umowa powinna zmierzać do prymatu naprawy lub wymiany przedmiotu zamówienia, a obniżenie ceny, i tym bardziej odstąpienie od umowy powinny być uznawane za ostateczności. W świetle wymogu realnego wykonania zamówienia liczy się wyłączenie lub ograniczenie prawa do odmowy przez wykonawcę wymiany lub naprawy na rzecz rozwiązania umowy lub obniżenia ceny z uwagi na nieproporcjonalny koszt (art. 561§3,

¹⁰⁶⁵ R. Trzaskowski, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 568, pkt 11, 13, 20, Lex; A. Koziół [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764(9))*, Warszawa 2018, art. 568, pkt 3, Lex; nieco odmiennie jedynie co do terminu na stwierdzenie wady: F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 332 i nast.; A. M. Juranek, K. Kryla-Cudna, M. Tulibacka, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 568, pkt B i nast., Legalis; J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit.; art. 568, pkt II.2, III., IV. Legalis; E. Habryn-Chojnacka, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 568, pkt II.2, III.2, Legalis.

¹⁰⁶⁶ Do upływu tego terminu art. 5 KC nie znajdzie zastosowania, zob. uchwała SN (7) z 20.06.2013 r., III CZP 2/13, OSNC 2014, nr 2, poz. 10.

561¹ KC). Zamawiający powinien zatem dysponować kontrolą realizacji uprawnień. Ogólny okres odpowiedzialności z tytułu rękojmi, jak również terminy realizacji poszczególnych uprawnień powinny być dostosowane do charakteru, rodzaju oraz wagi przedmiotu zamówienia, a także planowanego okresu oraz sposobu użytkowania. Zamawiający obowiązany jest notyfikować wadę niezwłocznie, albowiem jego bierność może przyczyniać się do zwiększenia rozmiaru wadliwości lub szkody następcej (z nieistotnej na istotną).

2. Racjonalne operowanie karami umownymi

Kształtowanie kar umownych w zamówieniach publicznych jest objęte ogólną swobodą kontraktową zarówno co do ustalenia samego tytułu kary, jak i jej stawki. Jednak nasilające się mankamenty praktyczne skłoniły ustawodawcę do wprowadzenia ogólnego obowiązku zastrzegania kar w zakresie niektórych tytułów dotyczących angażowania podwykonawców. Ponadto, w związku z niedopuszczalną praktyką zastrzegania kar oderwanych od zachowań wykonawcy lub nadmiernie wygórowanych, wprowadzono przepis chroniący wykonawców przed abuzywnymi klauzulami o karach umownych (art. 433 Pzp). Zamawiający, projektujący postanowienia umowy, powinien racjonalnie operować tytułem i stawką kary. Ta ostatnia od dawna stanowi zryczałtowane zastrzeżenie w zakresie istotnych uchybień względem treści zobowiązania, a jej stawka ma wymiar odszkodowawczo-rekompensacyjny, jak i stymulacyjno-prewencyjny. Już w okresie przedwojennym wprowadzono w tym zakresie zalecenia normatywne. Natomiast aktualnie z uwagi na zastosowanie ogólnych rozwiązań kodeksowych brak jakichkolwiek wskazówek. Liczą się zatem ograniczenia podszykowane zasadami współżycia społecznego oraz ustalonymi zwyczajami (art. 353¹ KC). Przepisy prawa zamówień publicznych nie wprowadzają obecnie obowiązku wprowadzenia kary umownej w odniesieniu do świadczenia głównego. Tymczasem zgodnie z przepisami rozp. RM 1937 odszkodowanie umowne za naruszenie umowy o zamówienie publiczne, za uchybienie terminowi ostatecznemu oraz terminom częściowym, stanowiło obligatoryjny element kontraktu. Umowa musiała także zapewniać uprawnienie do dochodzenia odszkodowania przewyższającego odszkodowanie umowne na zasadach art. 84§2 KZ. Poza tym występowała też konieczność powiązania wysokości odszkodowania umownego ze

znaczeniem oraz wartością zamówienia, a także określono skalę stawek kar umownych. Zwłoka w wykonaniu części zamówienia wiązała się z odszkodowaniem umownym łączonym z wartością niewykonanej części, chyba że to naruszenie wpływało negatywnie na korzystanie z całego zamówienia. Wysokość odszkodowania umownego powinna być ustalana w zależności od wartości dostawy lub roboty budowlanej oraz ich znaczenia, przy czym w sytuacji niedotrzymania umowy nie mogła ona być niższa niż 3%, ani też wyższa niż 15% wartości dostawy lub roboty budowlanej. W razie uchybienia terminowi ostatecznemu lub terminom etapowym wykonania lub rozpoczęcia lub wykonania poszczególnych części zamówienia stawka odszkodowania umownego nie mogła za każdy dzień zwłoki przekraczać 0,4% wartości niewykonanych w terminie zamówień. Poza stawki maksymalne można było wykroczyć, gdy rzeczywiste straty po stronie udzielającego zamówienia mogły być wyższe. Jeśli zwłoka w wykonaniu części dostawy lub prac budowlanych uniemożliwiała wykorzystanie w całości zamówienia, odszkodowanie umowne mogło zostać ustalone w stosunku do wartości całego zamówienia w wysokości nie wyższej niż 0,1% za każdy dzień zwłoki. Odszkodowanie umowne mogło nie zostać naliczone, a naliczone mogło zostać umorzone, jeśli nieterminowość świadczenia nie pociągnęła za sobą straty po stronie zamawiającego. Umorzenie mogło nastąpić za zgodą jednostek zwierzchnich (§40, §41 rozp. RM 1937).

Ze względu na wymóg realnego wykonania zamówienia należy odwołać się do tradycyjnego celu kary umownej. Każda kara powinna zmierzać do radykalnego uproszczenia odpowiedzialności w stosunku do alternatywnego odszkodowania. Kara oraz jej wysokość nie muszą zależeć od rozmiaru szkody (art. 481§1 zd. 1 KC). Dlatego właśnie przy jej dochodzeniu uprawniony nie musi udowadniać żadnego uszczerbku, a nawet zaistnienia szkody (choć do niedawna niekiedy wymagano choćby symbolicznego uszczerbku). A zatem brak szkody albo niewielkie jej rozmiary uzasadniają możliwość miarkowania kary¹⁰⁶⁷. Odpada też potrzeba udowodnienia związku przyczynowego, a ewentualne przyczynienie się odnosi się nie tyle do szkody, ile do zdarzenia objętego karą. W istocie liczą się zatem dwie przesłanki: zaistnienie niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia oraz wina dłużnika (domniemana), choć dopuszczalne jest zaostrenie odpowiedzialności z oderwaniem od przesłanki winy, lecz w zamówieniach publicznych praktykuje się to sporadycznie¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁷ Por. R. Szostak, *O kształtowaniu wysokości kary umownej w zamówieniach publicznych*, „PUG” 2023, Nr 5, s. 7 i nast.; R. Adamus, *Kara umowna w umowie o zamówienie publiczne*, „PZP. Kwartalnik” 2015, Nr 3, s. 9 i nast.

¹⁰⁶⁸ Por. R. Szostak, *O kształtowaniu...*, op. cit., s. 3 i nast.

Kary powinny być zastrzegane co do wszystkich istotnych powinności dłużnych wykonawcy, ich stawki należy jednak różnicować. Z punktu realnego wykonania zamówienia liczą się przede wszystkim tytuły takie jak kary za zwłokę w spełnieniu świadczenia głównego, za kontynuację wykonywania niezgodnie z umową (np. art. 636 KC), z tytułu skierowania przez wykonawcę do odbioru przedmiotu wyraźnie wadliwego, jak również z tytułu niedotrzymywania obowiązków w zakresie usuwania wad, a także nieudzielania informacji. Szczególne znaczenie mają dwa rodzaje kar umownych związanych z obowiązkami ubocznymi. Zamówienie na roboty budowlane musi bowiem określać wysokość kar umownych za uchylenie się od zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Sankcji tej nie można wprowadzać do zamówień na usługi lub dostawy (art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a Pzp¹⁰⁶⁹). Natura prawna powołanego zastrzeżenia wywołała rozbieżności w doktrynie, lecz – w aspekcie jej ogólnej dopuszczalności – zasadniczo zostały one rozwiane uchwałą SN z 30.06.2020 r., III CZP 67/19¹⁰⁷⁰, chociaż stanowisko SN nie spotkało się z pełną aprobatą piśmiennictwa¹⁰⁷¹. Za właściwe uznać trzeba zapatrywanie, że ta kara łączy się z niepieniężnym obowiązkiem wykonawcy wobec zamawiającego, opartym na art. 392 KC, polegającym na zagwarantowaniu braku żądania dalszej zapłaty ze strony podwykonawcy¹⁰⁷². Ochrona płatności z tytułu faktycznego zrealizowania części zamówienia. Zależy to od spełnienia kilku przesłanek. Przede wszystkim wykonawca musi uchylać się od płatności na rzecz podwykonawcy¹⁰⁷³. Uchylenie się łączy się ze specyficzną wierzytelnością pieniężną. Jej przedmiot stanowi wynagrodzenie (bez odsetek) z tytułu wykonania umowy o podwykonawstwo (aspekt przedmiotowy). Musi

¹⁰⁶⁹ SO w Warszawie w wyrokach z 13.04.2022, XXIII Zs 7/22, Legalis, oraz z 13.04.2022, XXIII Zs 35/22, Legalis.

¹⁰⁷⁰ Uchwała SN z 30.06.2020 r., III CZP 67/19, OSNC 2021, Nr 1, poz. 1.

¹⁰⁷¹ Zob. S. Szejna, *Glosa krytyczna do uchwały SN z 30.06.2020 r., III CZP 67/19. Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej, o której mowa w art. 143 d. ust. 1 pkt 7a*, „Pzp, Rejent” 2022, Nr 6, poz. 107–124; K. Zagrobelny, *O karze umownej za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom*, „MoP 2022”, Nr 12, s. 628 i nast. Legalis; A. Szlęzak, *Kara umowna z tytułu braku lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom – na marginesie uchwały SN z 30.6.2020 r., III CZP 67/19*, „MoP” 2022, Nr 3, s. 137–137; M. Drozdowicz, *Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – glosa do uchwały SN z 30.06.2020 r., III CZP 67/19*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 1, s. 188–192; E. Zielińska, *Z problematyki kary umownej w zamówieniach publicznych na roboty budowlane*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 3, s. 3 i nast.

¹⁰⁷² Co do zapatrywań w tej materii zob. M. Drozdowicz, *Dopuszczalność zastrzeżenia...*, op. cit., s. 188–192 oraz powołana tam literatura i piśmiennictwo; podobnie R. Szostak, *Zastrzeżenie kary...*, op. cit., s. 48 i nast.; tenże, *O kształtowaniu...*, op. cit., s. 5; na obostrzony karą umowną obowiązek własny wykonawcy względem zamawiającego dołożenia wszelkich starań, aby zapłacić podwykonawcy wskazał A. Szlęzak, *Kara umowna...*, op. cit., s. 137 i nast.; odmiennie K. Zagrobelny, *O karze umownej...*, op. cit., s. 628–629, Legalis, który wskazuje na wadliwość przepisu powodowaną nałożeniem obowiązku niezgodnego z konstrukcją kary umownej; zob. również E. Zielińska, *Z problematyki...*, op. cit., s. 3 i nast.

¹⁰⁷³ Zob. J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 1, Lex; M. Sieradzka, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 2, 5, Legalis; P. Drapała, *Odpowiedzialność zamawiającego...*, op. cit., s. 13; tenże, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt II.1, Legalis.

powstać po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo robót budowlanych lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem umowy o podwykonawstwo w zakresie dostaw lub usług. Warunek wymagalności oznacza¹⁰⁷⁴, że przynajmniej część zamówienia publicznego została wykonana¹⁰⁷⁵. Wierzycielem jest podmiot, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo w przedmiocie robót budowlanych, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo w zakresie dostaw lub usług¹⁰⁷⁶. Dłużnik to odpowiednio wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca. Ostatni wymóg stanowi zapewnienie wykonawcy przez zamawiającego nie krótszego niż siedmiodniowy terminu na zgłoszenie pisemnych uwag co do zasadności bezpośredniej zapłaty na rzecz żądającego. Negatywny wynik badania prowadzi do uskutecznienia zapłaty. Pozytywny skutkuje jej odmową. Zasadnicze wątpliwości prowadzą do złożenia odpowiedniej sumy do depozytu sądowego. W efekcie, podwykonawca zyskuje możliwość zaspokojenia roszczeń¹⁰⁷⁷, jeśli spełni *in natura* część zamówienia. Dodatkowo, świadczenie pieniężne kierowane jest finalnie do tego, kto realnie wykonał świadczenie niepieniężne, albowiem zapłata wyklucza płatność na rzecz wykonawcy (art. 465 Pzp). Nie bez znaczenia jest to, że konieczność wielokrotnych płatności z tego tytułu lub płatności przekraczających 5% wartości umowy uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy.

Szczególny przypadek obligatoryjnej kary umownej dotyczy transakcji długoterminowej, zawieranej na okres przekraczający 12 miesięcy bez względu na przedmiot zamówienia. Zamawiający jest obowiązany zastrzec karę umowną z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom w następstwie zwaloryzowania wynagrodzenia wykonawcy głównego (art. 436 pkt 4 lit. a Pzp). W razie

¹⁰⁷⁴ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 2, Lex; M. Sieradzka, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 5, Legalis; P. Drapała, *Odpowiedzialność zamawiającego...*, op. cit., s. 13; tenże, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt II.1, Legalis.

¹⁰⁷⁵ Spostrzeżenie to wskazuje na przedwczesność zapatrywań łączących odpowiedzialność zamawiającego już z faktem zaakceptowania (podwykonawcy budowlani) lub przedłożenia (podwykonawcy usług i dostaw) umowy podwykonawczej: tak m.in. J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 4, Lex.

¹⁰⁷⁶ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 1, Lex; M. Sieradzka, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 2, 5, Legalis; P. Drapała, *Odpowiedzialność zamawiającego...*, op. cit., s. 13; tenże, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt II.1, Legalis.

¹⁰⁷⁷ Zob. P. Drapała, *Odpowiedzialność zamawiającego...*, op. cit., s. 12 i nast.; tenże, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt II.1, Legalis; wyrok SN z 20.09.2018 r., IV CSK 457/17, Lex; odmiennie J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 465, pkt 4, Lex.

waloryzacji przysługującego głównemu wykonawcy wynagrodzenia, zobowiązany jest on zmienić wynagrodzenie podwykonawcy w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeśli przedmiotem umowy o podwykonawstwo są roboty budowlane, dostawy lub usługi, a okres obowiązywania umowy podwykonawczej przekracza sześć miesięcy (art. 439 ust. 5 Pzp). Kara naliczana jest każdorazowo za brak zapłaty albo za samo opóźnienie¹⁰⁷⁸. Faktyczni realizatorzy zamówienia zyskują pewną ochronę interesów finansowych. Dopiero realne wykonanie części zamówienia zaktualizuje po stronie wykonawcy obowiązek zapłaty wynagrodzenia z uwzględnieniem waloryzacji¹⁰⁷⁹.

Według art. 483 § 1 KC niezbędne jest uprzednie określenie obowiązku o charakterze niepieniężnym, którego naruszenie powoduje obowiązek zapłaty kary umownej, a także określenie sumy pieniężnej łączącej się we wskazanym naruszeniu¹⁰⁸⁰. Obowiązek niepieniężny rozumie się szeroko, w tym jako powinność zainwestowania sumy pieniężnej w podmiot gospodarczy¹⁰⁸¹. Kary umowne powinny być powiązane ze wszystkimi istotnymi z perspektywy zamawiającego obowiązkami w zakresie wykonywania i należytego wykonania zamówienia. Przy umowach o dłuższym terminie wykonania lub realizowanych etapowo ważne jest obostrzenie znaczącą karą umowną obowiązku przedłożenia oraz aktualizacji harmonogramów, bowiem rzutuje on w praktyce na niemal wszystkie terminy realizacyjne, a co za tym idzie, na odpowiedzialność za zwłokę w świadczeniu. Układ sankcji powinien być spójny, jednoznaczny, uwzględniający różnice oraz doniosłość poszczególnych obowiązków. Kara umowna może dotyczyć wierzycielskiego obowiązku współdziałania, lecz w

¹⁰⁷⁸ Zob. J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 436, pkt 8, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 436, pkt 5; podobnie: A. Gawrońska-Baran, *Kształtowanie kar...*, op. cit., s. 61 i nast.

¹⁰⁷⁹ Pozostałe trzy obligatoryjne kary umowne łączą się z obowiązkami w zakresie nadzoru nad nawiązywaniem, zmianą oraz treścią stosunków podwykonawstwa budowlanego, przy czym karą obostrzone zostały jedynie niewypełnienie tych powinności dłużnych. Karą obostrzone zostały jedynie niewypełnienie tych powinności dłużnych, J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 437, pkt 4, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 437, pkt 4.

¹⁰⁸⁰ Zob. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 828; P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1286; T. Szanciło, *Kara umowna...*, op. cit., s. 292; R. Adamus, *Kara umowna...*, op. cit. s. 5 i nast.; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 483, pkt C.a, Legalis; wyrok SN z 20.05.2021 r., IV CSKP 58/21, OSNC 2021, nr 12, poz. 87; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 54 oraz powołana tam literatura, Legalis; M. Pyziak-Szafnicka, *Konstrukcja kary...*, op. cit., s. 4 i nast.

¹⁰⁸¹ Zob. J. Szewaj, *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967 s. 39 i nast.; P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 5*, Warszawa 2020, s. 1288; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, art. 483, pkt 11, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, art. 483, pkt 39, Legalis; T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 4, Lex; uchwała SN (7) z 6.11.2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69; wyrok SN z 28.05.2014 r., I CSK 345/13, Lex; wyrok SN z 13.02.2004 r., IV CK 254/02, Lex.

praktyce, zamawiający jako autorzy projektu umowy, nie zastrzegają kar umownych na rzecz wykonawców¹⁰⁸². W zakresie typowej odpowiedzialności dłużnika wystarczające jest odwołanie się do „przejawu” naruszenia zobowiązania. W razie obostrzenia odpowiedzialności, zgodnie z art. 473 § 1 KC należy dokładnie oznaczyć okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność obostrzoną. Jak wiadomo, wymaga się wyrażenia kary umownej w „określonej sumie”. Musi być to suma pieniężna¹⁰⁸³. Pociąga to za sobą konieczność posłużenia się obiektywnym miernikiem, w świetle którego wyliczenie kary umownej stanowi czynność arytmetyczną¹⁰⁸⁴. Wysokość kary może być określana kwotowo, procentowo albo też w sposób łączący obie te metody. Dopuszczalne jest różnicowanie kar umownych w zależności od rodzaju naruszanych obowiązków (np. główne, uboczne), od zakresu naruszenia (np. kara wzrastająca wraz ze zwiększaniem się rozmiaru zwłoki) od częstotliwości naruszenia (kara wzrastająca wraz z liczbą naruszeń). Zastrzeżenie odkładające na przyszłość ustalenie podstawy do naliczenia kary pieniężnej nie spełnia przesłanek art. 483 § 1 KC¹⁰⁸⁵, a tym samym jest nieważne. Wytyczne w zakresie wysokości zastrzeżenia kary umownej płyną w pierwszej kolejności z jej funkcji. W zamówieniach publicznych należy przyznać prymat funkcji prewencyjno-stymulującej, następnie funkcji kompensacyjnej, a na sam koniec – funkcji represyjnej. Nie bez znaczenia są szczególne okoliczności lub charakter zamówienia (art. 433 pkt 1 Pzp). Zastrzeżenie kary umownej w przesadnej wysokości skutkować może nieważnością zastrzeżenia *ab initio* (art. 58§1 i 2 KC)¹⁰⁸⁶. Przede wszystkim, wysokość

¹⁰⁸² Uchwała SN z 9.12.2021 r., III CZP 26/21, OSNC 2022, nr 7-8, poz. 70; uzasadnienie wyroku SN z 28.05.2014 r., I CSK 345/13, Lex; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 52; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 483, pkt C.b.2, Legalis; pogląd odmienny co do obowiązku współdziałania prezentuje K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt II.1 Legalis.

¹⁰⁸³ Por. J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 70; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 827; P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1290; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, art. 483, pkt 59 oraz powołana tam literatura, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 483, pkt C.c.3, Legalis; M. Pyziak-Szafnicka, *Konstrukcja kary...*, op. cit., s. 4 i nast.

¹⁰⁸⁴ Zob. P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1291, który powołując się na orzecznictwo SN zaznacza dodatkowo, że ustalenia stron muszą mieć charakter dokonany i zamknięty; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 5, Legalis; R. Szostak, *O kształtowaniu...*, op. cit., s. 7.

¹⁰⁸⁵ Zob. T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, art. 483, pkt 5 oraz powołane tam orzecznictwo, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, art. 483, pkt 66 oraz powołany tam wyrok SN z 8.02.2007 r., I CSK 420/06, Legalis.

¹⁰⁸⁶ P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1327; M. Lemkowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, wyd. 3, 2022, art. 483, pkt 6, Legalis; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, art. 484, pkt 14, Legalis; M. Grochowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 58 pkt IX.A.3, Legalis; odmiennie W. Borysiak, [w:] W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt I.92, Legalis; wyrok SN z 17.08.2022 r., II CSKP 326/22, OSNC 2023, nr 4, poz. 38; uchwała SN z 30.06.2020 r., III CZP 67/19, OSNC 2021, nr 1, poz. 1; wyrok SN z 26.10.2016 r., III CSK 312/15, Lex; postanowienie SN z 4.12.2019 r., II CSK 133/19, Lex; wyrok SN z 9.02.2005 r., II CK 420/04, Lex; podobnie wyrok SA w Łodzi z 4.11.2021 r., I AGA 105/21, Lex.

kary umownej należy ustalać w kontekście maksymalnej możliwej szkody¹⁰⁸⁷, uwzględniający uszczerbek w elementach utylitarnych interesu wierzyciela, a także uszczerbek doznawany przez beneficjentów świadczeń publicznych. Dodatkowo, z uwagi na wymóg utrzymywania równowagi ekonomicznej zamówienia publicznego (art. 454 ust. 2 pkt 2 Pzp) w wysokości kary uwzględnić należy maksymalny zysk lub inne korzyści (np. oszczędności), które wykonawca mógłby osiągnąć dzięki naruszeniu zamówienia¹⁰⁸⁸. Kary umowne nie wykluczające się, dotyczące różnych tytułów, zasadniczo mogą kumulować się¹⁰⁸⁹. Roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką sankcję w związku z odstąpieniem od umowy¹⁰⁹⁰. Ważne jest, że według art. 436 pkt 3 Pzp umowa o zamówienie publiczne musi określać maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Brzmienie tego przepisu ocenić należy krytycznie, albowiem zdaje się wskazywać, jakoby kary umowne stanowiły obligatoryjny element każdej umowy o zamówienie publiczne, a także, że muszą dotyczyć obu stron zamówienia. Wprowadzenie „pułapu” dotyczy jednak przypadków, gdy jakiegokolwiek kary umowne obciążające wykonawcę lub zamawiającego zostały wprowadzane do umowy, przy czym chodzi również o sytuacje, w których zastrzeżono jedną karę umowną na rzecz strony¹⁰⁹¹. Limit kar umownych może być wyrażony kwotowo, procentowo lub przy wykorzystaniu obu tych metod. Przywołana regulacja redukuje w zamówieniach publicznych kontrowersje związane z problemem niezbędności ustalania maksymalnej wysokości lub końcowego terminu naliczania kar umownych za zwłokę¹⁰⁹². Ograniczenie w stymulowaniu spełnienia świadczenia *in*

¹⁰⁸⁷ R. Szostak, *O kształtowaniu...*, op. cit., s. 6; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 483, pkt C.c.5, Legalis; R. Adamus, *Kara umowna...*, op. cit. s. 2.

¹⁰⁸⁸ P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 483, pkt C.c.5, Legalis.

¹⁰⁸⁹ Zob. R. Szostak, *Zastrzeżenie kary...*, op. cit., s. 8; K. Zagrobelny, *Zakaz kumulowania kary umownej za zwłokę z karą umowną za odstąpienie z powodu niewykonania zobowiązania. Glosa do wyroku SN z dnia 14 czerwca 2018 r.*, V CSK 534/17, „PiP” 2021, nr 12, s. 163 i nast. wraz powołaną tam judykaturą i piśmiennictwem

¹⁰⁹⁰ Uchwała SN z 18.07.2012 r., III CZP 39/12, OSNC 2013, nr 2, poz. 17 z glosami P. Drapała, *Kumulacja kar umownych. Glosa do uchwały SN z dnia 18 lipca 2012 r.*, III CZP 39/12, „PiP” 2013, nr 10, s. 133-138; K. Duszyńska, P. Książak, *Roszczenie o zapłatę kary umownej. Glosa do uchwały SN z dnia 18 sierpnia 2012 r.*, III CZP 39/12, „PS” 2014, nr 7-8, s. 181 i nast.; S. Szejna, *Dopuszczalność kumulatywnego dochodzenia roszczeń z tytułu kary umownej za zwłokę lub opóźnienie i odstąpienie. Glosa do uchwały SN z dnia 18 lipca 2012 r.*, III CZP 39/12, „Glosa” 2021, nr 3, s. 42-50; wyrok SN z 14.06.2018 r., V CSK 534/17, Lex.; postanowienie SN z 30.01.2023 r., I CSK 3624/22, Lex.

¹⁰⁹¹ Odmienne P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 436, pkt I.3, Legalis.

