DOI: 10.31648/sp.6894

Renata Tanajewska
Uniwersytet w Białymstoku
ORCID: 0000-0002-5673-1852
r.tanajewska@uwb.edu.pl

Niedozwolone postanowienia umowne w Prawie zamówień publicznych

Wprowadzenie

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych[1], uchylając poprzedni akt prawny stanowiący prawo w tym zakresie, stała się podstawową regulacją systemu zamówień publicznych. Zgodnie z uzasadnieniem rządowego projektu ustawy, celem ustanowienia nowej regulacji p.z.p. było wprowadzenie rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielania zamówień publicznych. Poprzednio obowiązujący akt prawny nie był ustawą doskonałą, na co uwagę zwracali zarówno przedstawiciele doktryny p.z.p., jak również podmioty biorące czynny udział w tych procedurach. Stałym problemem prawnym były relacje między zamawiającym a wykonawcą, gdzie próbowano przenosić odpowiedzialność za realizację umów wyłącznie na wykonawcę. Ponadto konstrukcja ustawy i treść wielu przepisów nie w każdej części była klarowna i zrozumiała, w konsekwencji czego wielokrotnie powstawały wątpliwości odnośnie obowiązku stosowania ustawy czy też wyboru stosownej procedury. Nowe p.z.p. zwraca szczególną uwagę na rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw. Ponadto istotną kwestią stają się innowacyjne produkty i usługi. Konieczne stało się również zwiększenie przejrzystości i spójności regulacji w zakresie zamówień publicznych. Ustawa jest odpowiedzią na wyzwanie postawione w Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju[2], w której wskazano, że zamówienia publiczne są jednym z obszarów, których usprawnienie może przyczynić się do zapewnienia stałego wzrostu gospodarczego kraju przez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu.

[1] Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm., dalej jako p.z.p.

[2] https://www.gov.pl/web/fundusze-regiony/informacje-o-strategii-na-rzecz-odpowiedzialnego-rozwoju (data dostępu: 12.04.2021).

Ustawa ma na celu kompleksowe uregulowanie materii zamówień publicznych, stanowiących umowy o charakterze odpłatnym zawierane między zamawiającymi a wykonawcami, których przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego robót budowlanych, dostaw lub usług od wybranego wykonawcy. W ramach funkcjonalności ustawy ustawodawca zwraca w przedmiotowym akcie prawnych szczególną uwagę na rolę zamawiającego w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, kładąc nacisk na obowiązek współdziałania. Wprowadza także nowe pojęcie w zamówieniach publicznych – niedozwolone postanowienia umowne. Termin ten znany jest w całej cywilistyce, jednakże wcześniej nie pojawił się w treści ustawy regulującej kwestię zamówień publicznych. Ustawodawca dostrzegł problem niekorzystnego kształtowania postanowień umownych, przenoszących odpowiedzialność na wykonawcę za zakres, na który wykonawca nie ma wpływu.

Celem artykułu jest przedstawienie niedozwolonych postanowień umownych wprowadzonych do treści nowego p.z.p. i wstępna analiza zagadnienia, jaki wpływ wprowadzony katalog może mieć na funkcjonowanie p.z.p. Przy realizacji celu artykułu stawiane są następujące pytania badawcze:

1. Czy możliwe było wykorzystanie katalogu niedozwolonych postanowień umownych zawartych w Kodeksie prawa cywilnego?
2. Jakie niedozwolone postanowienia umowne miały być wprowadzone do nowego Prawa zamówień publicznych?
3. Jakie niedozwolone postanowienia umowne ostatecznie zostały wprowadzone do nowego Prawa zamówień publicznych?
4. Jaki wpływ na realizację zamówień publicznych ma katalog niedozwolonych postanowień umownych zawarty w nowej ustawie?
5. Czy katalog niedozwolonych postanowień umownych zawarty w nowej ustawie ma wpływ na relacje pomiędzy zamawiającym a wykonawcą?

Przy opracowaniu stawianego problemu wykorzystano dogmatyczną metodę badawczą oraz analityczną metodę badawczą. Niestety, analiza orzecznictwa na tym etapie funkcjonowania nowej regulacji prawnej nie jest możliwa do przeprowadzenia w satysfakcjonującym zakresie z powodu braku opublikowanych orzeczeń wydanych na podstawie nowej regulacji. Została jednak przeprowadzona w zakresie orzeczeń wydanych na podstawie Kodeksu cywilnego. Metoda dogmatyczna została wykorzystana w taki sposób, że przeanalizowano przepisy Kodeksu cywilnego (dalej jako k.c.) oraz ustawy p.z.p. Metoda analityczna polegała na przeglądzie naukowych opracowań i poglądów przedstawicieli doktryny w zakresie poruszanego zagadnienia.