¹⁰⁹² Tak wyrok SN z 22.10.2015 r., IV CSK 687/14, Lex; zob. P. Drapała, B. Lackoroński, *Wymóg określenia (maksymalnej) kwoty kary umownej jako przesłanka ważności jej zastrzeżenia*, „MoP” 2021, Nr 15, s. 814; odmienne S. Szejna, *Określenie maksymalnej wysokości kary umownej lub terminu końcowego do jej naliczania jako przesłanka ważności kary umownej – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 9.12.2021 r.*, III CZP 16/21, „Glosa” 2023, nr 2, s. 60–69; M. Wałasiak, *Ograniczenie maksymalnej wysokości kary umownej lub końcowego terminu jej naliczania. Glosa do uchwały SN z dnia 9 grudnia 2021 r.*, III CZP 16/21, „OSP” 2022, nr 6, s. 50, a także uchwała SN z 9.12.2021 r., III CZP 16/21, Legalis; podobnie uchwała SN z 9.12.2021 r., III CZP 26/21, OSNC 2022, nr 7-8, poz. 70; wyrok SN z 20.05.2021 r., IV CSKP 58/21, OSNC 2021, nr 12, poz. 87 wraz z cytowaną tam judykaturą; postanowienie SN z 21.01.2022 r., I CSK 72/22, Lex; wyrok SN z 9.11.2021 r., IV CSKP 129/21, Lex.

natura wynika z regulacji o klauzulach abuzywnych, bowiem rzutują one na ogólną odpowiedzialność kontraktową (por. też rozdz. III.4 opracowania). Wiadomo, że wierzyciel nie uzyska kary umownej, jeśli dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania¹⁰⁹³. Jednak na mocy art. 472 i art. 473 KC efekt stymulacyjny mógłby być wyostrozony¹⁰⁹⁴. W braku regulacji o klauzulach abuzywnych dopuszczalne byłoby przesunięcie odpowiedzialności wykonawcy do granic odpowiedzialności absolutnej¹⁰⁹⁵. Liczy się tutaj zwłaszcza zakaz naliczania kar za zachowania niewiązane choćby pośrednio z przedmiotem zamówienia lub jego prawidłowym wykonaniem (art. 433 pkt 2 Pzp). W piśmiennictwie wskazywano na „instrukcyjne znaczenie”, względnie skromny zasięg powołanego unormowania¹⁰⁹⁶. Tezy te są jednak kontrowersyjne w aspekcie zakresowania przez powołany przepis granic zastosowania art. 472 i art. 473 § 1 KC (siła wyższa, anormalne incydenty pogodowe, przerwy lub ograniczenia w poborze energii). Wskazana regulacja wyraża pewną aksjologię obrotu w obrębie reżimu zamówień publicznych. Rzutuje również na potrzebę ostrożności w stosowaniu konstrukcji prawnych, które mogą wywoływać efekt majątkowo-stymulacyjny podobny do kary umownej. Chodzi o tzw. zastrzeżenia gwarancyjne (zobowiązania gwarancyjne). Przykładowo, gwarant może zobowiązać się do zapłaty zryczałtowanej sumy pieniężnej w razie urzeczywistnienia się określonego ryzyka gwarancyjnego, niezależnie od przyczyn, z jakich ryzyko zmaterializowało się¹⁰⁹⁷. Tutaj obowiązek spełnienia zryczałtowanego świadczenia gwarancyjnego – inaczej niż w przypadku kary umownej czy odszkodowania – stanowi świadczenie pierwotne¹⁰⁹⁸. Umowa gwarancyjna może

¹⁰⁹³ Por. J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 94–96; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 828; T. Szanciło, *Kara umowna a zastrzeżenie gwarancyjne*, „SPKUL” 2020, Nr 3, s. 297; R. Szostak, *Zastrzeżenie kary umownej na tle nowego Prawa zamówień publicznych Interpretacje*, „ZP Doradca” 2021, Nr 8, s. 48, Legalis; wyrok SN z 16.11.2017 r. V CSK 28/17, Lex; M. Pyziak-Szafrnicka, *Konstrukcja kary umownej w prawie polskim*, „PZP. Kwartalnik” 2024, Nr 3, s. 4 i nast.

¹⁰⁹⁴ Zob. J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 47.; T. Szanciło, *Kara umowna...*, op. cit., s. 291; R. Szostak, *O kształtowaniu wysokości kary umownej w zamówieniach publicznych*, „PUG” 2023, Nr 5, s. 3; uchwała SN z 9.12.2021r., III CZP 26/21, OSNC 2022, nr 7-8, poz. 70; wyrok SN z 27.09.2013 r., I CSK 748/12, OSNC 2014, nr 6, poz. 67.

¹⁰⁹⁵ Zob. T. Szanciło, *Kara umowna...*, op. cit., s. 291; wyrok SN z 8.07.2022 r., II CSKP 349/22, Lex; wyrok SN z 16.11.2017 r., V CSK 28/17, Lex.

¹⁰⁹⁶ Zob. R. Szostak, *Zastrzeżenie kary...*, op. cit., s. 48 i nast.; K. Horubski, *Zwalczanie klauzul...*, op. cit., s. 7, Legalis; W. Robaczyński, *Podstawa zastrzeżenia kary umownej z przedmiot zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 4, s. 159; J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt 11, Lex; W. Robaczyński, *Podstawa zastrzeżenia...*, op. cit., s. 157; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 433, pkt B.1, Legalis.

¹⁰⁹⁷ Co do ujęć zobowiązań gwarancyjnych zob. P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1300; P. Mazur, *Miarkowanie zryczałtowanego świadczenia gwarancyjnego – glosa – V CSK 295/20*, „MoP” 2022, Nr 6, s. 321 Legalis; T. Szanciło, *Kara umowna a zastrzeżenie gwarancyjne*, „STPKUL” 2020, Nr 3, s. 5 i nast.; M. Jastrzębski, *Umowa gwarancyjna*, Warszawa 2021, rozdział 4.§1.II, Legalis; A. Szlęzak, *Kodeksowe umowy gwarancyjne*, Warszawa 2021, rozdział I.§1.I, §2.I, Legalis.

¹⁰⁹⁸ P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1300; P. Mazur, *Miarkowanie zryczałtowanego...*, op. cit., s. 321, Legalis; M. Jastrzębski, *Umowa gwarancyjna*, op. cit., rozdział 4.§1.II, §4, Legalis; A. Szlęzak, *Kodeksowe umowy...*, op. cit., rozdział I.§1.I, §2.I, Legalis.

przewidywać brak obowiązku dłużnika do podejmowania jakichkolwiek działań ukierunkowanych na prewencję zdarzenia gwarancyjnego¹⁰⁹⁹. Dłużnik może ponosić odpowiedzialność gwarancyjną bez względu na przyczynę, która spowodowała niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (z wyłączeniem odpowiedzialności za zachowania wierzyciela)¹¹⁰⁰. Tak w literaturze¹¹⁰¹, jak i orzecznictwie SN¹¹⁰² wskazuje się, że do zastrzeżeń gwarancyjnych (umów gwarancyjnych) przepisów o karach umownych, w tym dotyczących miarkowania, zasadniczo nie należy stosować. Drugą kategorię rozwiązań zbliżonych stanowi problematyka warunkowego określenia wynagrodzenia. Można uzależniać pełny wymiar wynagrodzenia od zdarzenia przyszłego i niepewnego, a co za tym idzie następowałyby automatyczna redukcja wynagrodzenia w razie np. nieterminowości świadczenia¹¹⁰³. Trzecia ilustracja to obowiązek dostarczenia przez dłużnika większej ilości rzeczy oznaczonych co do gatunku w razie zwłoki w dostawie¹¹⁰⁴. Powołanych rozwiązań nie sposób z góry wykluczyć, w szczególności w zakresie odpowiedzialności z tytułu rękojmi za konstytutywne cechy świadczenia, lecz regulacje o klauzulach abuzywnych nakazują podchodzić do takich postanowień z ostrożnością.

Z punktu widzenia realnego wykonania zamówienia doniosłe jest specjalne unormowanie ochronne, zgodnie z którym umowa o podwykonawstwo nie może kreować praw i obowiązków podwykonawców w zakresie kar umownych w sposób mniej korzystny niż umowa główna (art. 463 Pzp). Przepis dotyczy zamówień oraz umów o podwykonawstwo bez względu na przedmiot, a sankcją naruszenia jest nieważność bezwzględna¹¹⁰⁵. Zamawiający zyskuje narzędzie sięgania również w relacje podwykonawcze. Nasuwa się pytanie, czy wskazane ograniczenie dotyczy kar stanowiących odpowiednik kar zastrzeżonych w umowie o zamówienie publiczne¹¹⁰⁶,

¹⁰⁹⁹ M. Jastrzębski, *Umowa gwarancyjna*, op. cit., rozdział 4.§1.II, Legalis. A. Szlezak, *Kodeksowe umowy...*, op. cit., rozdział I.§1.I, §2.I, Legalis.

¹¹⁰⁰ Zob. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 828; P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1300; T. Szanciło, *Kara umowna...*, op. cit., s. 304; zob. również wyrok SN z 16.01.2013 r., II CSK 331/12, Lex; postanowienie SN z 3.02.2016 r., II CSK 446/15, Lex.

¹¹⁰¹ Por. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 829 oraz powołana tam literatura; T. Szanciło, *Kara umowna...*, op. cit., s. 307; P. Mazur, *Miarkowanie zryczałtowanego...*, op. cit., s. 321, Legalis.

¹¹⁰² Wyrok SN z 16.01.2013 r., II CSK 331/12, Lex; wyrok SN z 14.10.2016 r., I CSK 618/15, Lex z krytyczną glosą M. Dumkiewicz, *Zastrzeżenie kary umownej za niepodwyższenie kapitału zakładowego. Glosa do wyroku SN z dnia 14 października 2016 r.*, I CSK 618/15, „Glosa” 2018, nr 2, s. 27 i nast.

¹¹⁰³ Zob. J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2006, rozdział III, pkt 3.8, Lex; autor wskazuje, że w takim wypadku nie następuje dodatkowe świadczenie – w szczególności pieniężne – które dłużnik miałby dać wierzycielowi tytułem odszkodowania za opóźnienie, a ponadto, że różnice konstrukcyjne przemawiają przeciwko stosowaniu przepisów o karze umownej do warunkowo określonego wynagrodzenia.

¹¹⁰⁴ Ibidem, rozdział III, pkt 3.10.

¹¹⁰⁵ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 463, pkt 6, Legalis.

¹¹⁰⁶ Ibidem, pkt 4, Legalis.

czy też należy rozumieć je szerzej jako łączące się z zakresem obowiązków niepieniężnych obwarowanych karami umownymi (katalog kar umownych). Literalne brzmienie przepisu zdaje się wskazywać na interpretację drugą. Ponadto, umowa o podwykonawstwo musi obejmować wykonanie części zamówienia publicznego (art. 7 pkt 27 Pzp), toteż z perspektywy funkcji tego przepisu cecha świadczenia podwykonawcy nie jest istotnie odmienna niż część świadczenia niepieniężnego, za którą odpowiada sam wykonawca. Wreszcie, zastrzeżenie dodatkowych kar umownych może ograniczać ochronę rzetelnych podwykonawców wskutek dokonywania przez wykonawcę potrąceń kar umownych innych niż zagrażały samemu wykonawcy z bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy (art. 465 ust. 4 Pzp)¹¹⁰⁷.

Stymulacyjno-prewencyjna funkcja kar umownych nie budzi wątpliwości w literaturze¹¹⁰⁸ i w orzecznictwie¹¹⁰⁹, jednak w obrocie powszechnym akcent kładzie się na funkcję kompensacyjną, a w dalszej represyjną¹¹¹⁰, czy symplifikującą¹¹¹¹, pobocznie traktując oddziaływanie stymulacyjno-prewencyjne. Tymczasem w zamówieniach publicznych ta stania ma podstawowe znaczenie jako bezwarunkowa. Realizuje się od początku, nawet jeśli nie dojdzie do naruszenia zobowiązania. Pozostałe zależą od ziszczenia się przesłanek dodatkowych (np. naruszenia umowy, doznania szkody)¹¹¹². Funkcja stymulacyjno-prewencyjna urzeczywistnia się co najmniej w czterech aspektach. Po pierwsze, zastrzeżenie kary umownej stanowi bodziec dla wykonawcy, jeśli jest on zainteresowany wynikami swojego przedsiębiorstwa. Stymulująco może oddziaływać m.in. wysokość kary, rodzaj kary (np. zaliczalna), a także wzgląd na ułatwienia w dochodzeniu roszczenia. Po drugie, doniosła jest relacja kary umownej do

¹¹⁰⁷ Tak, jak się zdaje: J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 463, pkt 4, Lex, który wskazuje na zakaz wprowadzania kar nieprzewidzianych rodzajowo w zamówieniu publicznym.

¹¹⁰⁸ Zob. J. Szwaia, *Kara umowna...*, op. cit., s. 33; R. Adamus, *Kara umowna...*, op. cit. s. 2; P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1286; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, art. 483, pkt 2, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 23 oraz powołana tam literatura i orzecznictwo, Legalis; A. Gawrońska-Baran, *Kształtowanie kar...*, op. cit., s. 51; R. Szostak, *Umowy o ...*, op. cit., s. 52; tenże, *Zastrzeżenie kary...*, op. cit., s. 48 i nast., Legalis; tenże, *O kształtowaniu wysokości kary umownej w zamówieniach publicznych*, „PUG” 2023, Nr 5, s. 3.

¹¹⁰⁹ Uchwała SN z 30.06.2020 r., III CZP 67/19, OSNC 2021, nr 1, poz. 1; wyrok SN z 30.06.2020 r., III CSK 343/17, OSNC 2021, nr 2, poz. 13; wyrok SN z 17.01.2020 r., IV CSK 579/17, Lex; wyrok SN z 6.12.2019 r., V CSK 458/18, OSNC-ZD 2021, nr 3, poz. 27; wyrok SN z 20.05.2021 r., IV CSKP 58/21, OSNC 2021, nr 12, poz. 87.

¹¹¹⁰ Zob. P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1285; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 2, Legalis; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt 30, Legalis; M. Lemkowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 3, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 3, Legalis.

¹¹¹¹ Por. P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1285 i nast.; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 2, Legalis; R. Szostak, *O kształtowaniu...*, op. cit., s. 3.

¹¹¹² W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, art. 483, pkt 28 oraz cyt. tam piśmiennictwo, Legalis.

odszkodowania. Jak wiadomo, możliwe są w tym względzie aż cztery rozwiązania: a) kara umowna wyłączna, w obrębie której wierzyciel może dochodzić jedynie kary umownej, a odszkodowanie pozostaje wyłączone¹¹¹³, b) kara umowna zaliczalna, polegająca na przyznaniu wierzycielowi uprawnienia do odszkodowania w zakresie, w którym kara umowna nie pokrywa szkody, sama kara podlega zarachowaniu na poczet odszkodowania, c) kara umowna łączna (kumulatywną), umożliwiającą żądanie zapłaty kary niezależnie od szkody, przy czym wierzyciel za to samo naruszenie może jeszcze otrzymać odszkodowanie na zasadach ogólnych, kara umowna nie podlega zaliczeniu na poczet odszkodowania, stanowi dodatkową represję wobec dłużnika, d) kara alternatywna, w której wierzycielowi przysługuje prawo wyboru między roszczeniem o karę umowną a dochodzeniem odszkodowania na zasadach ogólnych¹¹¹⁴. Po trzecie, nie bez znaczenia jest stosunek kary umownej do roszczenia pierwotnego. Jak wiadomo, dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się ze zobowiązania przez jej zapłatę (art. 483 § 2 KC). Przepis ten ma charakter dyspozytywny¹¹¹⁵. Z uwagi na specyfikę zamówień publicznych, tak długo jak świadczenie ma znaczenie dla zamawiającego nie może on „poświęcić” głównego roszczenia pierwotnego na rzecz kary umownej z tytułu niewykonania. Wygaśnięcie zamówienia wskutek zapłaty świadczenia wtórnego w miejsce świadczenia pierwotnego oznaczałoby co do zasady istotną zmianę ogólnego charakteru umowy (art. 454-455 Pzp), toteż zamawiający nie może udzielić takiej zgody. Jedynie zupełnie wyjątkowo, w odniesieniu do drugorzędnych obowiązków o mniejszej wadze dopuścić można dochodzenie kary umownej, w szczególności, jeśli wspomniane niewykonanie nie rzutuje negatywnie na stopień zaspokojenia interesu wierzyciela. Zamawiający nie może przy tym żądać jednocześnie wykonania zamówienia *in natura* oraz kary umownej z tytułu niewykonania¹¹¹⁶. Po czwarte, w zamówieniach publicznych kary umowne są stosunkowo wysokie z uwagi na wyższą wartość kontraktów, a zatem kluczowe znaczenie ma dopuszczalność miarkowania kary. Według art. 484§2 KC, jeżeli

¹¹¹³ Zob. np. J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 120; P. Drapała i in., [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1309 i nast., Legalis; R. Szostak, *O kształtowaniu...*, op. cit., s. 4 oraz powołana tam literatura. *De lege lata* ograniczenie nie dotyczy szkody wyrządzonej umyślnie.

¹¹¹⁴ Por. J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 119 i nast.; P. Drapała i in., [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1311–1313, Legalis; R. Szostak, *O kształtowaniu...*, op. cit., s. 4 oraz cyt. tam piśmiennictwo.

¹¹¹⁵ Por. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 828; J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 111; P. Drapała i in. [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1313 i nast.; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 9, Legalis; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 21, Legalis.

¹¹¹⁶ Por. J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 113 oraz powołana tam literatura; podobnie P. Drapała i in., [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1314 oraz cyt. piśmiennictwo; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt 9, Legalis; W. Borysiak, [w:] W. Borysiak (red.) *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 483, pkt E. 90, Legalis.

umowa została w znacznej części wykonana lub gdy kara umowna pozostaje rażąco wygórowana, dłużnik może żądać jej zmniejszenia. Przywołany przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący¹¹¹⁷. *Prima facie* wydawać by się mogło, że zmniejszenia zagrożenia sankcją redukuje bodziec realizacyjny. Redukcja następuje w wyniku spełnienia świadczenia *in natura*. Dlatego ujmowanie miarkowania jako odstępstwa od zasady realnego wykonania zobowiązania nie wydaje się trafne¹¹¹⁸.

Miarkowanie kary umownej polega na zmniejszeniu jej wysokości z mocy konstytucyjnego orzeczenia sądu. Dopuszcza się miarkowanie na mocy ugody, musząc mu jednak towarzyszyć ustępstwa kontrahenta¹¹¹⁹. Jest ono dopuszczalne dopiero po powstaniu wierzytelności o zapłatę kary¹¹²⁰. Jak wiadomo, występują dwie, niezależne od siebie przesłanki¹¹²¹, które mogą wystąpić kumulatywnie. W takim wypadku, w pierwszej kolejności powinna nastąpić redukcja na podstawie wykonania zobowiązania w znacznej części, a następnie miarkowanie, jeśli kara pozostaje rażąco wygórowana. „Wykonanie zobowiązania w znacznej części”, to nie każde częściowe wykonanie, a tylko „znaczące”. Ocena dokonywana jest w kilku krokach. Przy ocenie „znacznego” stopnia realizacji należy kierować się kryteriami należytego wykonania zamówienia¹¹²², w szczególności stopniem zaspokojenia potrzeb publicznych. Następnie należy ocenić stosunek, w którym pozostaje część zrealizowana do reszty (całości) długu¹¹²³. Wreszcie, biorąc pod uwagę okoliczności danego przypadku przystąpić można do weryfikacji czy stopień wykonania był „znaczący”. Zasadniczo przyjmuje się, że wykonanie zobowiązania w znacznej części występuje wtedy, gdy mimo uchybień dłużnika dochodzi do zaspokojenia w istotnym zakresie interesu wierzyciela¹¹²⁴. Walidacja tej przesłanki otwiera drogę do miarkowania,

¹¹¹⁷ Zob. P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1319, Legalis; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt 5, Legalis; J. A. Strzępka, [w:] J.A. Strzępka (red.), *Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych*, Warszawa 2019, rozdział III.§2.III, Legalis; T. Wiśniewski, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt 7, Lex; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, art. 484, pkt II.33, Legalis.

¹¹¹⁸ P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1319.

¹¹¹⁹ R. Szostak, *Miarkowanie kary umownej w zamówieniach publicznych*, [w:] W. Fill, M. Mędrala, A. Mituś (red.), *Kierunki zmian administracji publicznej*, Warszawa 2018, rozdział VII.6, Legalis; tenże, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie...*, op. cit., rozdział I.§4, Legalis; tenże, *O kształtowaniu...*, op. cit., s. 4.

¹¹²⁰ J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 137; P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1318; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 484, pkt A.2, Legalis.

¹¹²¹ Zob. J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 138; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt 5, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 484, pkt B.3, Legalis.

¹¹²² Tak: P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1324 oraz przywołana tam literatura; podobnie W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt 40 oraz cytowane tam piśmiennictwo i judykatura, Legalis; podobnie Z. Gawlik, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt 9, Lex.

¹¹²³ J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 140.

¹¹²⁴ Zob. P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1324; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt 40, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski

jednak nie przesądza o rozmiarze miarkowania. Wielkość miarkowania ustala się *in casu* z uwzględnieniem charakteru zobowiązania, jego wpływu na interesy wierzyciela, formy wykonania, społeczno-gospodarcze znaczenie częściowej realizacji, okoliczności niewykonania w całości itd.¹¹²⁵ Im większy zakres zaspokojenia interesu zamawiającego, tym większe uzasadnienie do miarkowania kary umownej. Rażące wygórowanie wskazuje zaś na występowanie relacji polegającej na ewidentnej, niewspółmiernej wysokości (nieadekwatności) kary umownej do tej, która powinna być wierzycielowi należna w danych okolicznościach. Jeśli w umowie zastrzeżone zostało kilka kar za różne naruszenia obowiązków umownych – co w rozlicznych zamówieniach stanowi regułę – miarkowaniu może podlegać suma kar, jednakże przesłanki miarkowania będą musiały być uwzględniane oddzielnie dla każdej z nich. Kara umowna wygórowana – jeżeli dysproporcja nie jest „rażąca” – nie podlega zmniejszeniu. Wysokość kary winna zostać zredukowana do kary odpowiedniej, nawet wygórowanej, byle nie w stopniu rażącym. Wiadomym jest, że rażące wygórowanie kary umownej wynika z okoliczności danego przypadku¹¹²⁶, a ich katalog ma charakter otwarty. Dostosowanie polega na usunięciu przez sąd dysproporcji na tym odcinku, który przybiera postać „rażącą”¹¹²⁷. Na gruncie zamówień publicznych doniosłe jest zapatrywanie, zgodnie z którym ocenę wypada skoncentrować na tych funkcjach, które miały bezpośredni związek z zastrzeżoną karą¹¹²⁸. Na gruncie zamówień publicznych, z uwagi na fundamentalną wagę funkcji stymulacyjno-prewencyjnej, spostrzeżenie to dostarcza również argumentu przeciwko dopuszczalności zmniejszania kar umownych do tzw. zera¹¹²⁹. Kolidowałaby to również z funkcją represyjną¹¹³⁰. Na tle miarkowania uwzględniać należy szereg okoliczności indywidualnego przypadku. Pośród okoliczności uzasadniających miarkowanie, piśmiennictwo wymienia: rozmiar doznanej przez wierzyciela szkody, relację wysokości kary umownej do: wartości świadczenia głównego, wartości świadczenia opóźnionego, wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Liczy się

(red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 484, pkt B.b.4, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt 5, Legalis.

¹¹²⁵ Wyrok SN z 9.03.2022 r., I NSNc 220/21, OSNKN 2022, nr 2, poz. 13.

¹¹²⁶ Zob. J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 141; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 833; P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1320 i nast.

¹¹²⁷ W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt III.3.1.47, Legalis.

¹¹²⁸ Por. P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 484, pkt B.c.3, Legalis.

¹¹²⁹ Zob. w tej kwestii P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1326 oraz powołana literatura i orzecznictwo; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania...*, op. cit., art. 484, pkt 9, Legalis; za dopuszczalnością „zmniejszania do zera”. W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt IV.70 cytowane tam piśmiennictwo i judykatura, Legalis.

¹¹³⁰ Por. P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1326.

wysokość wynagrodzenia dłużnika oraz waga naruszonych obowiązków, jak również zagrożenie dalszymi naruszeniami, czy też zamiar stron akcentujący funkcję represyjną kary¹¹³¹. Poza tym na uwagę zasługują czynniki, które łączą się z postawą dłużnika względem wykonywania zobowiązania *in natura*. Chodziłoby przede wszystkim o takie podstawy miarkowania, jak: stopień winy (jeżeli odpowiada na zasadzie winy), zakres i czas trwania naruszenia obowiązków kontraktowych¹¹³². Jak wiadomo, problematyczna w nauce jest kwestia przyczynienia się wierzyciela (art. 362 KC), jako przesłanka do miarkowania kary umownej. Zdaniem niektórych, przyczynienie się stanowi okoliczność, która powinna być uwzględniana przy miarkowaniu¹¹³³. Inni zaś uważają, że dopuszczalne jest obniżenie kary umownej na mocy samodzielnie zastosowanego art. 362 KC¹¹³⁴, co może prowadzić do kumulatywnego zastosowania art. 484§2 oraz art. 362 KC. Jak się zdaje, pierwsza z interpretacji jest bardziej trafna. Brak szkody po stronie zamawiającego uchylałby możliwość obniżenia kary umownej w tych sytuacjach, w których przyczynienie się do naruszenia zobowiązania wynikałoby z niedopełnienia przez zamawiającego wyeksponowanego obowiązku współdziałania.

3. Wykonanie zastępcze w zamówieniu publicznym

Interes zamawiającego-wierzyciela może być zaspokojony także wskutek spełnienia świadczenia zastępczego przez osobę inną niż wykonawca¹¹³⁵.

¹¹³¹ J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 143 i nast.; P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1321 i nast.; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt III.b.50 i nast., Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt 8 wraz z rozlicznym przywołanym orzecnictwem, Legalis.

¹¹³² Zob. P. Drapała, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1322 oraz przywołana tam literatura i orzecznictwo; Borysiak, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt III.c.57, Legalis oraz powołane tam piśmiennictwo i judykatura, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt 8, Legalis.

¹¹³³ J. Szwaja, *Kara umowna...*, op. cit., s. 144; M. Bączyk, *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a wysokość kary umownej w: Ars et Usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego*, Warszawa 2005, s. 41 i nast.; P. Drapała, *Glosa do wyroku SN z 8 lipca 2004 r. (IV CK 522/03)*, „OSP” 2005, Nr 7-8, poz. 86, s. 423 i nast.; tenże, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 1322; wyrok SN z 19.12.2024 r., II CSKP 2183/22, Lex; wyrok SN z 7.02.2019 r., II CSK 10/18, Lex; wyrok SN z 14.10.2015 r., V CSK 32/15, Lex.

¹¹³⁴ J. Jastrzębski, *Glosa do wyroku SN z 8 lipca 2004 r. (IV CK 522/03)*, „PS” 2007, Nr 4, s. 131 i n.; W. Borysiak, *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a kara umowna*, „PPH” 2008, Nr 8, s. 31 i nast.; tenże, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 484, pkt G.82 i nast. wraz z cyt. piśmiennictwem i judykaturą, Legalis; M. Pyziak-Szafnicka, *Kilka uwag na temat modelu kary umownej*, [w:] J. Gudowski, K. Weitz (red.) *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego, t. II*, Warszawa 2011, s. 2488 i nast. oraz powołana literatura i orzecznictwo.