Pojęcie niedozwolonych postanowień umownych

Pojęcie niedozwolonych postanowień umownych pochodzi z prawa francuskiego, gdzie określono je terminem klauzul abuzywnych[3]. W polskim prawie cywilnym o niedozwolonych postanowieniach umownych traktuje art. 385^1 k.c.[4] Zgodnie z treścią art. 385^1 § 1 k.c. postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nieuzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. W paragrafie 3 wskazanego przepisu prawa ustawodawca wskazuje także, że nieuzgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta. Natomiast w art. 385^3 k.c. zawarto przykładowy katalog postanowień, które mają cechy charakterystyczne dla niedozwolonych postanowień umownych.

Wprowadzenie pojęcia i przykładowego katalogu niedozwolonych postanowień umownych miało na celu ochronę słabszej strony stosunku obligacyjnego, za jaką uznawany jest konsument[5].

W ramach interpretacji znaczenia niedozwolonych postanowień umownych zwraca się uwagę na ich sprzeczność z dobrymi obyczajami, jak również z zasadami współżycia społecznego. Na te aspekty także zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 20 listopada 2020 r., sygn. akt I ACa 291/20[6], stwierdzając że za „sprzeczne z dobrymi obyczajami" uważa się m.in. działania wykorzystujące niewiedzę, brak doświadczenia konsumenta, zmierzające do dezinformacji i wywołania błędnego przekonania, ale także niezapewniające rzetelnej, prawdziwej pełnej informacji. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Sądu Najwyższego, „dobre obyczaje" są równoważnikiem zasad współżycia społecznego, które obejmują reguły wiążące nie tylko w obrocie powszechnym, ale i w stosunkach z udziałem profesjonalistów. Natomiast pojęcie interesów konsumenta należy rozumieć szeroko, zarówno w kategoriach interesu prawnego, jak i ekonomicznego, w tym na gruncie umowy kredytowej,

---

[3] M.P. Ziemniak, *Klauzule abuzywne w polskim obrocie ubezpieczeniowym. Ocena mechanizmów ochrony konsumenta w Polsce na tle rozwiązań niemieckich i francuskich*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2008, nr 1, s. 97.

[4] Zob. M. Jabłoński, *Klauzule abuzywne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracyjnego" 2011, nr 85, s. 257–269; A. Trocińska, *Klauzule abuzywne w polskim prawie cywilnym*, [w:] R. Sowiński (red.), *Instrumenty ochrony konsumenta*, Gorzów Wielkopolski 2010, s. 51–55.

[5] Szerzej: M.P. Ziemniak, op. cit., s. 97–108.

[6] Legalis nr 2530567.

powinna uwzględniać aspekt bezpieczeństwa finansowego. W związku z tym jako „rażące naruszenie interesów konsumenta" należy rozumieć jako nieusprawiedliwioną dysproporcję praw na jego niekorzyść w określonym stosunku obligacyjnym.

Zasadą wynikającą z prawa cywilnego jest każdorazowo indywidualna analiza, czy dane postanowienie należy definiować jako niedozwolone. Zgodnie z tezą wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 8 grudnia 2020 r., sygn. akt I ACa 622/19[7], w każdej indywidualnej sprawie, w ramach której stwierdzono niedozwolony charakter postanowienia umownego, na podstawie art. 385^1 § 1 k.c. konieczna jest weryfikacja istnienia podstaw do stwierdzania nieważności czynności prawnej jako całości. Wyłączony jest przy tym automatyzm wywołany stanowiskiem konsumenta, szczególnie gdy na podstawie faktów ustalonych w postępowaniu sąd uzna, że usprawiedliwiony interes słabszej strony stosunku umownego będzie dostatecznie chroniony w inny sposób, aniżeli wynikając ze zniesienia ze skutkiem *ex tunc* tego stosunku umownego.

Podobnie, zgodnie z tezą wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 25 listopada 2020 r., sygn. akt I ACa 705/17[8], sąd ma obowiązek dokonania z urzędu oceny umowy zawartej z konsumentem pod kątem ewentualnej abuzywności postanowień umownych w niej zawartych i wyciągnięcia odpowiednich wniosków prawnych. Przedsiębiorca, zamieszczając w umowie niedozwolone, nieuczciwe postanowienia, musi się liczyć z ich zakwestionowaniem przez konsumenta i konsekwencjami uznania ich za abuzywne. Moment, kiedy to następuje, ma drugorzędne znaczenie, skoro i tak oceny abuzywności danego postanowienia umownego dokonuje się na datę zawarcia umowy. W praktyce może się tak zdarzyć, że konsument wykonuje umowę mimo zawartych w niej nieuczciwych postanowień, a dopiero po pewnym czasie, pod wpływem zaistniałych okoliczności (np. wzrostu kursu walut) zaczyna rozważać charakter poszczególnych postanowień i podważać swoje związanie nimi.

W literaturze z zakresu ochrony praw konsumenta wskazuje się, że uregulowanie w k.c. pojęcia niedozwolonych postanowień umownych miało na celu ochronę wyłącznie jednej ze stron stosunku prawnego – konsumenta, który w relacji z przedsiębiorcą ma słabszą pozycję negocjacyjną[9].

---

[7] Legalis nr 2545931.

[8] Legalis nr 2533269.

[9] Zob. K. Lichoń, *Klauzule abuzywne a postępowanie przed sądem polubownym z udziałem konsumenta*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2015, nr 7, s. 32–40; R. Trzaskowski, *Wpływ uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone (art. 479(42) k.p.c.) i zakazu jego stosowania na indywidualne stosunki prawne kształtowane z wykorzystaniem tego postanowienia wzorca*, [w:] J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 2, Warszawa 2011, s. 2585–2606; M. Durbas, *Klauzule abuzywne a konkurencja*, [w:] P. Serrand (red.), *Prawo konkurencji na skrzyżowaniu prawa europejskiego i krajowego, publicznego i prywatnego*, Materiały z polsko-francuskiego seminarium (Kraków, 23.04.2010 r.), Kraków 2010, s. 9–28.

Mimo funkcjonującej zasadzie jedności prawa cywilnego, klauzule abuzywne zawarte w k.c. nie mogą znaleźć zastosowania bezpośrednio w stanie prawnym dotyczącym realizacji zamówień publicznych. Jednak w projekcie ustawy nawiązano do klauzul abuzywnych jako do wzoru kształtowania ochrony słabszej strony, nawet w umowach o charakterze obustronnie profesjonalnym. Nie ma wątpliwości, że jeżeli pojęcie niedozwolonych postanowień umownych ma na celu ochronę konsumenta, nie ma prawnej możliwości, aby przepisy dotyczące niedozwolonych postanowień umownych zawarte w k.c. mogły znaleźć bezpośrednie zastosowanie w sprawach z zakresu p.z.p. Zarówno zamawiający, jak i wykonawca są podmiotami profesjonalnymi, co oznacza, że umowy zawierają w związku z prowadzoną działalnością o charakterze zawodowym, posiadają stosowne kwalifikację, wiedzę i doświadczenie umożliwiające należyte wykonanie takiej umowy. Faktem jest, że wielokrotnie w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na to, że wykonawca jest słabszą stroną umowy zawieranej w ramach procedur p.z.p., ponieważ generalnie nie ma wpływu na treść zawieranej umowy, a jej zawarcie ma charakter przystąpienia. Stąd też projektowane klauzule abuzywne w p.z.p. miały swoje źródło pośrednie w przepisach k.c. (ochrona słabszej strony umowy).

W konsekwencji statusu prawnego wykonawcy do umów o zamówienie publiczne nie mogą znaleźć zastosowania przepisy k.c. stanowiące o niedozwolonych postanowieniach umownych. Niemniej jednak podczas naukowych dysput zwracano uwagę, że podobna ochrona, jaka towarzyszy funkcjonowaniu konsumentów, powinna być także wprowadzona w zakresie działalności wykonawcy w p.z.p.[10] Potrzeba ta wynikała z praktyki udzielania zamówień, bowiem zamawiający wprowadzali do umów o zamówienie publiczne postanowienia, które obciążały przede wszystkim wykonawców. Zasadniczym problemem tych umów było przenoszenie odpowiedzialności na wykonawcę za zdarzenia, na które faktycznie nie miał wpływu, a które powodowały negatywne skutki prawne w zakresie jego interesu prawnego[11]. Zamawiający wielokrotnie wykorzystywali fakt, że umowa o zamówienie publiczne zawiera elementy umowy adhezyjnej. Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu, nie ma bowiem wpływu na treść przyszłej umowy. Po wygranym postępowaniu zamawiający przedstawiał zwykle wykonawcy przygotowaną umowę w sposób niekorzystny kształtującą prawa i obowiązki wykonawcy. Zamawiający uzasadniali taką treść umów o zamówienie publiczne koniecznością ochrony interesu publicznego i finansów publicznych, jednocześnie dopuszczając się nadużyć wolności kontraktowej.