¹¹³⁵ Zob. R. Szostak, *Substitute performance in public procurement*, „PUG” 2022, Nr 10, s. 2 i nast.; I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 436; G. Stojek, [w:] M. Frasz, M. Habdas (red.), (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534)*, Warszawa 2018, art. 479, pkt 3, Lex; R. Tanajewska, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, art. 479, pkt 8, Lex*; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt 5, Legalis; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda

Pierwszoplanowa rola przypadku nabyciu zastępczemu (art. 479 KC), wykonaniu zastępczemu (art. 480 KC), powierzeniu realizacji dzieła osobie trzeciej (art. 636 KC)¹¹³⁶, a także klauzulom umownym wykonania zastępczego. Rozwiązania wymagające interwencji sądu (art. 1049 Kpc) funkcjonują w niepomiernie węższym zakresie niż w obrocie powszechnym. Niewątpliwie przyczynia się do tego konieczność szybkiego działania, wynikająca z konieczności ciągłego zaspokajania potrzeb publicznych. Ogólna dopuszczalność świadczenia substytucyjnego w zamówieniach publicznych nie budzi zasadniczych wątpliwości¹¹³⁷. Wiąże się ono z osiągnięciem celu zamówienia wskutek wypełnienia odpłatnej umowy zawartej z osobą trzecią, a co za tym idzie – samo stanowi zamówienie publiczne. Wyłonienie wykonawcy zastępczego następuje na zasadach i w trybach prawa zamówień publicznych. Zasadniczo wykonanie zastępcze nie kwalifikuje się jednak jako modyfikacja zamówienia. Nawet z uwzględnieniem szerokiego rozumienia modyfikacji (zob. rozdz. V.5 opracowania), surogat świadczenia otrzymywany jest w efekcie czynności wierzyciela, bez zgody dłużnika, a niejednokrotnie przy jego sprzeciwie, bowiem odwołanie się do wykonania zastępczego uzasadnia wykluczanie z przyszłych postępowań na mocy art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W typowym układzie wykonania zastępczego nie towarzyszy element renegocjacji¹¹³⁸. Nie bez znaczenia jest stymulacyjno-prewencyjne oddziaływanie wykonania zastępczego, które wynika ze wspomnianej możliwości wykluczania z zamówień na przyszłość, jak również z konieczności pokrywania kosztów otrzymania przez zamawiającego surogatu świadczenia. Na tle wykonania zastępczego nasuwa się pytanie, czy jego dopuszczenie pozostaje w zgodzie czy osłabia zasadę realnego wykonania zamówienia. Trudno przyjąć

(red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt B.15, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt 2, Legalis; T. Mróz, *Kilka uwag w kwestii wykonania zastępczego*, [w:] F. Zoll (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana prof. B. Gawlikowi*, Warszawa 2012, Lex; wyrok SN z 21.08.2014 r., IV CSK 675/13, Lex; wyrok SN z 11.04.2013 r., II CSK 540/12, Lex; wyrok SN z 7.06.2000 r., III CKN 441/00, Lex; wyrok SN z 27.04.2021, II CSKP 98/21, Legalis; wyrok SN z 24.05.2018, II CSK 450/17, Legalis.

¹¹³⁵ I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie...*, op. cit., s. 436.

¹¹³⁶ Unormowanie art. 636 KC, jako przypadek wykonania zastępczego, kwalifikuje P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 6, Lex; zob. również W. Wyrzykowski, [w:] M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 4-6, Lex; R. Tanajewska, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 3, Lex; zob. uchwała SN (7) z 11.01.2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002, nr 9, poz. 106; wyrok SN z 14.11.2008 r., V CSK 182/08, Lex; wyrok SN z 23.03.2017 r., V CSK 393/16, OSNC 2018, nr 1, poz. 10.

¹¹³⁷ R. Szostak, *Substitute performance...*, op. cit., s. 6 i nast.; J. Loranc-Borkowska, *Wykonanie zastępcze...*, op. cit., s. 57-66.

¹¹³⁸ Na tle kontrowersyjnego z perspektywy zmiany zamówienia publicznego, przekształcenia świadczenia niepieniężnego wykonawcy w dług pieniężny na tle art. 479 KC (żądanie zapłaty wartości rzeczy) w piśmiennictwie stwierdzono, że wybór przez zamawiającego uprawnienia kształtującego nie zmienia postanowień umowy, ale prowadzi do zmiany treści stosunku prawnego dokonywanej na podstawie upoważnienia ustawowego. Tak: J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt A.2., Legalis; podobnie: P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. art. 479, pkt II.B.2, Legalis.

stanowisko, zgodnie z którym wykonanie zastępcze nie całkiem odpowiada zasadzie realnego wykonania, ponieważ stanowi formę odpowiedzialności majątkowej. Jednak nie jest to odpowiedzialność odszkodowawcza, lecz możliwie najbardziej dogodna z uwagi na skuteczne zaspokajanie celów zamówienia, tym bardziej, jak nie są one zależne od właściwości osobistych i warunków wykonawcy. Skoro dopuszczenia podwykonawstwa nie uważa się za kolidujące, lecz wzmacniające realne wykonanie, to analogicznie dopuszczenie zastępcy nie powinno osłabiać tej zasady, a różnica sprowadza się do tego, że podwykonawca nie przyjmuje odpowiedzialności za realizację zamówienia, zastępca zaś wchodzi zarówno w dług, jak i odpowiedzialność wobec zamawiającego.

Nabycie zastępcze pośrednio prowadzi do zaspokojenia zamawiającego. Uregulowane zostało art. 479 KC, zgodnie z którym, jeśli przedmiot świadczenia stanowi określoną ilość rzeczy oznaczonych co do gatunku, zamawiający może w razie zwłoki wykonawcy nabyć na jego koszt taką samą ilość rzeczy tego samego gatunku albo żądać zapłaty ich wartości, zachowując w obu przypadkach roszczenie o naprawienie szkody, wynikłej ze zwłoki. Realizacja tych uprawnień nie wymaga upoważnienia sądu. Uprawnienie do nabycia zastępczego stanowi specyficzny wątek zamówienia, którego elementy umożliwiają otrzymanie świadczenia *in natura*. Zamawiający nie współdziała z wykonawcą, ale realizuje swój interes wynikający z braku zaspokojenia¹¹³⁹. Zamawiający może wciąż domagać się wykonania umowy albo skorzystać ze wskazanego upoważnienia ustawowego¹¹⁴⁰. Nie wymaga ono podania przyczyn, zgody dłużnika ani powiadomienia go o wykonaniu zastępczym¹¹⁴¹, aczkolwiek na gruncie zamówień publicznych wykonawca powinien zostać powiadomiony przynajmniej o nietypowym zakończeniu zobowiązania¹¹⁴². Ważny element konstrukcyjny nabycia substytucyjnego stanowi zwłoka, ujmowana tradycyjnie jako opóźnienie zawinione przez dłużnika¹¹⁴³, objęte domniemaniem art. 476 KC¹¹⁴⁴. Zwłoka może odnosić się do niewykonania obowiązków związanych ze świadczeniem głównym, np. wymiany rzeczy

¹¹³⁹ Wyrok SN z 27.04.2021 r., II CSKP 98/21, Legalis.

¹¹⁴⁰ Zob. wyrok SN z 8.08.2008 r., V CNP 28/08, Lex.

¹¹⁴¹ Wyrok SN z 21.08.2014 r., IV CSK 675/13, Lex; G. Stojek, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 479, pkt 4, Lex; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 479, pkt 4, Legalis; odmiennie P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania*..., op. cit., art. 479, pkt II.B.2, Legalis; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 479, pkt A.2, który wskazuje na powiadomienie w zakresie zwrotu kosztu oraz zapłaty wartości, Legalis.

¹¹⁴² R. Szostak, *Substitute performance*..., op. cit., s. 3; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy*..., op. cit., art. art. 479, pkt I.7, Legalis.

¹¹⁴³ R. Szostak, *Substitute performance*..., op. cit., s. 3; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 1210, 1295, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 479, pkt 4, Legalis.

¹¹⁴⁴ Por. T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 476, pkt 6, Lex; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 476, pkt III.1, Legalis; wyrok SN z 22.09.2011 r., V CSK 427/10, Lex.

wadliwej na wolną od wad¹¹⁴⁵. To unormowanie przewiduje dwa uprawnienia: nabycie rzeczy na koszt dłużnika oraz zażądanie zapłaty ich wartości, według ceny rynkowej, bez uwzględnienia szkody w majątku wierzyciela¹¹⁴⁶. W judykaturze SN i piśmiennictwie¹¹⁴⁷ ujawnia się zapatrywanie, według którego wybór jest swobodny, lecz w zamówieniach publicznych pierwszy ze sposobów jest korzystniejszy dla funkcjonalnego elementu interesu zamawiającego, pełniej harmonizuje z zasadą efektywności (art. 17 ust. 1 Pzp). Za dopuszczalne uznać można nabycie przez wierzyciela części rzeczy na koszt dłużnika i częściowe żądanie zapłaty, ale w granicach wartości świadczenia¹¹⁴⁸. Na zasadzie *a fortiori* dopuszczalne jest nabycie zastępcze przez zamawiającego niektórych rzeczy oznaczonych co do gatunku, gdy wykonawca pozostaje w zwłoce co do całości świadczenia, a w pozostałym zakresie domaganie się wykonania *in natura*. Z kolei odmowa przyjęcia przez wierzyciela świadczenia częściowego (art. 450 KC) celem zrealizowania zakupu zastępczego kolidowałaby z *ratio legis* unormowania. Zamawiający nie jest zobowiązany nabywać rzeczy identycznych. Kwestii tej dotyczy rozstrzygnięcie SN z 27.04.2021 r., III CSKP 98/21¹¹⁴⁹, w którym zaaprobowano kupno przez zamawiającego produktów farmaceutycznych u konkurentów wykonawcy jako „tożsamy rodzajowo” z uwagi na niezrealizowanie przez niego dostaw leków. Roszczenie o zwrot kosztów takiego nabycia nie ma charakteru odszkodowawczego¹¹⁵⁰, a co za tym idzie zamawiający musi jedynie wykazać wysokość poniesionych wydatków, natomiast na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania nadmierności kosztów¹¹⁵¹. Stosowanie przez zamawiającego konkurencyjnych trybów proceduralnych lub

¹¹⁴⁵ Wyrok SN z 17.12.2003 r., IV CK 298/02, Lex, przywołany przez SA w Krakowie w wyroku z 5.08.2016 r., I ACa 322/16, Lex; S. Włodyka, *Wykonanie zastępcze jako sposób sanowania wadliwości rzeczy*, „PPH” 1999, Nr 6, s. 19 i nast.; G. Stojek, [w:] M. Fras, M. Habdás (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt 7, Lex; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt 8, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 479, pkt II.B.3, Legalis.

¹¹⁴⁶ Tak: F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.) *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1232; podobnie P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 479, pkt II.B.7-8, Legalis.

¹¹⁴⁷ G. Stojek, [w:] M. Fras, M. Habdás (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt 4, Lex; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt 4, Legalis; wyrok SN z 11.04.2013 r., II CSK 540/12, Lex; wyrok SN z 21.08.2014 r., IV CSK 675/13, Lex.

¹¹⁴⁸ Zob. J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt A.1., Legalis.

¹¹⁴⁹ Zob. SN w wyroku z 27.04.2021 r., III CSKP 98/21, Legalis.

¹¹⁵⁰ Tak: M. Podrecka, *Zaspokojenie interesu wierzyciela przez zastępcze spełnienie świadczenia*, „KPP” 1999, nr 1, s. 119 i nast.; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1232; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 479, pkt II.B.7-8, Legalis.

¹¹⁵¹ Zob. M. Podrecka, *Zaspokojenie interesu...*, op. cit., s. 97; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt 7, Legalis; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt 5, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt 4, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 479, pkt II.B.6, Legalis.

przeprowadzenie rozeznania rynku stwarza dla zamawiającego korzystne domniemania faktyczne w tym zakresie.

Wykonanie zastępcze również prowadzi do uzyskania surogatu świadczenia. Według art. 480 KC, w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia (*facere*) wierzyciel, zachowując roszczenie odszkodowawcze, może żądać upoważnienia przez sąd do wykonania wymaganej czynności na koszt dłużnika. Jeśli świadczenie polega na zaniechaniu działania (*non-facere*), zamawiający może żądać upoważnienia do usunięcia na koszt dłużnika wszystkiego, co wbrew zobowiązaniu uczynił. W wypadkach nagłych może samodzielnie zrealizować wykonanie zastępcze zamówienia bez upoważnienia sądu. Pierwszy ze wskazanych elementów nie budzi większych kontrowersji doktrynalnych. Jak bowiem wiadomo, dotyczy wystąpienia stanu zwłoki rozumianej tradycyjnie jako zawinione opóźnienie¹¹⁵². Drugi łączy się z obowiązkiem „czynienia”. Odnosi się ono do klasycznie ujmowanego *facere*, z wyłączeniem zwłaszcza wydania rzeczy (*dare*)¹¹⁵³, złożenia oświadczenia woli¹¹⁵⁴, spełnienia świadczenia ściśle osobistego¹¹⁵⁵. W tym ostatnim wymiarze należy dopuścić uznanie przez wierzyciela, że surogat świadczenia w większym stopniu zaspokoi jego interes niż utrzymująca się nieterminowość¹¹⁵⁶. Do tej kategorii zasadniczo nie zalicza się obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań, albowiem dotyczy on każdego potencjalnego wykonawcy. Z punktu widzenia zakresu roszczenia pierwotnego o wykonanie *in natura* szczególnie liczy się zastępcze usuwanie wad. Niestety, brak w tym zakresie zgodności poglądów. Restryktywne zapatrywanie wyrażono w uchwale SN z 15.02.2002 r., III CZP 86/01, zgodnie z którą art. 480 KC dotyczy jedynie niewykonania zobowiązania, a zwłoka, o której mowa w tym uregulowaniu łączyć się musi ze świadczeniem głównym. Dochodziłoby ponadto do poszerzenia ustawowego katalogu uprawnień z tytułu rękojmi.

¹¹⁵² R. Szostak, *Substitute performance...*, op. cit., s. 6; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1210, 1295, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 479, pkt 4, Legalis.

¹¹⁵³ Zob. M. Podrecka, *Zaspokojenie interesu...*, op. cit., s. 108; 274; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 1, Legalis; G. Stojek, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 2, Lex; A. Lutkiewicz-Rucińska, [w:] M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 480, pkt 1, Lex; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 1, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 1, Legalis.

¹¹⁵⁴ Tak: T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 9, Lex; G. Stojek, [w:] M. Fras, M. Habdas, *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 1, Lex; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 3, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 1, Legalis.

¹¹⁵⁵ M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 4, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 2, Legalis; R. Szostak, *Substitute performance...*, op. cit., s. 3.

¹¹⁵⁶ J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 4, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 480 pkt II. C.2, Legalis.

W efekcie, powołanego przepisu nie stosuje się do uprawnień wierzyciela z tytułu rękojmi. Zapatrywanie to spotkało się jednak z uzasadnioną krytyką doktryny¹¹⁵⁷, w której zwrócono uwagę, że świadczenie rzeczy wadliwej może być uznane za niewykonanie zobowiązania, szczególnie w zakresie wad istotnych, a brzmienie przepisu nie wiąże zwłoki wyłącznie ze świadczeniem głównym. Na dodatek, zastępcze usunięcie wad następuje poza reżimem rękojmi, skoro jest reakcją na fiasko czynności dłużnika. Dalsza judykatura SN jest chwiejna. W wyroku z 17.12.2003 r., IV CK 298/02¹¹⁵⁸ odniesiono się krytycznie do interpretacji wyrażonej w uchwale z 15.02.2002 r., III CZP 86/01. Przyjęto w nim, że zwłoka dłużnika stanowiąca przesłankę stosowania tak art. 479 KC, jak i oraz art. 480 KC może odnosić się do niewypełnienia obowiązków funkcjonalnie związanych ze świadczeniem głównym, a takim jest zwłaszcza obowiązek wymiany rzeczy wadliwej na wolną od wad. Wskazano, że na etapie naruszenia obowiązków wynikających z rękojmi stan wykonania całego zobowiązania ulega redukcji do usunięcia wad. Sprzedawca pozostaje w zwłoce, jeśli nie spełnia w terminie wyznaczonym przez kupującego świadczenia polegającego na dostarczeniu – zamiast rzeczy wadliwych – takiej samej ilości rzeczy wolnych od wad. Następnie, w wyroku z 10.01.2008 r., IV CNP 147/07, Lex, ponownie podzielono restrykcyjne podejście interpretacyjne. Podkreślenia wymaga, że w doktrynie przeważa trafne stanowisko dopuszczające zastosowanie art. 480§1 i §3 KC do usuwania wad przedmiotu świadczenia, wskazujące m.in. na uzupełniającą się relację przepisów o wykonaniu zastępczym i regulacji o rękojmi¹¹⁵⁹. Rygorystyczne podejście judykatury koliduje niewątpliwie z samodzielnością roszczenia o usunięcie wady. Skoro roszczenie to podlega przedawnieniu (art. 568§2 KC), to również podlega obowiązkowi wykonania zgodnie z jego treścią, w tym w drodze przymusu sądowego. Brak zatem powodów, żeby wyłączać wykonanie zastępcze, skoro zamawiający i tak może do niego doprowadzić, uzyskując tytuł egzekucyjny przeciwko wykonawcy (art. 1049 KPC). W zamówieniu publicznym instytucje te znajdują zastosowanie¹¹⁶⁰, za czym przemawiają dodatkowe argumenty. W pierwszej kolejności wymienić należy zasadę efektywności. Nie bez

¹¹⁵⁷ E. Łętowska, *Zastępcze usunięcie...*, op. cit., s. 666 i n.; E. Rott-Pietrzyk, *Glosa do uchwały SN z dnia 15 lutego 2002 r., III CZP 86/01*, „OSP” 2003, nr 1, s. 1; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 1148 i nast., Legalis.

¹¹⁵⁸ Biuletyn Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2004, Nr 10, s. 35.

¹¹⁵⁹ Zob. S. Włodyka, *Wykonanie zastępcze jako sposób sanowania wadliwości rzeczy*, „PPH” 1999, Nr 6, s. 19 i nast.; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 480 pkt II. C.3, Legalis; odmiennie jak się wydaje: J. M. Kondek, [w:] J. M. Kondek [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 19, Legalis.

¹¹⁶⁰ Tak: J. Lorc-Borkowska, *Wykonanie zastępcze wymiany lub naprawy wadliwego przedmiotu zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2017, Nr 4, s. 60 i nast., Legalis.

znaczenia jest też wymóg z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, według którego nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania z umowy o zamówienie publiczne, które doprowadziło do wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi uzasadnia wykluczenie wykonawcy z postępowania. „Istotnym zobowiązaniem” jest doprowadzenie świadczenia do zgodności z treścią zamówienia, w szczególności w zakresie cech konstytutywnych świadczenia. Upoważnienia do wykonania czynności zastępczej na koszt dłużnika zamawiający dochodzi w drodze powództwa. Wyrok sądu ma charakter konstytutywny¹¹⁶¹ przez wzgląd na ochronę wykonawcy¹¹⁶². Uzyskanie przez zamawiającego upoważnienia sądu nie zwalnia wykonawcy z obowiązku świadczenia zgodnie z umową¹¹⁶³. Dopiero z chwilą zrealizowania wykonania zastępczego zgodnie z upoważnieniem obowiązek wykonawcy do świadczenia *in natura* wygasa, przekształcając się w powinność pokrycia kosztów¹¹⁶⁴. Koszty wykonania zastępczego z zasady w pierwszej kolejności obciążają zamawiającego-wierzyciela, który dopiero potem może domagać się ich zwrotu od dłużnika-wykonawcy¹¹⁶⁵. *De lege lata* odpada możliwość żądania przyznania mu przez sąd z góry sumy potrzebnej do wykonania czynności (art. 1049 § 1 zd. 2 Kpc). Jednak, gdy wykonanie zastępcze zostanie zrealizowane nienależycie, to konsekwencje obciążają wyłącznie wykonawcę zastępczego. Ponieważ zamawiający może posłużyć się osobą trzecią¹¹⁶⁶, to opisany wcześniej obowiązek doboru wiarygodnego kontrahenta dotyczy również wykonawcy zastępczego. Służy to realnemu wykonaniu „zamówienia o wykonanie zastępcze”, jak również ogranicza ryzyko powstania kosztów nieuzasadnionych.

Przypadki pilne mają szczególne znaczenie z punktu widzenia zasady realnego wykonania zamówienia. Jak wiadomo, przypadek nagły uprawnia zamawiającego do

¹¹⁶¹ Zob. T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 4, Lex; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt II.1 i 2, Legalis; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 4, Legalis.

¹¹⁶² Zob. T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 3, Legalis; tak: J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 6 oraz przywołana literatura, Legalis; R. Szostak, *Substitute performance*..., op. cit., s. 4.

¹¹⁶³ J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 4, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 4, Legalis wraz z cyt. tam poglądem M. Podreckiej, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy*..., op. cit., art. 480 pkt II. C.7., Legalis.

¹¹⁶⁴ Tak: G. Stojek, [w:] M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 17, Lex; J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 13, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 4, Legalis; wyrok SN z 24.05.2018 r., II CSK 450/17, Legalis.

¹¹⁶⁵ Tak: J.M. Kondek, [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 11, Legalis.

¹¹⁶⁶ Por. T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt 4, Lex; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 480, pkt II.2, Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Część*..., op. cit., art. 480, pkt II.C.5, Legalis.

zrealizowania wykonania zastępczego bez upoważnienia sądu (art. 480§3 KC). Z uwagi na wyjątek od reguły ogólnej „sytuację nagłą” interpretować należy ściśle¹¹⁶⁷. W znaczeniu potocznym “pilny” to wymagający natychmiastowego wykonania¹¹⁶⁸. Jest to zatem stan rzeczy wymagający reakcji dynamiczniejszej niż niezwłoczna. Piśmiennictwo wiąże pilność z silnie negatywnymi konsekwencjami oczekiwania na orzeczenie sądu¹¹⁶⁹. Ciężar dowodu spoczywa tutaj na zamawiającym¹¹⁷⁰. SN w wyroku z 10.06.2021 r., II CSKP 36/21, opisywał sytuację pilną przypadkami, gdy wykonanie czynności z upoważnienia sądowego nie miałoby dla wierzyciela już znaczenia z uwagi na naturę zobowiązania, przez wzgląd na niemożność osiągnięcia celu, w którym umowę zawarto albo groziłoby wierzycielowi znaczną stratą, której dochodzenie od dłużnika byłoby utrudnione. Wątek zapobieżenia powstaniu lub zwiększeniu szkody jest szczególnie uzasadniony, bowiem chronić się można nawet przed działaniami osób trzecich (art. 439 KC). Nagłość bada się rzecz jasna *in casu*, Chodzi przeważnie o sytuacje „awaryjne”, niosące zagrożenie dla życia, zdrowia, bezpieczeństwa ludzi, grożące poważną szkodą¹¹⁷¹. Pewną ilustrację stanowi rozstrzygnięcie, w którym SN nagły uznał za przypadek nagły sytuację, gdy wykonawca nie usunął wad łodzi pilotowej, przeznaczonej do realizacji zadań w zakresie bezpieczeństwa ruchu morskiego w porcie morskim, co doprowadziło do powierzenia przez zamawiającego pierwszych czynności wykonania zastępczego po 50 dniach od bezskutecznego upływu terminu na usunięcie wady¹¹⁷². Jeśli wykonawca popada w zwłokę w wykonaniu kilku czynności nagłych czynienia, zamawiający może działać bez upoważnienia sądowego jedynie co do przypadków indywidualnie zidentyfikowanych jako nagłe¹¹⁷³. Podkreślenia wymaga, że niemożliwość dotrzymania przez zamawiającego terminów proceduralnych na

¹¹⁶⁷ Zob. J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 818; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 4, Legalis; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 6, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt IV.1, Legalis.

¹¹⁶⁸ „pilny” - : <https://sjp.pwn.pl> [dostęp 10.10.2024].

¹¹⁶⁹ T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 6, Lex; G. Stojek, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 19, Lex; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 4, Legalis. Na czas trwania postępowania sądowego zwrócono również uwagę w uzasadnieniu wyroku SN z 10.06.2021 r., II CSKP 36/21, Lex.

¹¹⁷⁰ Por. G. Stojek, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 22, Lex; Z. Gawlik, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 7, Lex; T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 4, Legalis; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt IV.1, Legalis.

¹¹⁷¹ T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 7, Lex; G. Stojek, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 21, Lex; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt IV.2, Legalis; R. Szostak, *Substitute performance...*, op. cit., s. 5; wyrok SN z 10.06.2021 r., II CSKP 36/21, Lex; wyrok SA w Warszawie z 6.09.2005 r., VI ACa 1087/04, Lex.

¹¹⁷² Wyrok SN z 10.06.2021 r., II CSKP 36/21, Lex.

¹¹⁷³ J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 818; R. Szostak, *Substitute performance...*, op. cit., s. 5.

przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia *per se* nie świadczy o pilności danego przypadku. Zostały one bowiem ustalone w innych celach¹¹⁷⁴.

Powierzenie spełnienia świadczenia rezultatu osobie trzeciej ma fundamentalne znaczenie w zamówieniach na usługi materialne oraz roboty budowlane. Przepis art. 636 KC obejmuje wykonanie zastępcze w umowie o dzieło i umowie o roboty budowlane¹¹⁷⁵. Jeżeli wykonawca realizuje dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania, wyznaczając mu odpowiedni termin, a po bezskutecznym upływie określonego terminu może: odstąpić od umowy albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Oprócz ochrony realnego wykonywania zamówienia, regulacja ta przesądza też o nadzorze zamawiającego nad sposobem działania dłużnika-wykonawcy¹¹⁷⁶. W perspektywie polityki zakupowej państwa, przeciwdziała się z kolei realizacji wadliwych produktów i mogącym stąd wynikać stratom¹¹⁷⁷. Kryterium kontroli stanowi zgodność z wzorcem należytego wykonywania, a także powstawanie przedmiotu zamówienia z wadami fizycznymi lub prawnymi¹¹⁷⁸. Poza zakresem są jednak odchylenia terminowe (art. 634 KC¹¹⁷⁹, art. 480 KC¹¹⁸⁰). Realizacja dzieła w sposób sprzeczny z umową to zasadniczo niespójność wykonywania z warunkami zamówienia, w tym co do przebiegu realizacji prac, właściwości przedmiotu świadczenia, sprzeczności ze wskazówkami zamawiającego (jeżeli są dla wykonawcy wiążące)¹¹⁸¹. Ocena dokonywana jest *in concreto*, lecz orzecznictwo SN ilustruje pewne przykłady odstępstw. W wyroku z 16.06.2016 r., V CSK 535/15, Lex, SN uznał, że liczy się naruszenie przez wykonawcę uzgodnień co do przebiegu prac lub właściwości dzieła, niestosowanie założeń projektu wykonawczego stanowiącego załącznik do umowy oraz wszystkich

¹¹⁷⁴ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 131, pkt 1, Lex; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 131, pkt 1, Lex.

¹¹⁷⁵ Zob. uchwała SN (7) z 11.01.2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002, nr 9, poz. 106; postanowienie SN z 14.06.2021 r., II CSK 78/21, Lex; P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 11, Lex.

¹¹⁷⁶ Zob. A. Brzozowski, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 452; P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 1, Lex; W. Wyrzykowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 1, Lex; K. Zagrobelny, E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 1, Legalis; R. Szostak, *Substitute performance...*, op. cit., s. 5; wyrok SN z 14.11.2008 r., V CSK 182/08, Lex; wyrok SN z 12.03.2002 r., IV CKN 803/00, Lex.

¹¹⁷⁷ A. Brzozowski, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 452.

¹¹⁷⁸ Tak P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 1, Lex; W. Wyrzykowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 1.2., Lex.

¹¹⁷⁹ P. Drapała, [w:] *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 1, Lex; wyrok SN z 14.11.2008 r., V CSK 182/08, Lex; postanowienie SN z 7.06.2019 r., I CSK 729/18, Lex.

¹¹⁸⁰ R. Szostak, *Substitute performance...*, op. cit., s. 6; postanowienie SN z 7.06.2019 r., I CSK 729/18, Lex.

¹¹⁸¹ Zob. W. Wyrzykowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 1.2., Lex; P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 3, Lex; wyrok SN z 15.10.2021 r., II CSKP 97/21, Lex; wyrok SA w Warszawie z 15.12.2015 r., I ACa 481/15, Lex.

innych jej postanowień dotyczących wykonania i rezultatu dzieła. Sprzeczność z umową to także odstępstwo od określonego w umowie sposobu wykonywania dzieła (wyrok z 14.11.2008 r., V CSK 182/08, Lex). Nie musi ona prowadzić do wadliwości przedmiotu zamówienia¹¹⁸². Stwierdzenie przez zamawiającego niezgodności z wymogami osobistego wykonania kluczowych zadań¹¹⁸³ lub angażowania kwalifikowanego podwykonawcy, a także istotnych odstępstw co do wymogu zatrudniania pracowników lub klauzul społecznych pozwala zastosować wykonanie zastępcze, nawet jeśli końcowy efekt zamówienia prowadzi do rezultatu właściwego. Bierność zamawiającego może przyczyniać się do powstania lub zwiększenia szkody (art. 362 KC), a także uzasadniać odpowiedzialność urzędniczą. Wadliwy sposób wykonywania dzieła to także metoda niezgodna z obiektywnymi kryteriami prawidłowego wytwarzania, zwłaszcza zasadami wiedzy technicznej, doboru technologii, narzędzi, która rzutuje na powstanie dzieła o mniejszej wartości lub użyteczności dla zamawiającego¹¹⁸⁴. Chodzi o zastosowanie rozwiązań, które w świetle stanu wiedzy i doświadczenia nie doprowadzą do pożądanego rezultatu albo, gdy już rozpoczętym dziele ujawnią się wady konstrukcyjne lub materiałowe, wpływające na jakość świadczenia finalnego¹¹⁸⁵. Na tym tle wzrasta rola zastrzeżenia odpowiednich warunków udziału w postępowaniu, stanowiąc kolejne powiązanie ich z realnym wykonaniem zamówienia. Jak wiadomo, uregulowanie art. 636 KC przyznaje zamawiającemu dwa rozłączne uprawnienia. Rzecz jasna odstąpienie od umowy niweczy roszczenie podstawowe oraz uprawnienie do wykonania substytucyjnego¹¹⁸⁶. Centralne znaczenie realnego wykonania zamówienia przemawia za postawieniem realizacji zastępczej na pierwszym planie. Jak wiadomo, skorzystanie z uprawnienia uzależnione jest od wezwania wykonawcy do zmiany sposobu wykonania świadczenia w adekwatnym terminie¹¹⁸⁷. Wezwanie powinno wskazywać, jakie działania

¹¹⁸² Wyrok SN z 14.11.2008 r., V CSK 182/08, Lex; podobnie wyrok SN z 15.10.2021 r., II CSKP 97/21, Lex; element ten można również odnaleźć w piśmiennictwie, zob. A. Brzozowski, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 452.

¹¹⁸³ Por. rozdział III.1, IV.5 opracowania. Co możliwości stosowania art. 636 KC w razie naruszenia obowiązku świadczenia osobistego zob. A. Brzozowski, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 452; P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 636, pkt 1, Lex; W. Wyrzykowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 636, pkt 2, Lex; K. Zagrobelny, E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 636, pkt 1, Legalis; R. Szostak, *Substitute performance*..., op. cit., s. 6; Wyrok SN z 14.11.2008 r., V CSK 182/08, Lex.

¹¹⁸⁴ Zob. P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 636, pkt 2, Lex; W. Wyrzykowski, [w:] *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 636, pkt 1.2, Lex; R. Szostak, *Substitute performance*..., op. cit., s. 6; wyrok SN z 12.03.2002 r., IV CKN 803/00, Lex. SN wskazał w tym rozstrzygnięciu, że pojęcie „wada” jest węższe od „wadliwości” i „wykonania sprzecznego z umową”, o których mowa w art. 636 KC; wyrok z 16.06.2016 r., V CSK 535/15, Lex.

¹¹⁸⁵ A. Brzozowski, J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań*..., op. cit., s. 453.

¹¹⁸⁶ Postanowienie SN z 14.06.2021 r. II CSK 78/21, Lex.

¹¹⁸⁷ P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 636, pkt 3, Lex z powołaniem się na wyrok SN z 16.06.2016 r., V CSK 535/15, Lex; W. Wyrzykowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny*..., op. cit., art. 636, pkt 3 oraz cyt. literatura, Lex.

wykonawcy zamawiający uznaje za wadliwe lub sprzeczne z umową oraz jakiej zmiany (jakich działań lub zaniechań) wymaga¹¹⁸⁸. Zakreślony termin musi być odpowiedni do okoliczności realizacyjnych oraz przyznawać czas niezbędny do wdrożenia przez wykonawcę odpowiednich modyfikacji w tym względzie¹¹⁸⁹. Obowiązek ten nie ma jednak charakteru bezwzględny, wezwanie może stać się bezprzedmiotowe, jeśli *imperitus* nie jest w stanie spełnić powinności dłużnej¹¹⁹⁰. Powierzenie poprawienia lub dokończenia dzieła innej osobie „na koszt i niebezpieczeństwo” przyjmującego zamówienie oznacza, że wykonawca ponosi ewentualne wyższe koszty oraz odpowiedzialność za przypadkową utratę lub uszkodzenie dzieła¹¹⁹¹. Może uwolnić się od odpowiedzialności, jeśli wykaże, że utrata lub uszkodzenie nastąpiłyby niezależnie od wykonania zastępczego¹¹⁹². Ryzyko wykonawcy, co do zasady, nie rozciąga się na szkodę wyrządzoną przez substytutę. Dłużnik podstawowy zobowiązany jest do zwrotu kosztów pozostających w adekwatnym związku przyczynowym z czynnościami wykonania zastępczego¹¹⁹³. Także i tutaj widać doniosłe znaczenie prawidłowego określenia warunków kwalifikacji podmiotowej. Wcześniej opisana funkcja prewencyjna nadzoru nad realizacją zamówienia zostaje uzupełniona o rozwiązanie prewencyjno-stymulujące. Cezurę czasową zastosowania wyznacza odebranie, a w zasadzie zaofiarowanie przez wykonawcę dzieła kreującego obowiązek odbioru¹¹⁹⁴.

Doniosłość wykonania zastępczego dla ochrony realnego wykonania zamówienia ilustrują liczne doświadczenia praktyki oraz orzecznictwa. Tego typu klauzule dość często występują w praktyce, prawa i obowiązki nimi objęte stanowiły przedmiot rozstrzygnięć Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, a także Krajowej Izby

¹¹⁸⁸ P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 3, Lex; W. Wyrzykowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 3 oraz przywołane piśmiennictwo, Lex.

¹¹⁸⁹ P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 3, Lex; W. Wyrzykowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 3 oraz powołana tam literatura, Lex.; wyrok SN z 16.06.2016 r., V CSK 535/15, Lex; postanowienie SN z 26.10.2021 r., II CSK 143/21, Lex; wyrok SA w Warszawie z 11.06.2019 r., V ACa 508/18, Lex.

¹¹⁹⁰ Wyrok SN z 3.05.1963 r., I CR 250/62, OSNC 1964, nr 9, poz. 179.

¹¹⁹¹ A. Brzozowski, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 454; P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 7, Lex; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 6, Legalis.

¹¹⁹² A. Brzozowski, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 454; P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 7, Lex; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 6, Legalis.

¹¹⁹³ P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 7 oraz przywołana tam judykatura, Lex; W. Wyrzykowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 6, Lex.

¹¹⁹⁴ M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 3, Legalis; A. Brzozowski, [w:] Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. T. II. Komentarz. Art. 450-1088*, Warszawa 2021, art. 636, pkt 1, Legalis; K. Zagrobelny, E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 636, pkt 2, Legalis.

Odwoławczej¹¹⁹⁵. W jednym z nich KIO nakazała doprecyzowanie umowy poprzez wskazanie, że wykonanie zastępcze dotyczy wyłącznie niewykonanego zakresu umowy oraz opisanie procedury wezwania wykonawcy do zrealizowania zobowiązania wraz z określeniem mu odpowiedniego terminu pod rygorem skorzystania z tego środka. Wątpliwości mają charakter doktrynalny, chociaż umowne wykonanie zastępcze szeroko dopuszcza piśmiennictwo zamówień publicznych¹¹⁹⁶. Spojrzenie rygorystyczne zakłada niedopuszczalność zastrzegania w umowach klauzul o wykonaniu zastępczym, powołując się na wyjątkowy charakter przepisów w tym zakresie¹¹⁹⁷. Umacnia się stanowisko o dopuszczalności ich stosowania, przy argumentacji o dyspozytywnym charakterze art. 479 i 480 KC¹¹⁹⁸, a także treści art. 473 § 1 KC¹¹⁹⁹. Poza tym na dopuszczalność zastrzeżeń wykonania zastępczego wskazuje wprost zasada efektywności zamówień publicznych. Prawo w tym względzie zawiera trzy regulacje, które mogą stanowić podstawę rozwiązań kontraktowych. Pierwsze to przepisy o renegotjacji umowy (art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp), które potwierdzają możliwość wstąpienia osoby trzeciej w realizację zamówienia. Wariant ten cechuje się niewielką operatywnością praktyczną. W tym ujęciu następuje wprowadzenie do umowy postanowień, na mocy których strony podejmowałyby renegotjację w przedmiocie wykonania zastępczego w razie nienależytego świadczenia *in natura* przez wykonawcę. Wymóg konsensusu uzależnia funkcjonowanie formuły od woli wykonawcy. Z kolei ukształtowanie z góry klauzuli automatycznego zastosowania, aktywowanej, na przykład, oświadczeniem zamawiającego, wydaje się kwestią jedynie hipotetyczną. Nie sposób ustalić z góry przedmiotu, zakresu oraz terminów umownego wykonania zastępczego, jak również powstających w efekcie kontraktowych relacji realizacyjnych w trójkącie zamawiający – wykonawca główny – wykonawca zastępczy. Poza tym drugie rozwiązanie prawne łączy klauzulę wykonania zastępczego z opcją (art. 441 Pzp)¹²⁰⁰. Opcja ta została przybliżona w rozdziale III.4 niniejszego opracowania. Literalne brzmienie art. 441 Pzp *expressis*

¹¹⁹⁵ Por. Uchwała SN z 15.02.2002 r., III CZP 86/01 OSNC 2002, nr 11, poz. 132., wyrok SN z 27.04.2021 r. II CSKP 98/21, Legalis; P. Ratusznik, *Zastępcze (przedegzekucyjne)...*, op. cit., s. 74 i wskazane tam orzecznictwo; wyrok KIO z 1.10.2013 r., KIO 2218/13, Lex; wyrok KIO z 7.03.2022 r., KIO 414/22, Lex; w wyroku z 25.10.2022 r., KIO 2532/22, Lex.

¹¹⁹⁶ J. Loranc-Borkowska, *Wykonanie zastępcze...*, op. cit., s. 64 i nast. Legalis; R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 142, 255; tenże, *Substitute performance...*, op. cit., s. 6 i nast.

¹¹⁹⁷ Zob. J. Dąbrowa, [w:] Radwański Z. (red.), *Prawo zobowiązań...*, op. cit., s. 816; jak się zdaje podobnie: W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, op. cit., art. 480, pkt 9, Legalis; P. Ratusznik, *Zastępcze (przedegzekucyjne) wykonanie zobowiązania*, „STPP” 2021, Nr 2, s. 75.

¹¹⁹⁸ K. Mularski, *Wykonanie zastępcze – ius cogens czy ius dispositivum*, „MoP” 2006, Nr 14, s. 758 i nast. Legalis; P. Machnikowski, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy...*, op. cit., art. 480, pkt I.7, Legalis.

¹¹⁹⁹ T. Mróz, *Podstawowe funkcje wykonania zastępczego*, [w:] F. Zoll (red.), *Rozprawy z prawa...*, op. cit., Lex; podobnie jak się wydaje: M. Krzewicki, *Zastępcze wykonanie...*, op. cit., s. 1020, Legalis.

¹²⁰⁰ R. Szostak, *Substitute performance...*, op. cit., s. 6 i nast.

verbis nie zakazuje opcji polegającej na modyfikacji świadczenia wykonawcy w razie ponoszenia przezeń odpowiedzialności za niedotrzymanie umowy *in natura*, która prowadziłaby do powierzenia odpowiedniej części zamówienia innej osobie¹²⁰¹. Ustawa zakazuje jedynie ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (art. 433 pkt 4 Pzp)¹²⁰². W efekcie, za dopuszczalne uznać można postanowienie, na mocy którego zamawiającemu służyłoby uprawnienie kształtujące, modyfikujące w odpowiednim zakresie obowiązek spełnienia przez wykonawcę świadczenia *in natura*, a co za tym idzie, świadczenie wzajemne zamawiającego w związku z powierzeniem przez zamawiającego osobie trzeciej świadczenia *in natura* na koszt wykonawcy wskutek naruszenia przez tego ostatniego obowiązku realnego wykonania¹²⁰³. Możliwe jest też zastosowanie konstrukcji surogacyjnego wykonania zobowiązania *in natura* poprzez reżim odpowiedzialności kontraktowej (art. 473 KC)¹²⁰⁴. Chodzi o zastrzeżenie w umowie wykonania zastępczego jako sposobu naprawienia szkody, a także poniesionych kosztów wykonania zastępczego przy jednoczesnym określeniu przesłanek tej odpowiedzialności. Problematyka roszczeń wtórnych wykracza jednak poza ramy tego opracowania.

Egzekucyjne wykonanie zastępcze stanowi dodatkowe rozwiązanie, umożliwiające uzyskanie świadczenia surogacyjnego. Z uwagi na czas procedur sądowych jej znaczenie w zamówieniach publicznych jest obecnie niewielkie. Według art. 1049 § 1 i 1² Kpc, jeżeli w tytule egzekucyjnym nie stwierdzono, że w razie niewykonania przez dłużnika w wyznaczonym terminie czynności zastępowalnej, wierzyciel umocowany jest do wykonania tej czynności na koszt dłużnika – sąd na wniosek wierzyciela wezwie dłużnika do jej wykonania w wyznaczonym terminie, a w razie bezskutecznego upływu tego terminu – udzieli wierzycielowi umocowania do jej wykonania w określonym terminie na koszt dłużnika. Egzekucyjne wykonanie zastępcze pozostaje konstrukcją konkurencyjną względem orzeczenia obejmującego upoważnienie

¹²⁰¹ W poprzednim stanie prawnym Izba w wyroku z 10.11.2015 r., KIO 2311/15, Lex nr 1968405, wypowiedziała się przeciwko zmniejszeniu zakresu zamówienia na podstawie opcji. Z kolei w wyroku z 6.04.2021 r., KIO 683/21, Lex wyrażono tezę przeciwną.

¹²⁰² Dopuszczalna jest znacząca redukcja zakresu rzeczowego zamówienia – por. J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 441, pkt 2, Lex.

¹²⁰³ Przykładowa klauzula mogłaby stanowić, że w razie zwłoki wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia w zakresie przekraczającym pewną określoną część, zamawiający – po skierowaniu do wykonawcy wezwania do należytego wykonania zamówienia w określonym terminie – uprawniony jest powierzyć osobie trzeciej na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy wykonanie części zamówienia, co do której wykonawca pozostaje w zwłoce, przy czym łączny koszt wykonania zastępczego nie może przekraczać wynagrodzenia wykonawcy.

¹²⁰⁴ Zob. T. Mróz, *Podstawowe funkcje...*, [w:] F. Zoll (red.), *Rozprawy z prawa...*, op. cit., Lex; podobnie jak się wydaje: M. Krzewicki, *Zastępcze wykonanie...*, op. cit., s. 1020, Legalis.

do wykonania zastępczego zobowiązania „czynienia” (art. 480 KC)¹²⁰⁵. Czynność zastępowalna to taka, która bez uszczerbku dla interesów wierzyciela może zostać wykonana przez osoby inne niż dłużnik¹²⁰⁶. Rzecz jasna, nie chodzi jedynie o czynności nieskomplikowane, mogą to być akty wymagające specjalistycznej wiedzy, chyba że wiedza lub technologia dłużnika ma charakter unikalny¹²⁰⁷. Zasadniczo egzekucyjne wykonanie zastępcze obejmuje obowiązek czynienia (*facere*), nie dotycząc świadczenia rzeczy oznaczonych co do tożsamości, wydania rzeczy (*dare*)¹²⁰⁸, chociaż piśmiennictwo zauważa, że wydanie rzeczy określonej co do gatunku, którą dłużnik nie dysponuje, może odbywać się w tym trybie¹²⁰⁹. Egzekucyjne wykonanie zastępcze znajdzie zastosowanie w szczególności do wydania rzeczy oznaczonych co do gatunku, zrealizowania usług lub robót budowlanych. Piśmiennictwo ilustruje analizowane czynności wskazując na wykonanie mebli, wybudowanie domu, remont lub rozbiórkę obiektu budowlanego, wykonanie prac polowych, uprzątnięcie miejsca, przewiezienia towaru, nawożenie, obsianie pola, zwykłe prace remontowo-budowlane, naprawienie wady poprzez wymianę rzeczy gatunkowej¹²¹⁰. Otrzymanie surogatu świadczenia *in natura* realizuje się stadialnie. Pierwszy etap to wydanie przez sąd właściwy dla miejsca wykonania zamówienia postanowienia w przedmiocie wezwania wykonawcy do zrealizowania określonej czynności zastępowalnej w określonym terminie. Akcentuje to rolę wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz nadzoru nad faktyczną realizacją zamówienia (rozdz. III.2 oraz V.3 opracowania). *De lege lata*, sąd może badać, czy

¹²⁰⁵ M. Dziurda, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz do nowelizacji z 2023 roku*, Warszawa 2023, art. 1049, pkt 4, Lex; M. Łochowski, [w:] T. Szanciło (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 506–1217. Tom II*, Warszawa 2023, art. 1049, pkt I. 3, Legalis.

¹²⁰⁶ M. Dziurda, [w:] *Kodeks postępowania...*, op. cit., art. 1049, pkt 1, Lex; K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 1049, pkt 1, Legalis; I. Gil, G. Sikorski, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. System Postępowania Cywilnego. Tom 8*, Warszawa 2021, s. 1436, Legalis.

¹²⁰⁷ K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, *Kodeks postępowania...*, op. cit., art. 1049, pkt 1, Legalis; M. Łochowski, [w:] T. Szanciło (red.), *Kodeks postępowania...*, op. cit., art. 1049, pkt 1, Legalis; I. Gil, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Postępowanie zabezpieczające...*, op. cit., s. 1436, Legalis; odmiennie, wyłączając czynności wymagające specjalistycznej wiedzy lub twórcze M. Dziurda, [w:] *Kodeks postępowania...*, op. cit., art. 1049, pkt 2, Lex. Przybliżana konstrukcja prawna może być niestosowna do czynności objętych zamówieniem z wolnej ręki opartym na możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę, chyba że w okresie między udzieleniem zamówienia a realizacją egzekucyjnego wykonania zastępczego przesłanka ta uległaby zmianie, zwłaszcza wskutek postępu technicznego (art. 214 ust. 1 pkt 1, 2, 3 Pzp).

¹²⁰⁸ K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, *Kodeks postępowania...*, op. cit., art. 1049, pkt 3, Legalis; P. Gil, [w:] E. Marszałkowska-Krzes, I. Gil (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 1049, pkt A.1, Legalis.

¹²⁰⁹ M. Łochowski, [w:] T. Szanciło (red.), *Kodeks postępowania...*, op. cit., art. 1049, pkt 2 oraz przywołane tam wypowiedzi piśmiennictwa, Legalis. W świetle stanowiska autora, jeżeli dłużnik nie dysponuje odpowiednią liczbą rzeczy podlegających wydaniu, postępowanie egzekucyjne podlegałoby umorzeniu w całości lub części z uwagi na brak możliwości wykonania tytułu (bezskuteczność sensu largo).

¹²¹⁰ M. Łochowski, [w:] T. Szanciło (red.), *Kodeks postępowania...*, op. cit., art. 1049, pkt 1, Legalis; R. Szostak, *Substitute performance...*, op. cit., s. 9; I. Gil, G. Sikorski, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Postępowanie zabezpieczające...*, op. cit., s. 1436, Legalis; M. Łochowski, [w:] T. Szanciło (red.), *Kodeks postępowania...*, op. cit., art. 1049, pkt 2, Legalis.

wykonawca dopełnił czynności nakazane tytułem wykonawczym, stosując odpowiednio przepisy o postępowaniu nieprocesowym (art. 1049§1¹ Kpc). Termin określony przez sąd na wykonanie świadczenia *in natura* powinien być terminem realnym, umożliwiającym realizację. To termin sądowy, toteż może być przedłużany, a także przywracany. Jego bezskuteczny upływ otwiera kolejną fazę postępowania: udzielenie umocowania przez sąd. Sąd, udzielając zamawiającemu umocowania do wykonania czynności na koszt wykonawcy, nie wskazuje jednak wykonawcy zastępczego. Postanowienie w tym przedmiocie obejmuje umocowanie do wykonania czynności na koszt wykonawcy oraz określenie zamawiającemu terminu na dopełnienie tej czynności. Termin ten może być przedłużany (art. 1049§1² Kpc), lecz i tak występują istotne trudności praktyczne, bo zamawiający uwzględnić musi czas przeprowadzenia postępowania oraz okres wykonywania zamówienia zastępczego. Wykonawca może spełnić świadczenie *in natura* do chwili rozpoczęcia wykonania czynności przez zamawiającego. Wypełnienie zobowiązania nie zwalnia go jednak z obowiązku zwrotu kosztów zamawiającemu, jeśli doszło do tego po podjęciu działań przez tego ostatniego (art. 1049§1³ Kpc). Za rozpoczęcie przez zamawiającego czynności uznać można czynności etapu przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. *De lege lata* nie istnieje już możliwość przyznania przez sąd z góry sumy potrzebnej do dokonania czynności. Co więcej, na wniosek każdej ze stron, sąd po przeprowadzeniu rozprawy oznaczy maksymalną wysokość kosztów, za które wykonawca odpowiada (art. 1049⁴). Dopiero po wykonaniu czynności wierzyciel może wystąpić do sądu o przyznanie mu od dłużnika zwrotu udokumentowanych i celowych kosztów, przy czym ich suma nie może przekraczać maksymalnej wysokości kosztów oznaczonej przez sąd w razie zastosowania art. 1049§1⁴ KPC. Postanowienie sądu w tym przedmiocie jest wykonalne bez nadawania mu klauzuli wykonalności. Jeśli zamawiający w terminie 6 miesięcy od upływu terminu określonego przez sąd na dokonanie czynności nie złożył wniosku w sprawie przyznania kosztów, sąd umarza postępowanie, co nie wyklucza jednak dochodzenia przez zamawiającego od wykonawcy kosztów na zasadach ogólnych (art. 1049§1⁷ KPC).

4. Zaspokojenie roszczenia zamawiającego z przedmiotu zabezpieczenia

Ponieważ zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia ma charakter finansowy to istnieją trudności w pokryciu nim świadczeń niepieniężnych, zwłaszcza korygujących nieprawidłowe zobowiązanie wykonawcy. Zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia dyscyplinuje wykonanie *in natura* bez potrzeby uciekania się do drogi sądowej. Zaspokojenie roszczeń zamawiającego zależy od zastosowania kilku środków prawnych. Samo ustanowienie zabezpieczenia pozostaje w sprzężeniu z umowną podstawą o zamówienie publiczne (rozdz. III. 5 opracowania). Interesujący jest sposób dochodzenia przysługujących zamawiającemu roszczeń z uwzględnieniem charakteru przedmiotu zabezpieczenia. Pełne przedstawienie sposobów uzyskiwania z nich zaspokojenia przekracza zakres niniejszego opracowania. Wskazać jednak trzeba, że ustawa nie określa sposobów zaspokojenia roszczeń pieniężnych zamawiającego. Finansowy charakter zabezpieczenia ogranicza przy tym potencjalne sposoby egzekucji roszczeń. Z perspektywy realnego wykonania doniosłe jest wykonanie zastępcze, w tym o charakterze kontraktowym (rozdz. VI.3 opracowania), którego koszty obowiązany jest pokryć wykonawca. Alternatywę stanowić może odwołanie się do cenników sporządzanych przez osoby trzecie. Zasadniczo do zabezpieczenia dochodzi poprzez potrącenie wymagalnych roszczeń pieniężnych zamawiającego z sumą pieniężną zabezpieczenia (kary, odszkodowania, zwrot zaliczki, koszty wykonania zastępczego)¹²¹¹. W praktyce nie można również wykluczyć zaliczenia przez zamawiającego otrzymanej sumy pieniężnej na poczet zobowiązań wykonawcy. Najpierw jednak przedmiot zabezpieczenia powinien być przekształcony w sumę pieniężną co odpada jedynie przy kaucji gwarancyjnej. Natomiast w przypadku zabezpieczenia zastawniczego z zasady konieczne jest spieniężenie przedmiotu zabezpieczenia, a gwarancji (bankowych/ubezpieczeniowych) oraz poręczeń – wezwanie gwaranta lub poręczyciela do zapłaty odpowiedniej sumy. Naturalnym sposobem zaspokojenia weksla z poręczeniem banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej jest skierowanie żądania zapłaty do awalisty (por. art. 47 pr.weksl.). Otrzymanie przez zamawiającego sumy pieniężnej pozwala zaspokoić jego roszczenia pieniężne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Z art. 453 Pzp wynika uprawnienie wykonawcy do żądania zwrotu (uwolnienia)

¹²¹¹ Por. R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 140 i nast.

ustanowionego zabezpieczenia, toteż zaspokojenie z przedmiotu zabezpieczenia prowadzi do wygaśnięcia w całości lub odpowiedniej części tego roszczenia.

Niezbędne jest zatem istnienie roszczeń w stosunku zamówienia publicznego w odpowiedniej postaci. Poza tym konieczne jest właściwe zrealizowanie przez zamawiającego w stosunku zabezpieczenia praw prowadzących do umorzenia roszczeń ze stosunku zamówienia publicznego. Szeroki zakres relacji zabezpieczenia *in concreto* stwarza możliwość skorelowania z nim wielu roszczeń z umowy o zamówienie publiczne, zwłaszcza kar umownych, kosztów wykonania zastępczego, ale – pod pewnymi warunkami – restytucji naturalnej¹²¹². Nie podlegają natomiast zaspokojeniu wierzytelności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, tym świadczenie nienależne (art. 410 KC). Roszczenia zamawiającego z tytułu naruszenia wykonania *in natura* muszą mieć postać pieniężną. Forma zaspokojenia „upieniężnionego” roszczenia z umowy głównej uzależniona jest od treści stosunku zabezpieczenia *in concreto*. Co do zasady konieczne jest postawienie wierzytelności o zapłatę w stan wymagalności. Bezpośrednie umorzenie następuje wskutek potrącenia dokonywanego przez zamawiającego z kaucji gwarancyjnej¹²¹³. Pośrednie (potrącenie/zaliczenie na poczet długu wykonawcy) pojawia się przy pozostałych formach zabezpieczenia. Efekt stymulacyjno-prewencyjny osiągany jest poprzez nieuchronność zapłaty w stosunku zabezpieczającym *in concreto*. Występuje, gdy zamawiający skorzysta prawidłowo z kompetencji do ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia o adekwatnej wysokości i treści, a następnie wyegzekwuje rzeczzone zabezpieczenie. Liczy się także sformułowanie postanowień umowy finalnej, które umożliwiają powstanie wtórnych roszczeń pieniężnych. Nie bez znaczenia jest sprawowanie nadzoru nad faktyczną realizacją zamówienia, żeby terminowo identyfikować naruszenia, przeciwdziałać przyczynianiu się do powstania szkody, a także dobrać odpowiednio sankcje. Doniosłe jest terminowe postawienie wierzytelności pieniężnych zamawiającego w stan wymagalności. Duże znaczenie praktyczne ma realizacja zabezpieczenia w razie naruszenia obowiązków w zakresie rękojmi jakości, szczególnie jeśli zamawiający przewidział umowną klauzulę wykonania zastępczego na koszt wykonawcy. Obowiązek zaspokajania się z przedmiotu zabezpieczenia objęty jest publicznoprawnym obowiązkiem dochodzenia roszczeń.

¹²¹² Ibidem; podobnie H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, op. cit., pkt 1.

¹²¹³ Tak R. Szostak, *Umowy o...*, op. cit., s. 133; U. Walasek – Walczak, *Realizacja uprawnień wynikających z rękojmi za wady fizyczne dzieła budowlanego z przedmiotu zabezpieczenia rzeczowego*, „PZP. Kwartalnik” 2010, Nr 4, str. 14 i nast.

5. Publicznoprawny obowiązek ewaluacji realnego wykonania zamówienia

Wymagania rzutujące pozytywnie na zasadę realnego wykonania zamówienia nie kończą się wraz z prawidłową realizacją umowy. Występują powinności o charakterze publicznoprawnym, powykonawczym, leżącym poza polem spełnienia świadczenia, które wprowadzone zostały przez wzgląd na tę zasadę. Ich korelatem nie są cywilnoprawne uprawnienia wykonawcy. Polskie prawo zamówień publicznych przewiduje w tym względzie dwa rozwiązania prawne. Pierwsze skupia w sobie ogłoszenie o wykonaniu zamówienia (art. 448 Pzp). Drugie jest istotniejsze i polega na konieczności sporządzenia raportu z realizacji zamówienia. Przygotowuje się go w razie kwalifikowanych nieprawidłowości wykonawczych (art. 446 Pzp). Ich wspólną cechą stanowi przeprowadzenie przez zamawiającego zobiektywizowanej ewaluacji wykonywania i wykonania umowy. Wymogi te powodują konieczność zdystansowanego odniesienia się do kryteriów wynikających z art. 354 KC, jak również poniesienia określonych ryzyk kontraktowych (zwłaszcza art. 357¹ KC). Zagadnienia związane z ewaluacją realnego wykonania zamówienia, z uwagi na publicznoprawny charakter nie wymagają szczegółowej analizy, w związku z czym omówione zostaną kwestie zasadnicze.

Ogłoszenie o wykonaniu zamówienia ma charakter głównie informacyjny. Zamawiający obowiązany jest opublikować niezależnie od tego czy wykonanie było należyte czy nienależyte w terminie 30 dni od daty zrealizowania (art. 448 ust. 1 Pzp). Kwestia daty, od której liczyć należy bieg terminu do publikacji stanowi przedmiot rozbieżności w piśmiennictwie. Według pierwszego zapatrywania liczy się go od daty spełnienia świadczenia głównego, a co za tym idzie przed upływem okresu z tytułu rękojmi¹²¹⁴. Inne stanowisko wiąże ten moment ze spełnieniem świadczeń przez obie strony¹²¹⁵, przy czym na trafność stanowiska drugiego wskazuje treść załącznika nr 7 do rozporządzenia MRPiT z 23.12.2020 w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w biuletynie

¹²¹⁴ Zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień ...*, op. cit., art. 448, pkt 1; W. Dzierżanowski, *Dokumentowanie sposobu wykonania umowy*, „DNPzp” 2021, Nr 6, str. 3 i nast., którzy wskazują na zastosowanie w tym względzie art. 446 ust. 4 Pzp; tak również <https://www.gov.pl/web/uzp/pzp---pytania-i-odpowiedzi---ogloszenie-o-wykonaniu-umowy>, [data dostępu: 15.12.2024].

¹²¹⁵ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 448, pkt 5, Legalis.

zamówień publicznych¹²¹⁶. Poza tym, spełnienie świadczenia przez zamawiającego stwarza co do zasady domniemanie faktyczne, że faktycznie doszło do wypełnienia umowy. Jeżeli jednak do świadczenia *in natura* nie dochodzi, w szczególności wskutek odstąpienia lub wypowiedzenia umowy, ogłoszenie powinno ukazać się w terminie 30 dni od daty wygaśnięcia zobowiązania. W związku z czym termin publikacji ogłoszenia uzależniony jest od okoliczności indywidualnego przypadku. Stosownie do pkt 5 wspomnianego załącznika nr 7, w ogłoszeniu zamawiający jest zobligowany publicznie przedstawić kilka znaczących elementów realizacyjnych. Po pierwsze, informację czy umowa została wykonana, a także czy wykonana została należycie. Każdorazowo zamawiający jest obowiązany skonfrontować w sposób obiektywny zaistniałą realizację z wymaganiami wykonania prawidłowego (art. 354 §1 KC). Z perspektywy wymogu realnego wykonania doniosły jest obowiązek podania czy dochowano pierwotnego terminu wykonania, a także zostały zawarte zmiany i uzupełnienia umowy. Nie bez znaczenia jest przedstawienie, czy zamawiający kontrolował dotrzymanie przez wykonawcę obowiązków ubocznych z art. 95 Pzp i 96 Pzp, co stanowi niekonsekwencję ustawodawcy, bo nie wymaga się informacji o kontrolowaniu wykonania świadczenia głównego. Wymagana jest perspektywa zobiektywizowana i wyważona. Niedochowanie tych ostatnich wymogów naraża zamawiającego na odpowiedzialność za naruszenie dóbr osobistych wykonawcy¹²¹⁷. Ewaluacja pozwala zamawiającemu wyciągnąć wnioski w zakresie programowania kolejnych zamówień, a wykonawcy mogą uzyskać wiedzę o potencjale zamawiającego do współdziałania, o którym mowa w art. 431 Pzp. Powtarzające się zmiany terminów, liczne zmiany umowy, stwierdzenia o nienależytym wykonaniu, zwiększanie wynagrodzenia wykonawcy pozwalają do pewnego stopnia wnioskować o postawie realizacyjnej danego zamawiającego w zakresie współdziałania w celu należytej realizacji (art. 431 Pzp). Wykonawca może także powziąć wiadomość o podstawach do unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ KC.

Raport z realizacji zamówienia ma charakter prewencyjny, pełni także funkcję ewaluacyjno-korekcyjną. Instrument ten służy poprawie zarządzania realizacją zamówień publicznych¹²¹⁸. Z punktu widzenia zasady realnego wykonania zamówienia liczy się wymóg ustalenia przyczyny zaistnienia przesłanek sporządzenia raportu. Rzecz

¹²¹⁶ Dz. U. 2020, poz. 2439.

¹²¹⁷ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień* ..., op. cit., art. 448, pkt 4, Legalis.

¹²¹⁸ Druk Sejmowy 3624, s. 86; zob. również H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień*..., op. cit., art. 446, pkt 1; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień*..., op. cit., art. 446, pkt 1, Legalis.

jasna przyczyny powinny zostać podane i uzasadnione (rozwinęte) w raporcie. Ponadto musi nastąpić ewaluacja jakości oraz sposobu wykonania *in natura*, jak również wnioski na przyszłość. Funkcja prewencyjna nabiera szczególnie doniosłego charakteru. Zamawiający może bowiem korygować praktykę przygotowywania i udzielania zamówień, jak również eliminować niedociągnięcia wykonawcze¹²¹⁹.

Przepis art. 446 Pzp nakazuje sporządzić go w czterech przypadkach. Obowiązek ten ma jednak charakter administracyjny, uchybienia w tym zakresie podlegają zatem sankcjom administracyjnym. Pierwszą przesłankę stanowi wydatkowanie na wykonanie umowy kwoty wyższej co najmniej o 10% od ceny ofertowej, obejmującej wynagrodzenie, odsetki, waloryzację, sumy wynikające ze skorzystania z prawa opcji czy też zwiększenie wynagrodzenia w efekcie zmian umowy. Drugi przypadek obligatoryjny występuje, gdy na wykonawcę zostały nałożone kary umowne w wysokości co najmniej 10% wartości ceny ofertowej. Nie muszą one być zaspokojone, wystarczające jest postawienie ich w stan wymagalności¹²²⁰. Trzecia sytuacja łączy się z wystąpieniem następujących opóźnień realizacyjnych: a) 30 dniowych dla dostaw i usług o wartości nieprzekraczającej w złotych 10 milionów euro dla dostaw i usług oraz 20 milionów euro w przypadku robót budowlanych oraz b) 90 dniowych – w odniesieniu do zamówień powyżej przywołanych wartości. Biorąc pod uwagę literalne brzmienie przepisu zwłoka nie jest wymagana. Wreszcie czwarta przesłanka obowiązku sporządzenia raportu to odstąpienie lub wypowiedzenie przez którąkolwiek ze stron umowy w całości albo w części bez względu na przyczynę. *Ratio legis* unormowania uzasadnia sporządzenie raportu z realizacji w razie rozwiązania umowy przez sąd lub za porozumieniem stron¹²²¹. W innych przypadkach, sporządzenie raportu pozostaje fakultatywne (art. 446 ust. 2 Pzp).

Na tle problematyki związanej z realnym wykonaniem zamówienia unormowanie dotyczące raportu z realizacji ujawniają się – niestety – co najmniej trzy mankamenty. Przede wszystkim, nie nakazuje się w nich odnosić do ustaleń analizy potrzeb i wymagań, zwłaszcza w kwestii zmaterializowania się ryzyk związanych z realizacją zamówienia z art. 83 ust. 3 pkt 5 Pzp. Racjonalnym byłoby objąć czynnościami analitycznymi nie tylko etap wykonywania zamówienia, lecz także czynności etapu przygotowywania

¹²¹⁹ Zob. J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 446, pkt 1, Lex; E. Wiktorowska, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień...*, op. cit. art. 446, pkt 5, Lex; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 446, pkt 1; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 446, pkt 1, Legalis.

¹²²⁰ P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 446, pkt 4, Legalis.

¹²²¹ Ibidem, pkt 7.

postępowania, w szczególności wspomnianą analizę potrzeb i wymagań, a także realność terminu realizacji, który postawił zamawiający. Po drugie, wnioski płynące z raportu nie muszą być uwzględniane w analizach potrzeb i wymagań, które sporządzane są po dacie wykonania raportu podsumowującego. Rozwiązanie to nie sprzyja tworzeniu tzw. pamięci instytucjonalnej po stronie zamawiającego. Po trzecie, raport przyjmuje optykę jednostronną, niezależnie od obowiązku dokonania zobiektywizowanej oceny¹²²². Mankament ten szczególnie ujawnia się w sytuacji sporu z wykonawcą. Założenie, zgodnie z którym wierzyciel przygotowuje w sposób obiektywny informację, która może podważać jego roszczenia jest idealistyczne. Uzasadnione byłoby stworzenie możliwości zgłoszenia sformalizowanych zastrzeżeń co do treści raportu przez wykonawcę, żeby uwzględnić w analizie perspektywę dłużniczą. Dostarczyłoby to pełniejszych danych w zakresie dopełnienia przez strony istotnych obowiązków, np. współdziałania, co w szerszym stopniu sprzyjałoby realnemu wykonywaniu zamówień w przyszłości.

¹²²² Podobnie: W. Dzierżanowski, *Dokumentowanie sposobu wykonania umowy*, „DNPzp” 2021, Nr 6, str. 3 i nast.; P. Drapała, [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., art. 446, pkt 1, Legalis.

Zakończenie

Przedstawione rozważania, przede wszystkim z zakresu prezentacji aktualnego stanu wiedzy oraz wyników badań i obserwacji, potwierdzają przyjęte na wstępie tezy badawcze, w szczególności w odniesieniu do zaostorzonych uwarunkowań i wykładni zasady realnego wykonania zamówienia. Funkcjonujący w różnym ujęciu od zarania dziejów wymóg realnego wykonywania świadczeń majątkowych zamawianych na zaspokojenie potrzeb zbiorowych odgrywa dużą rolę praktyczną z punktu widzenia sprawnego funkcjonowania państwa i samorządu. Rzutuje bowiem wprost na skuteczność licznych i coraz bardziej złożonych zadań publicznych.

Zasada realnego wykonania zamówienia to reguła o bezpośrednim znaczeniu teoretycznym i praktycznym, doniosła z punktu widzenia zaspokojenia interesu zamawiającego-wierzyciela oraz prawidłowego funkcjonowania zamówień publicznych w gospodarce. Zasadniczą rolę w jej ewolucji w ramach zamówień publicznych odegrała konstrukcja umowy konsensualnej, umożliwiająca odłożone w czasie spełnienie świadczenia. Reguła *pacta sunt servanda*, uzupełniła jedynie obowiązek dotrzymania umowy, który już w prawie rzymskim pełnił ważną rolę w perspektywie materialnoprawnej oraz jako środek ochrony prawnej. Znaczenie realnego wykonywania zamówień publicznych wzrastało w warunkach gospodarki towarowo-pieniężnej, wymagało sprawnego aparatu skarbowego i administracyjnego, ściągłości podatków i innych danin publicznych. Niezbędne było sprawne funkcjonowanie zobowiązań. Na kontynencie europejskim zamawianie świadczeń niepieniężnych na zaspokajanie potrzeb zbiorowych odbywało się przeważnie w reżimie cywilnoprawnym. Ich rozwój, poczynszy od połowy średniowiecza, stymulował wzrost znaczenia problematyki realnego wykonywania zobowiązań majątkowych w interesie publicznym, a jej cywilnoprawny (obligacyjny) wymiar nie był kwestionowany. Z założenia, od początku zamówienia stanowić miały podstawowy instrument sprawnego działania administracji państwowej (królewskiej), a następnie samorządu. Choć na ziemiach polskich warunki do ich rozwoju pojawiły się stosunkowo późno, wraz z upadkiem znaczenia danin naturalnych oraz schyłkiem rozbicia dzielnicowego. Wyraźny wzrost rynkowych zamówień publicznych nastąpił dopiero w związku z organizacją efektywnej skarbowości zjednoczonego Królestwa. Rychło jednak dały o sobie znać rozmaite zagrożenia związane z zarządzaniem coraz większym obszarem Rzeczypospolitej. Spadła

efektywność zamówień skarbowych, wzrosła korupcja, osłabieniu uległy instrumenty efektywnego wydatkowania pieniędzy skarbowych. Szczególnie dotkliwy był upadek zamówień zorientowanych na zaspokajanie potrzeb wojskowych. Regres zamówień nastąpił nie tylko wskutek wadliwego ustroju i polityki ościennych mocarstw, lecz pośród najważniejszych przyczyn utraty niepodległości wymienia się niedorozwój spraw skarbowych. W okresie rozbiorów zamówienia podlegały regulacjom państw zaborczych. Wyróżnić trzeba okres obowiązywania regulacji wzorowanych na francuskich rozwiązaniach prawnych, które formalnie obowiązywały do końca Królestwa Polskiego. Żywioł polski jednak w różnym stopniu miał prawo uczestniczyć w ubieganiu się o zamówienia, a także prowadzić ich obsługę. Odzyskanie niepodległości prowadziło do wprowadzenia Kodeksu zobowiązań oraz rozporządzeń szczególnych w zakresie zamówień publicznych, które wyostrzały wymóg realnego wykonania zamówienia. Były to nowoczesne rozwiązania prawne. Z kolei okres PRL to z jednej strony upadek rynkowych zamówień publicznych, a z drugiej ukształtowanie w doktrynie i orzecznictwie zasady realnego wykonania zobowiązania. Okres przemian lat 90-ych to wprowadzenie regulacji szczególnej w zakresie zamówień publicznych, ale także oparcie jej o umowę cywilnoprawną, w zakresie której zasada realnego wykonania zobowiązania utrzymała znaczenie, choć bywa ono stawiane pod znakiem zapytania.

Europejskie akty prawa modelowego uznają obowiązek dotrzymania umowy za powinność podstawową, o doniosłym znaczeniu dla bezpieczeństwa obrotu prawnego, dopuszczając nawet przymuszenie wierzyciela do przyjęcia spełnionego prawidłowo świadczenia niepieniężnego. Zasadnicze znaczenie mają jednak przepisy prawa krajowego, właściwego dla kontraktu zawartego w wyniku udzielonego zamówienia, które są zbliżone w układzie międzypaństwowym. Drobne różnice, niekiedy tylko werbalne dotyczą jedynie samych kryteriów oceny realnego wykonania, zwłaszcza w zakresie powinności dłużnych dotyczących zobowiązania niepieniężnego.

Zasada realnego wykonania zamówienia publicznego przy zamawianiu dostaw, usług oraz robót na cele publiczne ma wprowadzić taki sam zasięg i znaczenie ustawowe, jak w obrocie powszechnym, jednak funkcjonuje nieco inaczej, w specyficznych warunkach, charakteryzujących się licznymi zabezpieczeniami kryteriów normatywnych podyktowanych wprost publicznym przeznaczeniem zamawianych świadczeń, w tym ograniczeniem swobody kontraktowej stron. Zasada realnego wykonania zamówienia nie została wprost wyrażona w ustawie, lecz jej istnienie ustalić można pośrednio, poprzez

regulacje stanowiące jej wyraz lub nią motywowane. Chodzi przede wszystkim o zasadę efektywności zamówień, ustawowy wymóg zdolności do należytego wykonania zamówienia pod dłużniczej stronie zamówienia publicznego, wydatnie obostrzony obowiązek współdziałania zamawiającego z wykonawcą w celu należytego wykonania zamówienia. Wymóg realnego wykonania zamówienia stanowi formułę umocnioną, niewzruszaną zmianami okoliczności, wyższymi kosztami, zwiększonymi trudnościami po stronie wykonawcy lub ziszczeniem się obciążającego go ryzyka kontraktowego. To ostatnie stanowi doniosły element wykonania zamówienia *in natura*. W centralnym punkcie tego wymogu znajduje się zaspokojenie funkcjonalnych (użytkowych) elementów interesu zamawiającego-wierzyciela, które leżą u podstaw udzielania zamówienia publicznego. Krytycznie ocenić należy pominięcie przez ustawodawcę obowiązków zamawiającego w zakresie: nadzoru nad spełnieniem świadczenia głównego, sprawdzenia zaofiarowanego świadczenia pod kątem zgodności z treścią zobowiązania, obowiązku rzetelnego odbioru przez zamawiającego świadczenia należytego, zastrzeżenia kary umownej z tytułu naruszenia głównego roszczenia pierwotnego.

W szczególności liczy się zapewnienie zadowalającej efektywności zamówień, które obok tradycyjnych swoich funkcji powinny także pełnić rolę instrumentu wspierającego podnoszenie jakości życia społeczno-gospodarczego, rozwój oraz innowacyjność w gospodarce. Dlatego z punktu widzenia sprawnego funkcjonowania analizowanej zasady kluczowe znaczenie mają: rzetelna weryfikacja wiarygodności wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne, racjonalne operowanie kryteriami oceny ofert, zwalczanie praktyk ograniczających lub choćby zakłócających konkurencję wraz z ochroną przejrzystości procedur udzielania zamówień, troska o optymalizację postanowień umów finalnych każdorazowo zorientowanych na zdyscyplinowane wykonanie zamówień *in natura*, poszanowanie interesów wykonawców. Doniosłe jest ustalenie szczególnych cech jakościowych przedmiotu zamówienia, jego przeznaczenia specjalnego lub ogólnego. Luki lub pominięcia w tym zakresie skazują zamawiającego na jakość średnią. Z cywilnoprawną zasadą sprzężone są doniosłe obowiązki publicznoprawne, które aktualizują się przed udzieleniem zamówienia (analiza potrzeb i wymagań), w toku realizacji (przymus dochodzenia roszczeń), a także po wykonaniu zamówienia *in natura* (raport z realizacji zamówień).

Ochrona trwałości zobowiązania wynikającego z umowy o zamówienie publiczne

ma fundamentalne znaczenie dla generalnego wymogu realizacji *in natura* powinności dłużnych. Nie chodzi tu bynajmniej tylko o zwalczanie praktyk prowadzących do obejścia wyniku przetargu, lecz przede wszystkim o wymiar prewencyjny koniecznych ograniczeń ustawowych. Nie tak dawne wdrożenie dyspozycji przewidzianych w dyrektywach europejskich, pod wpływem długoletnich doświadczeń na rynkach zaawansowanych rozwojowo, zapewnia – jak się zdaje – optymalny model ingerencji w swobodę kontraktową stron. Ograniczony zakaz wprowadzania zmian i uzupełnień do umowy o zamówienie publiczne, a także wykluczenie możliwości jej przedwczesnego rozwiązania za porozumieniem stron lub w drodze odstąpienia z błahych powodów stanowią swoiste gwarancje zasady realnego wykonania zamówienia publicznego zarówno z punktu widzenia uczciwej konkurencji, jak i zapewnienia ciągłego zaspokajania potrzeb zbiorowych.

Rozwiązania normatywne stymulujące prawidłowe funkcjonowanie zasady realnego wykonania zamówienia, zwłaszcza w odniesieniu do obowiązku dochodzenia przez zamawiającego roszczeń, zaostrzenia odpowiedzialności za wady przedmiotu zamówienia oraz dalszej racjonalizacji operowania karami umownymi były wprowadzone dość niedawno nowelizowane, lecz praktyczne wdrożenie nowych unormowań wymaga jeszcze czasu. Pułap ochrony interesów zamawiającego – wierzyciela nie jest jeszcze optymalny, skoro dopiero począwszy od 2021 r. wprowadzono przepisy sprzyjające racjonalnemu zastrzeganiu i egzekwowaniu kar umownych, przywracając jednocześnie, znane z dawnych realiów społeczno-gospodarczych, obligatoryjne kary umowne. W praktyce nadal występują trudności w odpowiednim przygotowaniu odpowiedzialności za prawidłową jakość świadczenia w szczególności przez gwarancję jakości, która uzupełniałaby rękojmię ustawową, również dość niedawno znowelizowaną. Konieczne wydają się usprawnienia organizacyjne, nie tylko w sferze nadzoru nad realizacją zamówień, lecz także w zakresie dalszej profesjonalizacji kadr obsługujących zamówienia publiczne.

Doniosłą rolę praktyczną odgrywa popularyzacja wiedzy i doświadczeń co do egzekwowania zasady realnego wykonania zamówienia, zwłaszcza w aspekcie dobrych praktyk urzędniczych. W przedmiocie promowania niezbędnych usprawnień osiągnięto już wiele, szczególnie dzięki działaniom UZP, pozostaje troska o podniesienie przejrzystości regulacji dotyczącej nadzoru nad realizacją zamówienia oraz jej spójności wewnętrznej, sygnalizowanej zresztą w piśmiennictwie.

BIBLIOGRAFIA

WYKAZ LITERATURY

Adamowicz E., Sadowy J. (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk–Warszawa 2012.

Adamus R., *Istotna zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego poza regulacją art. 144 PZP*, „PZP. Kwartalnik”, 2012, Nr 2.

Adamus R., *Kara umowna o zamówienie publiczne*, „PZP. Kwartalnik”, 2015, Nr 3.

Andała-Sępkowska J., Bereszko W., *Prawo zamówień publicznych 2021. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2021.

Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Thomson Reuters (Professional) UK Limited 2014.

Bachmann G. [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, 2016.

Balwicka-Szczyrba M., Sylwestrzak A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2022.

Banasik P., *Kryteria oceny ofert*, Wrocław 2011.

Banaszczyk Z., Granecki P., *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, Nr 7–8.

Banaszczyk Z., *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa 2015.

Baszkiewicz J., *Powszechna historia ustrojów państwowych*, Gdańsk 1998.

Bączyk M., *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a wysokość kary umownej*, [w:] *Ars et Usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego*, Warszawa 2005.

Bączyk M., *Wadialna gwarancja ubezpieczeniowa na zlecenie jednego z konsorcjantów. Glosa do wyroku SN z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17*, „Glosa” 2019, Nr 4.

Beale H. i in., *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Monachium 2009.

Bělohávek A.J., *Rozporządzenie Rzym I. Konwencja rzymska. Tom 2. Komentarz*, Warszawa 2010

Beldowski J., *Europejskie prawo umów*, „KPP” 2004, z. 3.

Beldowski J., Koziół A., *Europejskie prawo umów*, „KPP” 2006, Nr 3.

Beldowski J., Zachariasiewicz M., *Nowy etap harmonizacji prawa umów w UE, cz. I.*, „EPS” 2012, Nr 6.

Beldowski J., *Pojęcie istotnego naruszenia umowy. Praktyczne uwagi prawno-porównawcze i ekonomiczne*, Warszawa 2022.

Bielarczyk P., Gonet W., Wójtowicz-Dawid A. (red.), *Zamówienia publiczne*, Warszawa 2021.

Bieluk J., Zadykowicz-Sokół K., *Umowa o roboty budowlane w Kodeksie cywilnym i Prawie zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism*, Warszawa 2024.

Bilewska K., Krekora-Zajac D. (red.), *Wykonanie zobowiązań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Adamowi Brzozowskiemu*, Warszawa 2021.

Boć J., Dziewięcka-Bokun J. (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008.

Bogdanowicz P., *Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w świetle tzw. dyrektywy klasycznej – glosa do wyroku TS z 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11*

Forposta S.A., ABC Direct Contact Sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A., Europejski Przegląd Sądowy” 2013, Nr 7.

Bogdanowicz P., *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019.

Bogdanowicz P., Jerzykowski J., *Rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia za porozumieniem stron – uwagi na tle uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 15.07.2020 r., KIO/KD 39/20*, „EPS” 2021, Nr 7.

Borowicz A., *Aspekty ekonomiczne i rynkowe nowego Prawa zamówień publicznych*, „ZP Doradca” 2021, Nr 1.

Borysiak W., *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a kara umowna*, „PPH” 2008, Nr 8.

Borysiak W., *Reguły staranności a odpowiedzialność deliktowa – polemika*, „Palestra” 2023, Nr 3.

Borysiak W. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2024.

Brykczyński P., *Kazimierza Twardowskiego koncepcja wytworów czynności*, „FN” 2005, Nr 2.

Brzozowski A., *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Klauzula rebus sic stantibus*, Warszawa 2014.

Brzozowski A., *O potrzebie nowej regulacji wpływu zmiany okoliczności na zobowiązania*, „PiP” 2020, Nr 8.

Brzozowski A., *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania (klauzula rebus sic stantibus; waloryzacja świadczeń pieniężnych)*, „STPP” 2008, Nr 1.

Brzozowski A., *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w dobie pandemii – o konieczności zastosowania nadzwyczajnych środków*, „STPP” 2020, Nr 2.

Busch D., Hondius E.H., Van Kooten H., Schelhaas H.N. & Schrama W. (red.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, Nijmegen/The Hague-London-New York: Ars Aequi Libri/Kluwer Law International 2002.

Caranta R., Sanchez-Graells A. (red.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing 2021.

Celiński D., *Konstrukcja datio in solutum w praktyce notarialnej*, „Rejent” 2006, nr 4.

Chłopecki A., *Opcje i transakcje terminowe. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2001.

Ciszewski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014.

Ciszewski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023.

Czachórski W., *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968.

Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1983.

Czarnecki M., Bagińska L., *Prawo wekslowe. Komentarz*, Warszawa 2018.

Czerwiński M., *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2020.

Czerwiński M., *Odstąpienie od umowy o roboty budowlane zawartej w trybie zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 4.

Czerwiński M., *Obniżenie wynagrodzenia wykonawcy ze względu na wady przedmiotu zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2024, Nr 1.

Czeżowski T., *Filozofia na rozdrożu*, Toruń 2009.

Ćwik D., Sobejko W., Kisiel E., *Niekaralność jako podstawa wykluczenia z postępowania*, „DNPZP” 2023, Nr 10.

- Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Brier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018.
- Dąbrowa J., *Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 1968.
- Dąbrowa J., *Glosa do wyroku SN z dnia 27 stycznia 1972 r.*, I CR 458/71, „PiP” 1973, Nr 3.
- De Koninck C., Ronse T., Timmermans W., *European Public Procurement Law. The Public Sector Procurement Directive 2014/24/EU Explained through 30 Years of Case Law by the Court of the European Union.*, 2015 Kluwer Law International BV, The Netherlands.
- Dębski R. (red.), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System Prawa Karnego. Tom 3*, Warszawa 2017.
- Długosz T., *Kompetencja w publicznym prawie gospodarczym*, Warszawa 2021.
- Doliwa A., *Funkcje zasad współżycia społecznego w prawie cywilnym*, Warszawa 2021.
- Dondorp H., *Specific Performance: A Historical Perspective*, [w:] *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia Antwerp-Oxford-Portland, 2008.
- Drapała P., *Glosa do wyroku SN z 8 lipca 2004 r. (IV CK 522/03)*, „OSP” 2005, Nr 7-8.
- Drapała P., *Kumulacja kar umownych. Glosa do uchwały SN z dnia 18 lipca 2012 r.*, III CZP 39/12, „PiP” 2013, Nr 10.
- Drapała P., *Odpowiedzialność zamawiającego wobec podwykonawców na podstawie ustawy Pzp – przesłanki, zakres i charakter prawny*, „PUG” 2023, Nr 9.
- Drapała P., *Świadczenie w miejsce wykonania*, „PiP” 2003, Nr 12.
- Drapała P., *Umowa o roboty budowlane – analiza empiryczna orzecznictwa sądów powszechnych na tle wypowiedzi doktryny prawa cywilnego*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2014.
- Drapała P., *Zwolnienie z długu (art. 508 KC)*, „Przegląd Sądowy” 2002, z. 7–8.
- Drapała P., Lackoroński B., *Wymóg określenia (maksymalnej) kwoty kary umownej jako przesłanka ważności jej zastrzeżenia*, „MOP” 2021, Nr 15.
- Drozdowicz M., *Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – glosa do uchwały SN z 30.06.2020 r.*, III CZP 67/19, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 1.
- Drózd M., *Podstawowe środki systemu ochrony prawnej w razie naruszenia zobowiązania na gruncie konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej umowie sprzedaży*, „PS” 2014, Nr 5.
- Dumkiewicz M., *Zastrzeżenie kary umownej za niepodwyższenie kapitału zakładowego. Glosa do wyroku SN z dnia 14 października 2016 r.*, I CSK 618/15, „Glosa” 2018, Nr 2.
- Duszyńska K., Księżak P., *Roszczenie o zapłatę kary umownej. Glosa do uchwały SN z dnia 18 sierpnia 2012 r.*, III CZP 39/12, „PS” 2014, Nr 7-8.
- Dzierżanowski W., *Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2014, Nr 1.
- Dzierżanowski W., *Wymóg zatrudnienia pracowniczego przy realizacji zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2017, Nr 1.
- Dzierżanowski W., Gawrońska-Baran A., *Zmiany w umowach w bieżącej praktyce zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2017, Nr 4.
- Dzierżanowski W., Sieradzka M., Szustakiewicz P. (red.), *Leksykon zamówień publicznych*, Warszawa 2020.
- Dzierżanowski W., *Zmiana wynagrodzenia wykonawcy w związku z inflacją spowodowaną nadzwyczajnymi okolicznościami*, „ZP Doradca” 2022, Nr 11.

- Dzierżanowski W., Stachowiak M., Jerzykowski J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Eger K., *Korzystanie z zasobów osób trzecich w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2017.
- Elżanowska A., *Zakaz modyfikacji ogólnego charakteru umowy*, „ZP Doradca” 2020, Nr 10.
- Elżanowska A., *Prawo opcji w zamówieniach publicznych*, „DNPZP” 2021, Nr 5.
- Ereciński T., Pietrkowski H., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. Postępowanie egzekucyjne*, Warszawa 2016.
- Flaga-Gieruszyńska K., Zieliński A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2022.
- Flaga-Gieruszyńska K. (red.), *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. System Postępowania Cywilnego. Tom 8*, Warszawa 2021.
- Flisak D. (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Fras M., Habdas M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, Warszawa 2018.
- Fras M., Habdas M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764(9))*, Warszawa 2018.
- Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna*, Warszawa 2014.
- Gawrońska-Baran A., Dzierżanowski W., *Warunki wymagane od wykonawców w nowym ujęciu*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 1.
- Gawrońska-Baran A., *Kształtowanie kar umownych w zamówieniach na roboty budowlane*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 3.
- Gawrońska-Baran A., *Zabezpieczenie wekslowe należytego wykonania umowy*, „PZP. Kwartalnik” 2023, Nr 4.
- Gawrońska-Baran A., Wiktorowski A., Wójcik P., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024.
- Gąsczyk R., *Umowa o usługi*, Warszawa 2023.
- Giertych B., *Wina w prawie administracyjnym*, Warszawa 2020.
- German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Volume I: Books 1-3, Article - by - Article Commentary* (ed. G. Dannemann, R. Schulze), Monachium 2020.
- Gniewek E. (red.), *Prawo rzeczowe. System Prawa Prywatnego. Tom 4*, Warszawa 2021.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023.
- Godek S., *Prawo rzymskie w Polsce przedrozbiorowej w świetle aktualnych badań*, „Zeszyty Prawnicze” 2013, Nr 3, s. 39 i nast.
- Golecki M.J., *Charakter prawny opcji w polskim prawie cywilnym: uwagi na tle nowelizacji przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących ofertowego trybu zawierania umów*, „Palestra” 2006, Nr 7-8.
- Gordon Z., *Odpowiedzialność doradcy podatkowego za rażące niedbalstwo*, „PP” 2006 Nr 9.
- Gordon Z., *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w systemie zamówień publicznych* [w:] Kocowski T., Sadowy J. (red.), *Kontrola zamówień publicznych, VI Konferencja Naukowa*, Wrocław-Warszawa 2013.

- Gordon Z., *O typologicznej kwalifikacji umów w sprawach zamówień publicznych*, „Kwartalnik” Pzp 2013, Nr 3.
- Gordon Z., *Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 2.
- Górczyńska A., Sójta K., *Analiza potrzeb zamawiającego w zamówieniach publicznych a opis przedmiotu zamówienia w inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj”*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 1.
- Grabarczyk M., *Problematyka zdolności ekonomicznej wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia*, „DNPZP” 2024, Nr 2.
- Granecki P., Granecka I. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–352*, Warszawa 2018.
- Grześkowiak-Stojek D., *Sytuacja finansowa i ekonomiczna wykonawcy*, „ZP Doradca” 2021, Nr 7.
- Grzybowski S. (red.), *System Prawa Cywilnego. Tom III, Część 2. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Wrocław 1976.
- Grzybowski S. (red. tomu), Czachórski W. (red. naczelny), *System Prawa Cywilnego. Tom I. Część ogólna*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985.
- Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2017.
- Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018.
- Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, cz. 2*, Warszawa 2021.
- Gutowski M., *Umowa opcji*, Kraków 2003.
- Gutowski M., *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017.
- Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2022.
- Gutowski M., Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627–1088*, Warszawa 2022.
- Hadrowicz E., *Pactum de non petendo a kompetencja zaskarżalności roszczenia*, „STPP” 2022, Nr 1.
- Hadrowicz E., *Ratio legis naturalnego charakteru pactum de non petendo*, „PS” 2023, Nr 4.
- Hadrowicz E., *Prawnoprocesowe aspekty pactum de non petendo oraz problemy z tym związane*, „PS” 2024, Nr 4.
- Hartung W. i in., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *Europeizacja prawa administracyjnego. System Prawa Administracyjnego. Tom 3*, Warszawa 2014.
- Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *Instytucje prawa administracyjnego. System Prawa Administracyjnego. Tom 1*, Warszawa 2015.
- Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *Prawo administracyjne materialne. System Prawa Administracyjnego. Tom 7*, Warszawa 2017.
- Hesselink M.W., *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law Symposium: The Challenge of Recodification Worldwide*, „Tulane Law Review” 2008, T. 83, Nr 4.

- Hesselink M.W., *The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission*, Global Jurist Frontiers: Vol. 1: No. 1.
- Heutger V., Oosterhuis J., *Specific Performance within the Hierarchy of Remedies in European Contract Law*, [w:] *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia Antwerp - Oxford - Portland 2008.
- Hondius E., Grigoleit C. (red.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law (The Common Core of European Private Law, pp. I-Iv)*, Cambridge 2011.
- Horubski K., Kocowski T., *Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie*, „PZP. Kwartalnik” 2014, Nr 1.
- Horubski K., *Warunki ubiegania się o zamówienie publiczne w ramach wstępnej kwalifikacji wykonawców*, „PZP. Kwartalnik” 2015, Nr 3.
- Horubski K., *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.
- Horubski K., *Zwalczanie klauzul abuzywnych w umowach o zamówienia publiczne*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 3.
- Iwański W., *Obejście prawa w drodze umowy zobowiązującej*, Warszawa 2023.
- Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004.
- Jagielski J., Kijowski D., Grzywacz M. (red.), *Prawo administracyjne wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Markowi Wierzbowskiemu*, Warszawa 2018.
- Jakubecki A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom II. Art. 730-1217*, LEX/el. 2019.
- Jansen N., Zimmermann R., *A European Civil Code in All but Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference*, „Cambridge Law Journal” 2010, T. 69, Nr 1.
- Jastrzębski J., *O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika*, „KPP” 2007, Nr 3.
- Jastrzębski J., *Glosa do wyroku SN z 8 lipca 2004 r. (IV CK 522/03)*, „PS” 2007, Nr 4.
- Jastrzębski J., *Kara umowna*, Warszawa 2006.
- Jastrzębski J., *Umowa gwarancyjna*, Warszawa 2021.
- Jaworska M., Grześkowiak-Stojek D., Jarnicka J., Matusiak A. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2025.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2021.
- Kania M., *Nowelizacja ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w Polsce w kontekście wzorcowej regulacji Banku Światowego dotyczącej współpracy publiczno-prywatnej*, „PZP. Kwartalnik” 2018, Nr 2.
- Kania M., *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 1.
- Kania M., *Current challenges and prospects for the development of the Polish public procurement*, „RPEiS” 2023, Nr 1.
- Karasek-Wojciechowicz I., *Roszczenie o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią*, Warszawa 2014.

- Kastely A.H., *The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention on International Interpretation of the Vienna Convention*, „Washington Law Review”, 607 (1988).
- Katner W. J., *Glosa do wyroku SN z dnia 15 czerwca 2005 r., IV CK 786/04*, „OSP” 2006, nr 10, s. 112.
- Kemp P.C.M., *Enforced performance of commercial sales contracts in the Netherlands, Singapore and China*, Haga 2019.
- Kierska M., Marek T., *Egzekucja sądowa roszczenia o usunięcie skutków naruszenia dóbr osobistych poprzez złożenie oświadczenia w odpowiedniej treści i formie*, „PPE” 2016, Nr 2.
- Klein A., *Elementy zobowiązaniowego stosunku*, Wrocław 2005.
- Klein A., *Dzieła wybrane. Tom IV*, Kraków 2021.
- Klich G., *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016.
- Klich G., *Obowiązek współdziałania stron przy realizacji zamówienia publicznego*, „RPEiS” 2021, Nr 1.
- Koch A., *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności w prawie cywilnym*, Warszawa 1975.
- Kocot W.J., *Cywilne prawo - umowa sprzedaży - Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu w 1980 r. - uprawnienia kupującego z tytułu naruszenia umowy. Glosa do wyroku SN z dnia 11 maja 2007 r., V CSK 456/06*, „OSP” 2008, nr 12.
- Kocowski T., *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2020, Nr 11.
- Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 2021.
- Kondek J.M., *Wpływ sytuacji kryzysowych na stosunki cywilnoprawne*, Warszawa 2021.
- Konicz D., *Potencjał techniczny wykonawcy jako jedna z gwarancji należytego wykonania zamówienia*, „DNPZP” 2024, Nr 2.
- Konik P., *Umowne kształtowanie odpowiedzialności dłużnika za naruszenie zobowiązania w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2019.
- Konik P., *Wierzycielski obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania i odpowiedzialność za jego naruszenie*, Warszawa 2024.
- Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, Warszawa 2012.
- Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna*, Warszawa 2014.
- Kościńska-Paszkowska A. (red.), *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Kowalczyk A., *Praktyczne aspekty stosowania instytucji self-cleaningu w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 4.
- Kowalczyk A., *Instytucja self-cleaningu – kilka uwag*, „ZP Doradca” 2021, Nr 2.
- Kowalczyk E., *Ustalenie terminu wykonania zamówienia jako szczególna konstrukcja normatywna prawa zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2023, Nr 3.
- Kowalski W., *Egzekucja świadczeń niepieniężnych*, Sopot 2011.
- Kozieł G., M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023.
- Krakowiak M., *Egzekucja tytułu wykonawczego – glosa – III CZP 106/15*, „MoP” 2016, Nr 18.

- Krucalak K., *Skutki niemożliwości świadczenia według prawa cywilnego*, Warszawa 1983.
- Krupa-Lipińska K., *Związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, Warszawa 2020.
- Krysa J., *Prawo właściwe dla umów realizowanych w trybie zamówień publicznych*, Warszawa 2019.
- Krzewicki M., *Zastępcze wykonanie zobowiązania na podstawie upoważnienia sądu (art. 480 § 3 KC oraz art. 1049 Kpc)*, „MoP” 2022, Nr 19.
- Krzyżanowski T., *Analiza potrzeb i wymagań*, „ZP Doradca” 2021, Nr 6.
- Księżak P., Pyziak-Szafnicka M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 2014.
- Kubśik S., *Przedkontraktowa odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu nieuczciwych negocjacji*, Warszawa 2015.
- Kuniewicz Z., Sokołowska D. (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017.
- Kuryłowicz M., *Tradycje prawa rzymskiego w rozwoju polskiego prawa cywilnego*, [w:] Tokarczyk R. (red.), *Tradycja i postęp w prawie*, Lublin 1983, s. 75–94.
- Kuryłowicz M., Wiliński A., *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 2021.
- Lando O., *Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with the UCC*, *Pace International Law Review* 2001, T. 13, Nr 2.
- Lando O., *How the Principles of European Contract Law (PECL) Were Prepared Shorter Articles and Commentaries*, „European Journal of Law Reform” 2006, T. 8, Nr 4.
- Lewaszkiewicz-Petrykowska B., *Wina jako podstawa odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, „SPE” 1969, T. II.
- Liszczyński T., *Podporządkowanie pracownika a kierownictwo pracodawcy – relacja pojęć*, [w:] Góralski Z. (red.), *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga jubileuszowa prof. H. Lewandowskiego*, Warszawa 2009.
- Litewski W., *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2003.
- Longchamps de Berier R., *Polskie Prawo Cywilne. Zobowiązania. Wydanie anastatyczne*. Poznań 1999, Lwów 1939.
- Loranc-Borkowska J., *Wykonanie zastępcze wymiany lub naprawy wadliwego przedmiotu zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2017, Nr 4.
- Loranc-Borkowska J., *Znaczenie prawne odbioru przedmiotu zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 1.
- Lubiszewski M., *Odpowiedzialność zamawiającego za udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy niezdolnemu do jego wykonania*, „PZP. Kwartalnik” 2019, Nr 2.
- Lubiszewski M., *Warunki udziału w postępowaniu a właściwości wykonawcy niezbędne do realizacji zamówienia*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 2.
- Lubiszewski M., *O potrzebie dalszego usprawnienia procedur negocjacyjnych*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 2.
- Lubiszewski M., *Zasady udzielania zamówień publicznych w ujęciu nowej ustawy*, „ZP Doradca” 2021, Nr 4.
- Lubiszewski M., *Status wykonawcy-oferenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, PUG 2022, nr 4.
- Łapecki F., *Zasada realnego wykonania zamówienia publicznego w ujęciu ogólnym*, „PZP. Kwartalnik” 2020, Nr 1.

- Łapecki F., *Wybór oferty najkorzystniejszej na tle zasady efektywności zamówień publicznych*, ZPDoradca 2020, Nr 2.
- Łapecki F., *Wymagania jakościowe w zakresie opisu przedmiotu zamówienia*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 2.
- Łętowska E., *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1997.
- Łętowska E., *Zastępcze usunięcie wad dzieła - glosa - III CZP 86/01*, „MoP” 2002, Nr 14.
- Maciejewski T., *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2015.
- Machnikowski P., Gniewek E. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz.*, Warszawa 2023.
- Machnikowski P. (red.), *Zobowiązania. Część ogólna. Tom II. Komentarz*, Warszawa 2024.
- Machnikowski P., *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Machnikowski P. (red.), *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2022.
- Machnikowski P. (red.), *Zobowiązania. Tom V. Przepisy pozakodeksowe. Komentarz*. Wyd. 1, Warszawa 2025.
- Makowski M., *Depenalizacja przestępstwa oszustwa w zakresie zamówienia publicznego?* „Pr.i P.”, 2021, Nr 6.
- Malarewicz-Jakubów A. (red.), *Zobowiązania w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2025.
- Małecka-Lyszczyk M. (red.), *Kontrola w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020.
- Marciniak A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom IV. Komentarz. Art. 730–1095¹*, Warszawa 2020.
- Markesinis B.S., Unberath H., Johnston A., *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, Oxford and Portland, Oregon 2006.
- Mazur P., *Miarkowanie zryczałtowanego świadczenia gwarancyjnego – glosa – V CSK 295/20*, „MoP” 2022, Nr 6.
- Mazurek G. (red.), *Ustawa prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wrocław 2020.
- Miąsik D., *Zasady i prawa podstawowe. System Prawa Unii Europejskiej. Tom 2*, Warszawa 2022.
- Michtha M., *Umowa o podwykonawstwo w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2019.
- Michtha M., *Podział zamówienia publicznego - czynności przygotowawcze i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „FK” 2022, Nr 2.
- Mikos-Sitek A. (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Misiąg W. (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Moras M., Nuzzo B., Szostak R., *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020.
- Moras M., Nuzzo B., Szostak R., *Pozasądowe rozwiązywanie sporów w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2023.
- Moszczyńska U., *Wybrane aspekty egzekucji czynności niezastępowalnych*, „PPE” 2020, Nr 4.
- Mularski, *Czynności podobne do czynności prawnych*, Warszawa 2011.
- Mularski K., *Wykonanie zastępcze – ius cogens czy ius dispositivum*, „MoP” 2006, Nr 14.
- Mularski K., T. Kotarbińskiego koncepcja spolegliwego opiekuna jako możliwa podstawa filozoficzna rozumienia „należytej staranności” z art. 355 § 1 KC, [w:] Haberk Joanna

Agnieszka, Grykiel Jarosław Paweł, Mularski Krzysztof (red.): *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022.

Mróz T., *Kilka uwag w kwestii wykonania zastępczego*, [w:] Zoll F. (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana prof. B. Gawlikowi*, Warszawa 2012.

Napierała J., *Odpowiedzialność odszkodowawcza sprzedawcy w świetle postanowień Konwencji Wiedeńskiej*, „RPEiS” 1993, Nr 4.

Niedziałek-Bujak I., *Doświadczenie firmowe wykonawcy a doświadczenie indywidualne jego pracowników miarą wiarygodności przy ubieganiu się o zamówienie publiczne*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 3.

Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023.

Nowicki H. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015.

Nowicki J., *Zmiany umowy w praktyce*, „M.Zam.Pub” 2016, Nr 10.

Nowicki P., *Strategiczne zamówienia publiczne jako instrument polityki rozwoju*, „RPEiS” 2023, Nr 1.

Nowicki P., *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością a instrumentalizacją*, Toruń 2019.

Nyc-Zimny M., *Elektronizacja czynności zabezpieczających – zastaw na papierach wartościowych*, „PZP. Kwartalnik” 2019, Nr 3.

Nyc-Zimny M., *Naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych podstawą wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 3.

Ogiegło L., *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, [w:] „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach”, Nr 1069, Katowice 1989.

Ohanowicz A., Górski J., *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1972.

Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 6*, Warszawa 2023.

Opalska D., *Lojalność i staranność jako kryteria określające sposób wykonywania zobowiązań*, „MoP” 2013, Nr 5.

Opalski A., Oplustil K., *Niedochowanie należytej staranności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnoprawnej zarządców spółek kapitałowych*, „PPH” 2013, Nr 3.

Orzecznictwo – zamówienia publiczne. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, Krajowa Izba Odwoławcza, 2021, Nr 3.

Osajda K. (red. serii), Borysiak W. (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2024.

Osajda K. (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 5*, Warszawa 2020.

Ostaszewski W., Rączka K., Zwolińska A., Gersdorf M., Raczkowski M., *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. IV, Warszawa 2024.

Pajor T., *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982.

Pajor T., *Roszczenie o spełnienie świadczenia in natura*, [w:] Gniewek E., Górski K., Machnikowski P. (red.), *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25-27.09.2008 r.)*, Warszawa 2010.

Panasiuk A., *Wpływ rozwiązań przyjętych w dyrektywie 2014/23 UE na kształt pojęcia koncesji zdefiniowanego w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, t. III.

- Panfil K., *Odstąpienie od umowy jako sankcja naruszenia zobowiązania*, Warszawa 2018.
- Panowicz-Lipska J. (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 8*. Warszawa 2011.
- Pawelec J., *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Pawłowski S. (red.), *Umowy w administracji publicznej*, Warszawa 2022.
- Pazdan M. (red.) *Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz*, Kraków 2001.
- Pazdan M. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. System Prawa Prywatnego. Tom 20 B*, Warszawa 2015.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1-449¹⁰*, Warszawa 2020.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Warszawa 2021.
- Pilich M., *Prawo kupującego do wstrzymania się z zapłatą ceny w razie dostarczenia towarów niezgodnych z umową na tle art. 46 ust. 2 i 3 Konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów*, PPrPM 2009, Nr 4.
- Pilich M., *Dobra wiara w konwencji o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*. Warszawa 2006.
- Piniór P., Relidziński P., Wyrzykowski W., Zielińska E., Żaba M. (red.), *Prawo handlowe. Między teorią, praktyką a orzecznictwem. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi A. Strzępcze*, Warszawa 2019.
- Piwowarczyk A., *Ograniczenia udziału mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców na rynku zamówień publicznych*, Warszawa 2022.
- Pirgan A., *Umowa o podwykonawstwo*, ZP Doradca 2019, Nr 7.
- Piwowarczyk A., *Ograniczenia udziału mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców na rynku zamówień publicznych*, Warszawa 2022.
- Piwowarczyk A., *Kwalifikowany personel warunkiem dobrej jakości przedmiotu zamówienia*, ZP Doradca 2022, Nr 7.
- Płonka E., *Obowiązek i uprawnienie wierzyciela do przyjęcia świadczenia od osoby niebędącej dłużnikiem*, [w:] *Prace cywilistyczne. Tom poświęcony pamięci Profesor Janiny Dąbrowy*, Gniewek E. (red.), Acta Universitatis Wratislaviensis 1994, Nr 238.
- Podrecka M., *Zaspokojenie interesu wierzyciela przez zastępcze spełnienie świadczenia*, „KPP” 1999, Nr 1.
- Pohl M., *Sytuacja prawna dotycząca świadczenia aliud na tle Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 r. – wybrane zagadnienia*, [w:] Fras M., Ślęzak P. (red.), *Prawo prywatne wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Ogiegle*, Warszawa 2017.
- Popiołek W., *Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania: zagadnienia kolizyjnoprawne*, Katowice 1989.
- Popiołek W. (red.), *Międzynarodowe prawo handlowe. System Prawa Handlowego. Tom 9*, Warszawa 2013.
- Powałowski A. (red.), *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2022.

- Powałowski A., E. Przeszło, H. Wolska, *Instytucje i instrumenty kontroli w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018.
- Presz-Król J., *Kryteria oceny ofert a efektywność zamówień na tle regulacji nowego Prawa zamówień publicznych*, ZP Doradca 2020, Nr 4.
- Prutis S., *Instytucje podstawowe prawa prywatnego*, Białystok 2018.
- Przyborowski Ł., *Roszczenia zwrotne na skutek uprawnionej realizacji gwarancji na pierwsze żądanie*, „MoPBank” 2020, Nr 11.
- Przyborowski Ł., *Nieuprawnione skorzystanie z gwarancji na pierwsze żądanie a rozliczenia zwrotne stron*, „MoPBank” 2021.
- Pszczołowski T., *Zasady sprawnego działania*, Warszawa 1982.
- Pyziak-Szafnicka M., *Kilka uwag na temat modelu kary umownej*, w: *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. II, Gudowski J., Weitz K. (red.), Warszawa 2011.
- Pyziak-Szafnicka M., *Kilka uwag na temat dobrej wiary wierzyciela w wykonaniu zobowiązania*, [w:] Haberkowski J., Grykiel J., Mularski K. (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022.
- Pyziak-Szafnicka M., *Kilka uwag o nadużyciu prawa podmiotowego przez wierzyciela*, [w:] *Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*, Byczko Sz., [i in.] (red.), Warszawa 2022.
- Pyziak-Szafnicka M., *Konstrukcja kary umownej w prawie polskim*, „PZP. Kwartalnik” 2024, Nr 3.
- Panowicz-Lipska J. (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 8*, Warszawa 2011.
- Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na system informatyczny. Tom I*, Urząd Zamówień Publicznych 2020.
- Radwański Z., *Teoria umów*, Warszawa 1977.
- Radwański Z., *Glosa do wyr. SN z 16.01.1991 r., I CR 776/90*, „OSP” 1992, Nr 5, poz. 108.
- Radwański Z., *Prawo cywilne- część ogólna*, Warszawa 1993.
- Radwański Z., *Aukcja i przetarg po nowelizacji Kodeksu cywilnego*, „MoP” 2004 Nr 8.
- Radwański Z. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Cywilnego. Tom III. Cz. I*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1981.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2012.
- Radwański Z., Olejniczak A. (red.), *Prawo cywilne – część ogólna System Prawa Prywatnego. Tom 2*, Warszawa 2019.
- Rajski J., *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1994.
- Rajski J. (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 7*, Warszawa 2018.
- Rajski J., *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, PPH 2010, Nr 3.
- Ratusznik P., *Zastępcze (przedegzekucyjne) wykonanie zobowiązania*, „STPP” 2021, Nr 2.
- Riedl K., *Zobowiązania naturalne (niezupełne) w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2022.
- Robaczyński W., *Z problematyki gospodarczej niemożliwości świadczenia*, „KPP” 1993, Nr 2.
- Robaczyński W., *Sądowa zmiana umowy*, Warszawa 1998.

Robaczyński W., *Wybrane problemy przedmiotowej modyfikacji zobowiązania na gruncie prawa zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2014, Nr 2.

Robaczyński W., *Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych*, [w:] Stręciwilk M., Panasiuk A. (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Warszawa 2017.

Robaczyński W., *Uwagi na temat obowiązku dochodzenia przez zamawiających roszczeń wynikających z umów w sprawach zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2017, Nr 2.

Robaczyński W., *Wpływ wojny w Ukrainie na umowę w sprawie zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 2.

Robaczyński W., *Podstawa zastrzeżenia kary umownej z przedmiot zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 4.

Rott-Pietrzyk E., *Glosa do uchwały SN z dnia 15 lutego 2002 r., III CZP 86/01*, „OSP” 2003, Nr 1.

Rott-Pietrzyk E., *Klauzule generalne a wykonanie zobowiązania (z uwzględnieniem koncepcji systemu klauzul generalnych w projekcie KC)*, [w:] Gniewek E., Górski K., Machnikowski P. (red.), *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25-27.09.2008 r.)*, Gniewek E., Górski K., Machnikowski P. (red.), Warszawa 2010.

Rott-Pietrzyk E., *Interpretacja umów w prawie modelowym i wspólnym europejskim prawie sprzedaży (CESL)*, Warszawa 2013.

Rudnicka A., *Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – glosa – III CZP 67/19*, „MoP” 2021, Nr 18.

Rudnicki J., *Ustawa prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wrocław 2020.

Safjan M., *Klauzule generalne w prawie cywilnym*, „PiP” 1990, Nr 11.

Safjan M., Bosek L. (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, Warszawa 2016.

Safjan M. (red.), *Prawo cywilne - część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 1*, Warszawa 2012.

Safjan M., K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, Warszawa 2020.

Szczeniecki M., *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 2022.

Schulze R., Wilhelmsson T., *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules*, *European Review of Contract Law* 2008, T. 4, Nr 2.

Schulze R. [w:] *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Volume I: Books 1-3, Article - by - Article Commentary* (ed. G. Dannemann, R. Schulze), Monachium 2020.

Schwenzer I., Iwiński K. (red.), *Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG). Komentarz*, Warszawa 2021.

Sehn M., *Miarkowanie kary umownej w świetle najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych*, „MoP” 2021, Nr 9.

Sieradzka M., *Gwarancja wadialna może obejmować tylko jednego członka konsorcjum. Glosa do wyroku SN z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17*, Lex.

Sieradzka M., *Podstawowe zasady obowiązujące przy podejmowaniu, wykonywaniu oraz zakończeniu działalności gospodarczej oraz ich wpływ na sytuację prawną przedsiębiorcy*, „MoP” 2018, Nr 13.

Sieradzka M., *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2019.

Sieradzka M., TSUE: *Istotna modyfikacja zamówień publicznych to także zmiana wprowadzona przez strony*, Legalis 18.03.2024.

Sikorska E., Trojanowska A., *Zwalczanie klauzul abuzywnych w projektowanych umowach o zamówienia publiczne w świetle orzecznictwa KIO*, „PZP. Kwartalnik” 2023, Nr 1.

Siuda W., *Treść zasady realnego wykonania zobowiązań w obrocie uspołecznionym*, „RPEiS” 1974, Nr 3.

Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych, Komentarz aktualizowany*, Lex 2018.

Skubiszak-Kalinowska I., *Weryfikacja spełniania przez ofertę kryteriów jej oceny*, „ZP Doradca” 2020, Nr 3.

Skubiszak-Kalinowska I., *Konsorcjum w nowym Prawie zamówień publicznych*, „ZP Doradca” 2021, Nr 3.

Skubiszak-Kalinowska I., *Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych*, „DNPZP” 2021, Nr 6.

Słotwiński S., *Status prawny energii elektrycznej jako wyznacznik stosunków umownych w polskim prawie prywatnym*, Warszawa 2017.

Smits J.M., *The Draft-Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose Editorial*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2008, T. 15, Nr 2.

Smiths J., Haas D., Heslen G. (red.), *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia Antwerp - Oxford - Portland 2008.

Smyk M., *Klauzula rebus sic stantibus a tzw. gospodarcza niemożliwość świadczenia*, „MoP” 2001, 14.

Sobczak K., *Zamówienia rządowe (kwestie administracyjno-prawne)*, „PUG” 1984, Nr 2.

Sobolewski P., *Kompetencja do dokonania czynności prawnej jako przesłanka jej prawnej doniosłości*, „PPH” 2009, Nr 2.

Sołowiej P., *Klauzule społeczne*, „ZPDoradca” 2021, Nr 6.

Sołtys B., *Zapobieganie nadużyciom wolności kontraktowej w założeniach i projekcie nowego prawa zamówień publicznych*, „PPH” 2019, Nr 8.

Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Charakter specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako instrumentu gwarantującego przestrzeganie zasady przejrzystości*, „PZP. Kwartalnik” 2018, Nr 1.

Sołtysińska A., *The principle of proportionality under the New Public Procurement Law in light of European regulations*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 3.

Sośniak M., *Należyta staranność*, Katowice 1980.

Sójka – Zielińska K., *Historia prawa*, Warszawa 2022.

Spruit J.E., Chorus J.M.J., de Ligt L. (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling VIII (Codex Justinianus 4-8)*, Amsterdam: KNAW Afd. Edita, 2007.

Stanowisko Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z 19.4.2013 r. w sprawie projektowanej zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie podwykonawstwa, „PZP. Kwartalnik” 2013, Nr 1.

Stec M. (red.), *Prawo instrumentów finansowych. System Prawa Handlowego. Tom 4*, Warszawa 2016.

Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego. Tom 5*, Warszawa 2017.

Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Prywatnego. Tom 5a*, Warszawa 2020.

- Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego. Tom 5b*, Warszawa 2020.
- Steinicke M., Vesterdorf P.L. (red.), *EU Public Procurement Law*, C.H Beck, Hart, Nomos, 2018.
- Stefko K., *Rzut oka na historyczny rozwój prawa egzekucyjnego*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Bolesława Orzechowicza*, oprac. zbiorowe, Lwów 1916.
- Stręciwilk M., *Nowe Prawo zamówień publicznych a system zamówień publicznych*, „ZP Doradca” 2021, Nr 1.
- Stręciwilk M., *Analiza potrzeb i wymagań w przygotowaniu zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 4.
- Strzępka J. A. (red.), *Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych*, Warszawa 2019.
- Studnicki F., *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*, Kraków 1949.
- Szachta J., *Zasada dyspozycyjności stron postępowania egzekucyjnego*, Sopot 2022.
- Szafrański W., *Kodeks Stanisława Augusta*, Poznań 2007.
- Szanciło T., *Kara umowna a zastrzeżenie gwarancyjne*, „SPKUL” 2020, Nr 3.
- Szanciło T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 506–1217. Tom II*, Warszawa 2019.
- Szczepaniak R., Glosa do wyroku SA w Gdańsku z 17 kwietnia 2014 r. V Ca 142/14, ST 2016, Nr 7-8.
- Szczepaniak R., Podmiot publiczny jako strona stosunku cywilnoprawnego a kwestia należytej staranności i dobrej wiary [w:] J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022.
- Szczepański D., *Zamówienia publiczne w II Rzeczypospolitej (cz. I)*, „ZPDoradca” 2000, Nr 9.
- Szczepański D., *Zamówienia publiczne*, Pułtusk 2004.
- Szejna S., *Charakter prawny wykonania zobowiązania*, „PiP” 2010, Nr 12.
- Szejna S., *Dopuszczalność kumulatywnego dochodzenia roszczeń z tytułu kary umownej za zwłokę lub opóźnienie i odstąpienie. Glosa do uchwały SN z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12*, „Glosa” 2021, Nr 3.
- Szejna S., *Glosa krytyczna do uchwały SN z 30.06.2020 r., III CZP 67/19. Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej, o której mowa w art. 143 d. ust. 1 pkt 7a PZP*, „Rejent” 2022, Nr 6, poz. 107–124.
- Szejna S., *Określenie maksymalnej wysokości kary umownej lub terminu końcowego do jej naliczania jako przesłanka ważności kary umownej - glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 9.12.2021 r., III CZP 16/21*, „Glosa” 2023, Nr 2.
- Szewczyk J., *Nowacja*, Warszawa 2018.
- Szlęzak A., *Kara umowna z tytułu braku lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom – na marginesie uchwały SN z 30.06.2020 r., III CZP 67/19*, „MoP” 2022, Nr 3.
- Szostak R., *Charakter prawny konkursu na dzieło projektowe w zamówieniach publicznych*, „PiP” 2004, Nr 6.
- Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005.
- Szostak R., *Glosa do wyroku SN z 17.01.2004 r., V CK 97/03*, „OSP” 2005, Nr 2.
- Szostak R., *Charakter prawny zaliczki w ramach zamówień publicznych*, „PiP” 2008, Nr 3.

Szostak R., *Glosa do postanowienia SN z 7.10.2008 r., III CZP 87/08*, „PZP. Kwartalnik” 2009, Nr 1.

Szostak R., *Kontrola zarządcza w jednostkach sektora finansów publicznych – charakterystyka ogólna*, „KP” 2010, Nr 5.

Szostak R., *Na czym polega kontrola zarządcza*, „Kontr. Państw.” 2011, Nr 1.

Szostak R., *Zarys rozwoju zamówień publicznych w Polsce na tle państw środkowoeuropejskich*, „SP” 2011, Zeszyt – 3-4.

Szostak R., *Zamówienia publiczne w starożytności oraz w epoce średniowieczno-feudalnej*, „PZP. Kwartalnik” 2012, Nr 3.

Szostak R., *Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2013, Nr 1.

Szostak R., *Zasady prawa zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2014, Nr 3.

Szostak R., *Kształtowanie warunków zamówienia po zmianach w prawie zamówień publicznych, cz. 1*, FK 2016, Nr 10.

Szostak R., *Kształtowanie warunków zamówienia po zmianach w prawie zamówień publicznych, cz. 2*, FK 2016, Nr 12.

Szostak R., *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018.

Szostak R., *Miarkowanie kary umownej w zamówieniach publicznych*, [w:] Fill W., Mędrała M., Mituś A. (red.), *Kierunki zmian administracji publicznej*, Warszawa 2018.

Szostak R., *Z problematyki racjonalizacji ograniczeń swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo 329”, 2019, Nr 3977.

Szostak R., *Zmiany dotyczące umów. Część druga*, „ZP Doradca” 2019, Nr 11.

Szostak R., *Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w nowym ujęciu. Część pierwsza. Nowe Prawo zamówień publicznych*, ZPDoradca” 2020, Nr 4.

Szostak R., *Nowe Prawo zamówień publicznych – niektóre dylematy wdrożeniowe. Część druga. Nowe Prawo zamówień publicznych*, „ZP Doradca” 2021, Nr 2.

Szostak R., *Zastrzeżenie kary umownej na tle nowego Prawa zamówień publicznych Interpretacje*, „ZP Doradca” 2021, Nr 8.

Szostak R., *The conditions for adjusting the remuneration of a public procurement contractor under Polish law*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 1.

Szostak R., *Substitute performance in public procurement*, „PUG” 2022, Nr 10.

Szostak R., *O kształtowaniu wysokości kary umownej w zamówieniach publicznych*, „PUG 2023”, Nr 5.

Szostak R., *O niektórych rozwiązaniach organizacyjnych z zakresu zamówień publicznych*, „RPEIS” 2023, Nr 1.

Szpunar A., *Charakter prawny wykonania zobowiązania*, „Rejent” 1998, Nr 5.

Szpunar A., *Uwagi o funkcjach odpowiedzialności odszkodowawczej*, „PiP” 2003, Nr 1.

Sztompka P., *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007.

Szumański A. (red.), *Prawo papierów wartościowych. System Prawa Prywatnego. Tom 18*, Warszawa 2016.

Szustakiewicz P., Sieradzka M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018.

Szwaja J., *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967.

- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.
- Szydło W., *Prawne podstawy wykorzystania przez wykonawcę realizującego zamówienie publiczne w zakresie robót budowlanych i usług zdolności w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia innego podmiotu. Uwagi na temat art. 22a ust. 4 Pzp*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2018, Nr 540.
- Szymańska A., *Status drobnych zamówień transgranicznych – odrzucenie oferty przetargowej – glosa do wyroku TSUE z 16.04.2015 r. w sprawie C-278/14*, „PZP. Kwartalnik” 2016, Nr 1.
- Śliwak K., *Zasada równego traktowania przy kwalifikacji podmiotowej w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2022.
- Świrydowicz K., *W sprawie pojęcia obowiązku*, „RPEiS” 1981, Nr 1.
- Talago-Sławoj H., Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III, Warszawa 2016.
- Tracz G., *Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej*, Kraków 1998.
- Tracz G., *Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązań w polskim prawie cywilnym*, „KPP” 2009, Z.1
- Trzaskowski R., *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*, Warszawa 2005.
- Trzaskowski R., *Poręczenie. Analiza instytucji i perspektywa kodyfikacyjna*, Warszawa 2012.
- Uruszczak W., *Znaczenie średniowiecznej kanonistyki dla prawa zobowiązań*, [w:] *Ex contractu, ex delicto*, Kraków 2012.
- Uruszczak W., *Historia państwa i prawa polskiego 966-1795*, Warszawa 2021.
- Wacinkiewicz D., *Zaspokajanie potrzeb wspólnot samorządowych. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2016.
- Walasiak M., *Ograniczenie maksymalnej wysokości kary umownej lub końcowego terminu jej naliczania. Glosa do uchwały SN z dnia 9 grudnia 2021 r., III CZP 16/21*, „OSP” 2022, Nr 6.
- Warcński M., *Umowne prawo odstąpienia*, Warszawa 2010.
- Warkało W., *Wykonanie zobowiązań i skutki ich niewykonania*, Katowice 1966.
- Wiaderek G., *Umowa opcyjna – konstrukcja prawna*, „Glosa” 1999, Nr 3.
- Wiak J., *Spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego*, „FK” 2012, Nr 6.
- Wiktorowska E., *Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia*, „ZP Doradca” 2017, Nr 5.
- Wiktorowska E., *Zasada proporcjonalności i uczciwej konkurencji przy określaniu warunków udziału w postępowaniu*, „DNPZP” 2024, Nr 1.
- Winiarz M., *Współpraca organów kontroli w systemie zamówień publicznych*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 1.
- Winiarz M., *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego spowodowana nadzwyczajnym wzrostem cen a odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, „FK” 2022, Nr 6.
- Winkel L., *Specific Performance in Roman Law*, [w:] Hallebeek J., Dondrop H. (red.), *The Right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia Antwerp - Oxford - Portland 2010.
- Wilejczyk M., *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014.

- Wilejczyk M., *Zasady Draft Common Frame of Reference na tle zasad polskiego prawa prywatnego*, „PiP” 2018, Nr 1.
- Wiśniewski T., *Kilka słów na temat prawa sędziowskiego w postaci moratorium sędziowskiego*, „PPC” 2016, nr 3,
- Wiśniewski T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom IV.*, Artykuły 730–1088, Warszawa 2021.
- Włodyka S., *Wykonanie zastępcze jako sposób sanowania wadliwości rzeczy*, „PPH” 1999, Nr 6.
- Włodyka S. (red.), *Prawo handlowe – część ogólna. System Prawa Handlowego. Tom 1*, Warszawa 2009, s. 769 i nast.
- Woleński J., *Twardowski o czynnościach i wytworach*, [w]: Jadacki J. (red.), *Rozum i wola. Kazimierz Twardowski i jego wpływ na kształt kultury polskiej XX wieku*, Lublin 2021.
- Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2023.
- Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974.
- Wyrzykowski W., *Obowiązek współdziałania zamawiającego z wykonawcą zamówienia publicznego*, „PZP. Kwartalnik” 2022, Nr 3.
- Varul P., *Performance and Remedies for Non-Performance: Comparative Analysis of the PECL and DCFR*, „Juridica International” 2008, T. 14.
- Vries G. P. J., *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997.
- Zaborowska A., *Ewolucja sposobu opisywania przedmiotu zamówienia*, „ZP Doradca” 2021, Nr 5.
- Zaborowska A., *Kontrola Prezesa UZP oraz innych organów w zakresie zamówień publicznych*, „DNPZP” 2021, Nr 12.
- Zachariasiewicz M.A., Beldowski J., *Przekład I i II części Zasad europejskiego prawa kontraktów*, „KPP” 2004, Nr 3.
- Zachariasiewicz M.A., *Konwencja wiedeńska o międzynarodowej sprzedaży towarów a inne akty ujednoliconego prawa umów ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności kontraktowej dłużnika*, „PPrPM” 2007, Nr 2.
- M. Zachariasiewicz i inn., *Komentarz do rozporządzenia nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)*, Lex/el. 2013.
- Zacharzewski K., *Znaczenie kodeksów deontologicznych w dziedzinie prawa prywatnego*, „PPH” 2011, Nr 6.
- Zagobelny K., *O obowiązku osobistego świadczenia przez dłużnika*, „PiP” 2016, Nr 7.
- Zagobelny K., *Zakaz kumulowania kary umownej za zwłokę z karą umowną za odstąpienie z powodu niewykonania zobowiązania. Glosa do wyroku SN z dnia 14 czerwca 2018 r., V CSK 534/17*, „PiP” 2021, Nr 12.
- Zagobelny K., *O karze umownej za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom*, „MoP” 2022, Nr 12.
- Załucki M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 3*, Warszawa 2023.
- Zawisza M., Sieradzka M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2022.
- Zielińska E., *Z problematyki kary umownej w zamówieniach publicznych na roboty budowlane*, „PZP. Kwartalnik” 2021, Nr 3.

Zieliński M., *Zasady i wartości konstytucyjne*, [w:] Bałaban A., Mijał P. (red.), *Zasady naczelne Konstytucji RP z 2 kwietnia 1991 roku. Materiały 52 Zjazdu Katedr Prawa Konstytucyjnego w Międzyzdrojach 27 – 29 maja 2010 r.*, Szczecin 2011.

Ziemiński Z., *Wartości konstytucyjne. Zarys problematyki*, Warszawa 1993.

Ziemiński Z., *Kompetencja i norma kompetencyjna*, [w:] Wronkowska S. (red.), *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Warszawa 2007.

Zięba B., *Istota zasady solidarnej odpowiedzialności wykonawców za wykonanie umowy w zamówieniach publicznych*, „DNPZP” 2023, Nr 4.

Zimmermann J. (red.), *Wartości w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015.

Zimmermann R., *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford 1996.

Zimmermann R., *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2010.

Znamierowski C., *Oceny i normy*, Warszawa 1957.

Zoll F., *Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy*, Warszawa 2018.

Zoll F., *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1945.

Żuławska C., [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I-II*, Bieniek G. (red.), Warszawa 2011.

Żuławska C., *Zabezpieczenie jakości świadczenia*, „S.C.” 1978, t. XXIX.

WYKAZ ORZECZNICTWA

1. Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE z 2.12.1999 r., C-176/98, ECLI:EU:C:1999:593

Wyrok TSUE z 23.01.2003 r., C-57/01, ECLI:EU:C:2003:47

Wyrok TSUE z 4.12.2003 r., C-448/01, EU:C:2003:651

Wyrok TSUE z 18.03.2004 r., C-314/01, ECLI:EU:C:2004:159

Wyrok TSUE z 09.02.2006 r., C-226/04 i C-228/04, ECLI:EU:C:2006:94

Wyrok TSUE z 19.06.2008 r., C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351

Wyrok TSUE z 16.12.2008 r., C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731

Wyrok TSUE z 15.07.2010 r., C-74/09, ECLI:EU:C:2010:431

Wyrok TSUE z 10.05.2012 r., C-368/10, EU:C:2012:284

Wyrok TSUE z 13.12.2012 r., C-465/11, EU:C:2012:801

Wyrok TSUE z 10.10.2013 r., C-94/12, pkt 32, ECLI:EU:C:2013:646

Wyrok TSUE z 10.07.2014 r., C-358/12, EU:C:2014:2063

Wyrok TSUE z 6.11.2014 r., C-42/13, EU:C:2014:2345

Wyrok TSUE z 18.12.2014 r., C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469

Wyrok TSUE z 16.04.2015 r., C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228

Wyrok TSUE z 14.07.2016 r., C-6/15, EU:C:2016:555
Wyrok TSUE z 7.09.2016 r., C-549/14 EU:C:2016:634
Wyrok TSUE z 5.04.2017 r., C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266
Wyrok TSUE z 4.05.2017 r., C-387/14, EU:C:2017:338
Wyrok TSUE z 13.07.2017 r., C-76/17, ECLI:EU:C:2017:549
Wyrok TSUE z 1.03.2018 r., C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142
Wyrok TSUE z 1.03.2018 r., C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142
Wyrok TSUE z 25.10.2018 r., C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865
Wyrok TSUE z 28.03.2019 r., C-101/18, EU:C:2019:267
Postanowienie TSUE z 4.06.2019 r., C-425/18, ECLI:EU:C:2019:476
Wyrok TSUE z 19.06.2019 r., C-41/18, EU:C:2019:507
Wyrok TSUE z 3.10.2019 r., C-267/18, EU:C:2019:826
Wyrok TSUE z 30.01.2020 r., C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58
Wyrok TSUE z 3.06.2021 r., C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445
Wyrok TSUE z 7.09.2021 r., C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700
Wyrok TSUE z 31.03.2022 r., C-195/21, ECLI:EU:C:2022:239
Wyrok TSUE z 28.04.2022 r., C-642/20, ECLI:EU:C:2022:308
Wyrok TSUE z 15.09. 2022 r., C-416/21, EU:C:2022:689
Wyrok TSUE z 10.11.2022 r., C-631/21, ECLI:EU:C:2022:869
Wyrok TSUE z 08.06.2023 r., C-545/21, ECLI:EU:C:2023:451
Wyrok TSUE z 21.12.2023 r., C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016

2. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego

Wyrok TK z 17.10.2000 r., SK 5/99, OTK 2000, Nr 7, poz. 254.

3. Orzeczenia Sądu Najwyższego

Orzeczenie SN z 26.10.1932 r., III Rw 1341/32, Lex
Wyrok SN z 3.05.1963 r., I CR 250/62, OSNC 1964, Nr 9
Wyrok SN z 14.12.1965 r., II CR 470/65, OSNC 1966, Nr 11
Uchwała SN z 22.04.1968 r., III CZP 37/68, OSNC 1969, Nr 1, poz. 9
Postanowienie SN z 27.01.1971 r., II CZ 16/71, OSNC 1971, Nr 9
Wyrok SN z 27.01.1972 r., I CR 458/71, OSNC 1972, Nr 9
Uchwała SN z dnia 10.05.1989 r., III CZP 36/89, OSNC 1990, Nr 4-5, poz. 56
Uchwała SN z 30.03.1992 r., III CZP 24/92, OSNC 1992, Nr 11, poz. 189
Uchwała z 28.04.1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, Nr 10, poz. 135

Wyrok SN z 5.03.1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997, Nr 6-7, poz. 90
Wyrok SN z 24.09.1998 r., I CKN 448/98, Lex
Wyrok SN z 7.06.2000 r., III CKN 441/00, Lex
Wyrok SN z 19.09.2000 r., IV CKN 92/00, OSNC 2001, Nr 3
Wyrok SN z 5.12.2000 r., V CKN 150/00, Lex
Wyrok SN z 16.01.2001 r., II CKN 1037/00, Legalis
Wyrok SN z 13.09.2001 r., IV CKN 381/00, OSN IC 2002
Uchwała SN(7) z 11.01.2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002, Nr 9, poz. 106
Uchwała SN z 15.02.2002 r., III CZP 86/01, OSNC 2002, Nr 11, poz. 132
Wyrok SN z 12.03.2002 r., IV CKN 803/00, Lex
Wyrok SN z 12.03.2002 r., IV CKN 862/00, Lex
Wyrok SN z 19.09.2002 r., V CKN 1183/00, Lex
Wyrok SN z 19.02.2003 r., V CKN 1680/00, Legalis
Wyrok SN z 10.04.2003 r., III CKN 1320/00, OSNC 2004, Nr 7–8
Wyrok SN z 12.09.2003 r., I CK 7/02, Lex
Wyrok SN z 12.09.2003 r., I CK 32/02, Lex
Uchwała SN(7z) z 6.11.2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, Nr 5, poz. 69
Wyrok SN z 17.12.2003 r., IV CK 298/02, Lex
Wyrok SN z 13.02.2004 r., IV CK 254/02, Lex
Wyrok SN z 15.07.2004 r., V CK 2/04, Lex
Wyrok SN z 9.02.2005 r., II CK 420/04, Lex
Wyrok SN z 15.09.2005 r., II CK 68/05, Lex
Wyrok SN z 9.12.2005 r., III CK 305/05, Lex
Wyrok SN z 10.05.2006 r., III CK 336/05, Lex
Wyrok SN z 22.06.2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, Nr 1, poz. 7
Wyrok SN z 8.02.2007 r., I CSK 420/06 Legalis
Wyrok SN z 22.02.2007 r., III CSK 308/06, Legalis
Wyrok SN z 26.04.2007 r., II CSK 544/06, Lex
Wyrok SN z 16.05.2007 r., III CSK 452/06, Lex
Wyrok SN z 7.12.2007 r., III CSK 172/07, Lex
Wyrok SN z 10.01.2008 r., IV CNP 147/07, Lex
Wyrok SN z 17.01.2008 r., III CSK 202/07, Lex
Wyrok SN z 8.08.2008 r., V CNP 28/08, Lex
Wyrok SN z 14.11.2008 r., V CSK 182/08, Lex
Wyrok SN z 02.07.2009 r. V CSK 4/09 Legalis
Wyrok SN z 10.09.2009 r., V CSK 58/09, Lex
Wyrok SN z 24.09.2009 r., IV CSK 138/09, Lex
Wyrok SN z 7.10.2010 r., IV CSK 173/10, Lex

Wyrok SN z 28.01.2011 r., I CSK 315/10, Lex
Wyrok SN z 21.09.2011 r., I CSK 727/10, Lex
Wyrok SN z 22.09.2011 r., V CSK 420/10, Legalis
Wyrok SN z 22.09.2011 r., V CSK 427/10, Lex
Uchwała SN (7) z 13.12.2011 r., III CZP 48/11, OSNC 2012, nr 5, poz. 57
Wyrok SN z 15.03.2012 r., I CSK 330/11, OSNC 2012, Nr 9
Wyrok SN z 15.03.2012 r., I CSK 287/11, OSNC 2012, Nr 11, poz. 131
Wyrok SN z 9.08.2012 r., V CSK 366/11, Lex
Wyrok SN z 23.08.2012 r., II CSK 21/12, Lex
Wyrok SN z 16.01.2013 r., II CSK 331/12, Lex
Wyrok SN z 11.04.2013 r., II CSK 540/12, Lex
Wyrok SN z 16.05.2013 r. IV CSK 717/12, Legalis
Wyrok SN z 27.09.2013 r., I CSK 748/12, OSNC 2014, Nr 6
Wyrok SN z 15.11.2013 r., V CSK 500/12, Lex
Uchwała SN z 22.11.2013 r., III CZP 72/13, Lex
Wyrok SN z 27.11.2013 r., V CSK 544/12, Lex
Wyrok SN z 5.12.2013 r., V CSK 2/13, Lex
Wyrok SN z 25.04.2014 r., II CSK 415/13, OSNC-ZD 2015, Nr 3, poz. 37
Wyrok SN z 22.05.2014 r., IV CSK 536/13, OSNC-ZD 2015, Nr 3, poz. 41
Wyrok SN z 28.05.2014 r., I CSK 345/13, Lex
Wyrok SN z 25.06.2014 r., IV CSK 610/13, Legalis
Wyrok SN z 12.08.2014 r., III SK 56/13, Lex
Wyrok SN z 21.08.2014 r., IV CSK 675/13, Lex
Wyrok SN z 21.08.2014 r., IV CSK 733/13, Lex
Wyrok SN z 15.10.2014 r., V CSK 684/13, OSNC-ZD 2016, Nr 1, poz. 7.
Wyrok SN z 19.11.2014 r., II CSK 191/14, Lex
Wyrok SN z 14.01.2015 r., I CSK 19/14, Lex
Wyrok SN z 21.01.2015 r., IV CSK 214/14, Lex
Wyrok SN z 25.02.2015 r., IV CSK 297/14, Lex
Wyrok SN z 25.02.2015 r., IV CSK 395/14, Lex
Wyrok SN z 3.06.2015 r., V CSK 551/14, Lex
Wyrok SN z 14.10.2015 r., V CSK 32/15, Lex
Wyrok SN z 22.10.2015 r., IV CSK 687/14, Lex
Wyrok SN z 29.10.2015 r., I CSK 901/14, Lex
Postanowienie SN z 3.02.2016 r., II CSK 446/15, Lex
Uchwała SN z 17.02.2016 r., III CZP 106/15, OSNC 2017, Nr 2, poz. 13
Postanowienie SN z 18.02.2016 r., II CSK 197/15, Legalis

Wyrok SN z 8.04.2016 r., I CSK 285/15, Lex
Wyrok SN z 16.06.2016 r., V CSK 535/15, Lex
Wyrok SN z 7.10.2016 r., I CSK 626/15, Lex
Wyrok SN z 14.10.2016 r., I CSK 618/15, Lex
Wyrok SN z 20.10.2016 r., II CSK 62/16, Legalis
Wyrok SN z 26.10.2016 r., III CSK 312/15, Lex
Wyrok SN z 11.01.2017 r., IV CSK 109/16, Lex
Wyrok SN z 15.02.2017 r., II CSK 236/16, Lex
Wyrok SN z 23.03.2017 r., V CSK 393/16, OSNC 2018, Nr 1
Wyrok SN z 20.04.2017 r., II CSK 491/16, Lex
Wyrok SN z 21.04.2017 r., I CSK 333/16, Lex
Wyrok SN z 2.06.2017 r., II CSK 603/16, Lex
Wyrok SN z 8.09.2017 r., II CSK 845/16, Lex
Wyrok SN z 13.09.2017 r., IV CSK 603/16, Lex
Wyrok SN z 16.11.2017 r., V CSK 28/17, Lex
Wyrok SN z 16.11.2017 r., V CSK 79/17, Lex
Wyrok SN z 1.12.2017 r., I CSK 342/17, Lex
Wyrok SN z 06.12.2017 r., I CSK 476/17, Legalis
Wyrok SN z 19.01.2018 r., I CSK 226/17, Lex
Wyrok SN z 8.03.2018 r., II CSK 303/17, Lex
Wyrok SN z 16.03.2018 r., IV CSK 250/17, Lex
Wyrok SN z 12.04.2018 r., II CSK 366/17, Lex
Wyrok SN z 24.05.2018 r., II CSK 450/17, Legalis
Postanowienie SN z 24.05.2018 r., V CSK 5/18, Lex
Wyrok SN z 14.06.2018 r., V CSK 534/17, Lex
Wyrok SN z 6.07.2018 r., II CSK 562/17, Legalis
Wyrok SN z 27.08.2019 r., V CSK 200/18, Lex
Wyrok SN z 20.09.2018 r., IV CSK 457/17, Lex
Wyrok SN z 9.05.2019 r., I CSK 242/18, Lex
Postanowienie SN z 16.05.2018 r., III PK 89/17, Lex
Postanowienie SN z 31.01.2019 r., II CSK 381/18, Lex
Wyrok SN z 7.06.2019 r., I CSK 276/18, OSNC 2020
Postanowienie SN z 7.06.2019 r., I CSK 729/18, Lex
Wyrok SN z 4.07.2019 r., IV CSK 363/18, Lex
Wyrok SN z 12.07.2019 r., I CSK 537/18, Lex
Postanowienie SN z 17.07.2020 r., I CSK 168/20
Wyrok SN z 18.09.2019 r., IV CSK 498/18, OSNC 2020, Nr 7-8, poz. 60

Wyrok SN z 18.10.2019 r., II CSK 477/18, Lex
Postanowienie SN z 28.11.2019 r., I CSK 415/19, Lex
Postanowienie SN z 4.12.2019 r., II CSK 133/19, Lex
Wyrok SN z 6.12.2019 r., V CSK 458/18, OSNC-ZD 2021, Nr 3 poz. 27
Wyrok SN z 16.01.2020 r., I NSK 107/18, Lex
Wyrok SN z 17.01.2020 r., IV CSK 579/17, Lex
Wyrok SN z 17.06.2020 r., I NSNc 47/19, Legalis
Uchwała SN z 30.06.2020 r., III CZP 67/19, OSNC 2021, Nr 1, poz. 1
Wyrok SN z 30.06.2020 r., III CSK 343/17, OSNC 2021, Nr 2, poz. 13
Wyrok SN z 25.09.2020 r., V CSK 586/18, Lex
Wyrok SN z 28.10.2020 r., IV CSK 74/19, Lex
Wyrok SN z 21.01.2021 r., III CSKP 148/21, Lex
Wyrok SN z 29.01.2021 r., V CSKP 10/21, Lex
Wyrok SN z 07.02.2019 r., II CSK 10/18, Lex
Wyrok SN z 12.03.2021 r., V CSKP 14/21, Lex
Postanowienie SN z 17.04.2021 r., II CSK 188/20, Lex
Wyrok SN z 27.04.2021 r., II CSKP 98/21, Legalis
Wyrok SN z 20.05.2021 r., I CSKP 124/21, Lex
Postanowienie SN z 17.06.2021 r., I CSK 440/20, Lex
Wyrok SN z 20.05.2021 r., IV CSKP 58/21, OSNC 2021, Nr 12
Wyrok SN z 26.05.2021 r., V CSKP 21/21, Lex
Wyrok SN z 10.06.2021 r., II CSKP 36/21, Lex
Postanowienie SN z 14.06.2021 r., II CSK 78/21, Lex
Wyrok SN z 13.10.2021 r., I CSKP 239/21, Lex
Wyrok SN z 15.10.2021 r., II CSKP 97/21, Lex
Wyrok SN z 9.11.2021 r., IV CSKP 129/21, Lex
Uchwała SN z 9.12.2021 r., III CZP 16/21, Legalis
Uchwała SN z 9.12.2021 r., III CZP 26/21, OSNC 2022, Nr 7-8, poz. 70
Postanowienie SN z 29.12.2021 r., III CSK 175/21, Legalis
Postanowienie SN z 18.01.2022 r., I CSK 31/22, Legalis
Postanowienie SN z 21.01.2022 r., I CSK 72/22, Lex
Wyrok SN z 9.03.2022 r., I NSNc 220/21, OSNKN 2022, Nr 2
Postanowienie SN z 29.06.2022 r., I CSK 2364/22, Lex
Wyrok SN z 8.07.2022 r., II CSKP 349/22, Lex
Wyrok SN z 17.08.2022 r., II CSKP 326/22, OSNC 2023, Nr 4
Postanowienie SN z 30.01.2023 r., I CSK 3624/22, Lex
Postanowienie SN z 15.05.2023 r., I CSK 5591/22, Lex

Postanowienie SN z 17.05.2023 r., I CSK 6697/22, Lex
Postanowienie SN z 29.08.2023 r., I USK 162/22, Lex
Postanowienie SN z 27.09.2023 r., I CSK 58/23, Lex
Postanowienie SN z 29.11.2023 r., I USK 222/23, Lex
Postanowienie SN z 30.11.2023 r., III PSK 3/23, Lex
Wyrok SN z 14.12.2023 r., II CSKP 1955/22, Lex
Wyrok SN z 18.06.2024 r., II CSKP 1617/22, Lex
Wyrok SN z 20.09.2024 r., II CSKP 1384/22, Lex
Wyrok SN z 19.12.2024 r., II CSKP 2183/22, Lex

4. Orzeczenia sądów administracyjnych

Wyrok NSA z 13.03.2014 r., II GSK 12/13, Lex
Wyrok NSA z 8.03.2017 r., II GSK 1841/15, Lex
Wyrok NSA z 11.09.2019 r., I GSK 2713/18, Lex
Wyrok WSA w Łodzi z 2.02.2021 r., III SA/Łd 808/20, Lex

5. Orzeczenia sądów apelacyjnych

Wyrok SA w Warszawie z 6.09.2005 r., VI ACa 1087/04, Lex
Wyrok SA w Katowicach z 21.04.2009 r., V ACa 88/09, Lex
Wyrok SA w Łodzi z 4.02.2013 r., I ACa 1048/12, Lex
Wyrok SA w Warszawie z 16.07.2013 r., VI ACa 1568/12, Lex.
Wyrok SA w Gdańsku z 4.10.2013 r., I ACa 788/12, Legalis
Wyrok SA w Łodzi z 23.10.2013 r., I ACa 568/13, Lex
Wyrok SA w Katowicach z 6.02.2014 r., I ACa 867/13, Lex
Wyrok SA w Krakowie z 9.05.2014 r., I ACa 86/14, Lex
Wyrok SA w Krakowie z 3.12.2014 r., I ACa 713/13, Lex
Wyrok SA w Gdańsku z 13.05.2015 r., I ACa 1054/14, Lex
Wyrok SA w Warszawie z 15.12.2015 r., I ACa 481/15, Lex
Wyroku SA w Krakowie z 30.12.2015 r., I ACa 1310/15, Lex
Wyrok SA w Krakowie z 15.06.2016 r., I ACa 346/16, Legalis
Wyrok SA w Krakowie z 29.06.2016 r., I ACa 281/16, Lex
Wyrok SA w Krakowie z 5.08.2016 r., I ACa 322/16, Lex
Wyrok SA w Warszawie z 13.07.2017 r., I ACa 615/16, Legalis
Wyrok SA w Krakowie z 12.02.2018 r., I AGa 13/18, Lex
Wyrok SA w Katowicach z 25.10.2018 r., V AGa 18/18, Lex
Wyrok SA w Warszawie z 27.11.2018 r., V ACa 861/17, Legalis

Wyrok SA w Gdańsku z 04.03.2019 r., sygn. I ACa 206/17, Legalis
Wyrok SA w Krakowie z 22.01.2020 r., I AGa 34/19, Lex
Wyrok SA w Gdańsku z 27.01.2020 r., V AGa 110/19, Lex
Wyrok SA w Łodzi z 7.02.2020 r., I ACa 220/19, Lex
Wyrok SA w Białymstoku z 26.11.2020 r., I AGa 75/20, Lex
Wyrok SA w Krakowie z 4.02.2021 r., I AGa 266/19, Lex
Wyrok SA w Łodzi z 21.07.2021 r., I AGa 36/21, Lex
Wyrok SA w Warszawie, z 09.05.2022 r., VII AGa 965/21, Legalis
Wyrok SA w Lublinie z 12.05.2022 r., I AGa 129/21, Lex
Wyrok SA w Warszawie z 25.05.2022 r., VII AGa 1100/21, Lex

6. Orzeczenia sądów okręgowych

Wyrok SO w Gdańsku z 27.11.2006 r., III Ca 1019/06, Lex
Wyrok SO w Zielonej Górze z 15.10.2007 r., VGaz 90/07, Lex
Wyrok SO w Warszawie z 14.02.2013 r., XXIII Ga 2137/12, Lex
Wyrok SO w Warszawie z 18.02.2013 r., V Ca 2948/12, Legalis
Wyrok SO w Szczecinie z 12.11.2014 r., VIII Ga 327/14, www.szukio.pl
Wyrok SO w Rzeszowie z 5.10.2018 r., VI Ga 452/18, www.szukio.pl
Wyrok SO Warszawa-Praga z 23.11.2018 r., IV Ca 1493/18, www.szukio.pl
Wyrok SO w Rzeszowie z 25.10.2019 r., VI Ga 699/19, www.szukio.pl
Wyrok SO w Nowym Sączu z 27.05.2020 r., III Ca 252/20, www.szukio.pl
Wyrok SO w Warszawie z 9.11.2021 r., XXIII Zs 103/21, Lex
Wyrok SO w Warszawie z 26.11.2021 r., XXIII Zs 101/21, www.szukio.pl.
Wyrok SO w Warszawie z 11.03.2022 r., XXIII Zs 146/21, Lex
Wyrok SO w Warszawie, z 13.04.2022 r., XXIII Zs 7/22, Legalis
Wyrok SO w Warszawie, z 13.04.2022 r., XXIII Zs 35/22, Legalis
Wyrok SA w Poznaniu z 28.04.2022 r., I AGa 321/21, Lex
Wyrok SO w Warszawie z 21.06.2022 r., XXIII Zs 5/22, Lex
wyrok SO w Warszawie z 31 maja 2023 r., XXIII Zs 32/23, Lex

7. Orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej

Wyrok KIO z 14.07.2009 r., KIO/UZP 812/09, Lex
Wyrok KIO z 17.07.2009 r., KIO/UZP 857/09, Lex
Wyrok KIO z 23.05.2011 r., KIO 973/11, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 6.06.2012 r., KIO 707/12, KIO 729/12, Lex
Wyrok KIO z 19.07.2013 r., KIO 1623/13, Lex

Wyrok KIO z 1.10.2013 r., KIO 2218/13, Lex
Wyrok KIO z 27.03.2014 r., KIO 487/14, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 7.08.2014 r., KIO 1495/14, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 20.08.2014 r., KIO 1608/14, Lex
Wyrok KIO z 27.05.2015 r., KIO 1018/15, Lex
Wyrok KIO z 5.11.2015 r., KIO 2288/15, Lex
Wyrok KIO z 10.11.2015 r., KIO 2311/15, Lex
Wyrok KIO z 26.05.2017 r., KIO 947/17, Legalis
Wyrok KIO z 4.08.2017 r., KIO 1507/17, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 25.09.2017 r., KIO 1869/17, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 8.11.2017 r., KIO 2240/17, Legalis
Wyrok KIO z 6.02.2018 r., KIO 127/18, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 16.01.2018 r., KIO 47/18, Lex
Wyrok KIO z 15.02.2018 r., KIO 155/18, Legalis
Wyrok KIO z 26.02.2018 r., KIO 245/18, Legalis
Wyrok KIO z 6.04.2018 r., KIO 484/18, Lex
Wyrok KIO z 15.06.2018 r., KIO 991/18, KIO 997/18, KIO 1000/18, KIO 1007/18 i KIO 1016/18, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 19.06.2018 r., KIO 1126/18, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 22.06.2018 r., KIO 1146/18, Legalis
Wyrok KIO z 21.08.2018 r., KIO 1549/18, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 28.08.2018 r., KIO 1611/18, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 12.10.2018 r., KIO 1951/18, Legalis
Wyrok KIO z 14.01.2019 r., KIO 2613/18, Legalis
Wyrok KIO z 28.01.2019 r., KIO 26/19, Legalis
Wyrok KIO z 10.05.2019 r., KIO 693/19, Legalis
Wyrok KIO z 16.05.2019 r., KIO 797/19, Lex
Wyrok KIO z 21.05.2019 r., KIO 817/19, Lex
Wyrok KIO z 2.07.2019 r., KIO 1082/19, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 3.07.2019 r., KIO 1100/19, Legalis
Wyrok KIO z 27.08.2019 r., KIO 1576/19, Legalis
Wyrok KIO z 24.09.2019 r., KIO 1747/19, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 3.10.2019 r., KIO 1828/19, Legalis
Wyrok KIO z 8.11.2019 r., KIO 2017/19, Lex
Wyrok KIO z 12.11.2019 r., KIO 2176/19, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 23.12.2019 r., KIO 2532/19, Lex
Wyrok KIO z 22.01.2020 r., KIO 36/20, Legalis
Wyrok KIO z 27.01.2020 r., KIO 31/20, Legalis

Wyrok KIO z 28.01.2020 r., KIO 72/20, Legalis
Wyrok KIO z 7.02.2020 r., KIO 130/20, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 3.02.2020 r., KIO 105/20, Legalis
Wyrok KIO z 7.07.2020 r., KIO 839/20, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 7.09.2020 r., KIO 1592/20, Lex
Wyrok KIO z 12.11.2020 r., KIO 2777/20, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 16.11.2020 r., KIO 2801/20, Lex
Wyrok KIO z 4.01.2021 r., KIO 3293/20, Lex
Wyrok KIO z 8.01.2021 r., KIO 2252/20, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 27.01.2021 r., KIO 3511/20, Legalis
Wyrok KIO z 2.02.2021 r., KIO 3512/21, Legalis
Wyrok KIO z 8.02.2021 r., KIO 71/21, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 5.03.2021 r., KIO 89/21, Legalis
Wyrok KIO z 22.03.2021 r., KIO 350/21, Lex
Wyrok KIO z 6.04.2021 r., KIO 683/21, Lex
Wyrok KIO z 23.04.2021 r., KIO 666/21, Legalis
Wyrok KIO z 8.06.2021 r., KIO 921/21 KIO 1288/21, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 11.06.2021 r., KIO 1343/21, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 5.07.2021 r., KIO 1381/21, Lex
Wyrok KIO z 12.07.2021 r., KIO 1549/21, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 23.07.2021 r., KIO 1482/21, Legalis
Wyrok KIO z 1.09.2021 r., KIO 2074/21, Legalis
Wyrok KIO z 19.11.2021 r., KIO 3078/21, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 19.11.2021 r., KIO 3260/21, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 26.11.2021 r., KIO 3233/21, Lex
Wyrok KIO z 30.11.2021 r., KIO 3335/21, Lex
Wyrok KIO z 10.12.2021 r., KIO 2864/21, Lex
Wyrok KIO z 13.12.2021 r., KIO 3467/21, Legalis
Wyrok KIO z 13.12.2021 r., KIO 3499/21, Lex
Wyrok KIO z 18.01.2022 r., KIO 3795/21, Lex
Wyrok KIO z 21.01.2022 r., KIO 3761/21, Legalis
Wyrok KIO z 28.01.2022 r., KIO 64/22, Legalis
Wyrok KIO z 4.02.2022 r., KIO 3579/21, Lex
Wyrok KIO z 15.02.2022 r., KIO 206/22, Legalis
Wyrok KIO z 7.03.2022 r., KIO 414/22, Lex
Wyrok KIO z 14.03.2022 r., KIO 449/22, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 14.03.2022 r., KIO 464/22, Lex

Wyrok KIO z 18.03.2022 r., KIO 566/22, Lex
Wyrok KIO z 22.03.2022 r., KIO 650/22, Legalis
Wyroku KIO z 24.03.2022 r., KIO 620/22, Lex
Wyrok KIO z 5.04.2022 r., KIO 685/22, Lex
Wyrok KIO z 7.04.2022 r., KIO 782/22, Legalis
Wyrok KIO z 19.04.2022 r., KIO 892/22, Lex
Wyrok KIO z 24.04.2022 r., KIO 914/22, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 25.04.2022 r., KIO 914/22, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 27.04.2022 r., KIO 909/22, Lex
Wyrok KIO z 14.06.2022 r., KIO 1192/22, Lex
Wyrok KIO z 7.07.2022 r., KIO 1602/22, Lex
Wyrok KIO z 11.07.2022 r., KIO 1622/22, www.szukio.pl
Wyrok KIO z 19.07.2022 r., KIO 1790/22, Lex
Wyrok KIO z 25.10.2022 r., KIO 2532/22, Lex
Wyrok KIO z 2.11.2022 r., KIO 2725/22, Lex
Wyrok KIO z 07.12.2022 r., KIO 3128/22, Legalis
Wyrok KIO z 19.12.2022 r., KIO 3173/22, Lex
Wyrok KIO z 11.01.2023 r., KIO 3507/22, Lex
Wyrok KIO z 23.01.2023 r., KIO 58/23, Lex
Wyrok KIO z 8.03.2023 r., KIO 481/23, Lex
Wyrok KIO z 14.03.2023 r., KIO 557/23, Lex
wyrok KIO z 27.03.2023 r., KIO 540/23, Lex
Wyrok KIO z 30.03.2023 r., KIO 746/23, Lex
Wyrok KIO z 20.04.2023 r., KIO 974/23, Lex
Wyrok KIO z 2.06.2023 r., KIO 1388/23, Lex
Wyrok KIO z 17.08.2023 r., KIO 2258/23, Lex
Wyrok KIO z 22.09.2023 r., KIO 2516/2023, Lex
Wyrok KIO z 29.01.2024 r., KIO 99/2024, Lex
Wyrok KIO z 31.01.2024 r., KIO 77/2024, Lex
Wyrok KIO z 5.02.2024 r., KIO 32/2024, Lex
Wyrok KIO z 13.02.2024 r., KIO 208/24, Lex

8. Materiały internetowe

BGB - nichtamtliches Inhaltsverzeichnis [na:] <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb>

Burgerlijk Wetboek Boek 3 - Parlementaire monitor [na:]
<https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vvij5epmj1ey0/vi5cg76u9vs7>

CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007 - CISG_Advisory_Council_Opinion_No_7.pdf, <https://ciscgac.com/opinions/ciscgac-opinion-no-7>.

CISG-AC Opinion No. 20, Hardship under the CISG, Rapporteur: Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, Mexico. Adopted by the CISG Advisory Council following its 27th meeting, in Puerto Vallarta, Mexico on 2 – 5 February 2020 - Opinion-No-20-CISG-and-Hardship-Official.pdf, <https://ciscgac.com/opinions/ciscgac-opinion-no-20>.

CISG-AC Opinion No. 21, Delivery of Substitute Goods and Repair under the CISG, Rapporteurs: Professor (em.) Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., University of Basel, Switzerland, and Dr. Ilka H. Beimel, Germany. Adopted unanimously by the CISG Advisory Council following its 27th meeting in Puerto Vallarta, Mexico, on 3 and 4 February 2020, <https://ciscgac.com/opinions/ciscgac-opinion-no-21>.

Dutch Civil Law, <http://www.dutchcivillaw.com>

Gaius: Commentary IV [na:] <http://www.thelatinlibrary.com/gaius4.html>

The Institutes of Gaius [na:] <http://thelatinlibrary.com/law/gaius4.html>

Klatka J., Odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, „Rejent” 1997, Nr 4 – https://ciscg-online.org/files/commentFiles/Klatka_72_4_Rejent_1997_134.pdf

Komentarz Sekretariatu dotyczący pierwotnego art. 79 CISG: zob. https://ciscg-online.org/media/O5L5QE54/Sekretariat-Commentary_Article_79_CISG.pdf

Komisja Europejska, „Wytyczne dla osób odpowiedzialnych za udzielanie zamówień publicznych dotyczących unikania najczęstszych błędów popełnianych w projektach finansowanych z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych” – zob. [guidance_public_procurement_2018_pl.pdf](https://ec.europa.eu/regional_policy/information-sources/publications/guidelines/2018/public-procurement-guidance-for-practitioners-2018_pl), s. 17, https://ec.europa.eu/regional_policy/information-sources/publications/guidelines/2018/public-procurement-guidance-for-practitioners-2018_pl

Nowicki P., Wiktorowska E., Styliński J., Wskazówki dla zamawiających publicznych do opracowania analizy potrzeb i wymagań – Urząd Zamówień Publicznych, s. 10, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0023/45374/Wskazowki-w-przedmiocie-analizy-potrzeb-i-wymagan.pdf

<https://www.ohchr.org/en/publications/reference-publications/guiding-principles-business-and-human-rights>

Opinia UZP „Przykładowe klauzule przeglądowe w umowach o roboty budowlane”, s. 5, www.uzp.gov.pl

https://www.trans-Lex.org/400200/_pecl/

Pismo z dnia 7.11.2022 r., wydane przez: Urząd Zamówień Publicznych, Podstawy zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w związku z przepisami ograniczającymi wysokość cen energii elektrycznej, www.uzp.gov.pl

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, <https://ekomentarzPzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-433>

Rosenblueth I., Korzonek J., Kodeks zobowiązań. Komentarz; przepisy wprowadzające - wyciągi z motywów ustawodawczych - ustawy dodatkowe T.1, „Biblioteka Wydziału Prawa i Administracji UAM” (1936), <https://www.wbc.poznan.pl/dlibra/doccontent?id=79649>

Słownik Języka Polskiego: <https://sjp.pwn.pl/>

Stanowisko UZP – „Opinia dotycząca opisu przedmiotu zamówienia”,
<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-Pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/opinia-dotyczaca-opisu-przedmiotu-zamowienia>

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg_digest_2016.pdf

UN Guiding Principles on Business and Human Rights, Nowy Jork, Genewa 2011 [na:]
https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

Uzasadnienie rozporządzenia w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, s. 12;
<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//526/12338054/12717495/12717496/dokument463742.pdf>

Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – Urząd Zamówień Publicznych, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-Pzp/inne/warunki-udzialu-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>

Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenia żądane na ich potwierdzenie – Urząd Zamówień Publicznych, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-Pzp/inne/warunki-udzialu-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego-oraz-oswiadczenia-zadane-na-ich-potwierdzenie>

<https://www.wbc.poznan.pl/dlibra/doccontent?id=79649>

„Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji stron umowy” – www.uzp.gov.pl

http://www.zskosinski.website.pl/kolohis/studia/Hammurabiego_Kodeks.pdf