---

[10] https://kbzlegal.pl/klauzule-abuzywne-w-swietle-nowego-prawa-zamowien-publicznych/.

[11] https://przetargowa.pl/klauzule-abuzywne-w-nowym-prawie-zamowien-publicznych/#Skad_potrzeba _wprowadzenia_katalogu_postanowien_niedozwolonych.

Niedozwolone postanowienia umowne w nowym p.z.p.

Zasadniczym sygnałem w kierunku ustawodawcy w zakresie konieczności wprowadzenia w p.z.p. katalogu niedozwolonych postanowień umownych był dokument opublikowany w czerwcu 2018 r. – Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych[12]. Przykładowymi klauzulami niedozwolonymi wskazanymi w dokumencie miały być postanowienia umowy naliczające kary umowne za opóźnienie, które wynika z winy zamawiającego, wprowadzające nieproporcjonalnie wysokie kary umowne w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za wykonanie świadczeń, które nie były możliwe. W Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych odwoływano się do „rażącej nieproporcjonalności". W późniejszym projekcie nowego p.z.p. z tego pojęcia zrezygnowano, ponieważ przedstawiciele doktryny postawili zarzut, że proponowany przepis *de facto* narusza zasadę proporcjonalności[13]. Zrezygnowano także z otwartego katalogu niedozwolonych postanowień umownych na rzecz zamkniętego, w sposób ścisły, porządkującego to zagadnienie. Zabieg legislacyjny w tym zakresie trudno jest ocenić na tym etapie funkcjonowania ustawy, ale wydaje się, że ewentualne rozszerzenie katalogu zamkniętego może przysparzać problemów. Ograniczony też został wpływ judykatury na kształtowanie klauzul abuzywnych w p.z.p.

W konsekwencji wzmożonej współpracy Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urzędu Zamówień Publicznych ustawodawca w projekcie nowej ustawy z dnia 21 stycznia 2019 r. przewidział przepis regulujący kwestię klauzul niedozwolonych[14]. W projekcie nowego p.z.p.[15] wskazano m.in., że umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą oraz wprowadzono katalog niedozwolonych postanowień umownych w umowach zawieranych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą[16].

Ostateczna treść art. 433 p.z.p. wskazuje na katalog zamknięty niedozwolonych postanowień umownych, gdzie projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest

[12] https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf (data dostępu: 20.04.2021).

[13] B. Sołtys, *Zapobieganie nadużyciom wolności kontraktowej w założeniach i projekcie nowego prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2019, nr 8, s. 14–22.

[14] https://codozasady.pl/p/klauzule-abuzywne-w-swietle-nowego-prawa-zamowien-publicznych (data dostępu: 20.04.2021).

[15] https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/4735A24782F36B5DC12584350055ABB1/%24File/3624.pdf (data dostępu: 20.04.2021).

[16] https://zamowienia.org.pl/tag/klauzule-abuzywne/ (data dostępu: 20.05.2021).

to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający oraz możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W odniesieniu do projektu ustawy ustawodawca ostatecznie zrezygnował z ochrony przed nadużyciami kontraktowymi zamawiających[17].

Zgodnie z p.z.p. w umowie o zamówienie publiczne nie mogą znaleźć się postanowienia przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Istotną kwestią w tym rodzaju postanowień jest zdefiniowanie pojęcia „opóźnienie". Przedstawiciele doktryny wskazują, aby kategorycznie ze znaczenia tego terminu wyłączyć opóźnienie *sensu stricto* czy opóźnienie zwykłe, bowiem za takie zgodnie z prawem cywilnym dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Wobec tego „opóźnienie" należy interpretować jako zwłokę, czyli takie, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność także na gruncie przepisów k.c.[18]

Następnie ustawodawca wskazuje, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Zgodnie z zasadą jedności prawa cywilnego oraz na podstawie art. 8 ust. 1 p.z.p., zastosowanie będzie miał art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Bez wątpienia regulacja w tym zakresie była koniecznością, ponieważ zamawiający nader często kreowali postanowienia umowne dotyczące kar umownych w sposób rażący, nadużywając swoich praw poprzez przenoszenie na wykonawców odpowiedzialności za kwestie niezwiązane z nimi. Przykładowo można tu wskazać brak płynności finansowej po stronie zamawiającego, w konsekwencji czego następowało opóźnienie w dostawie materiałów budowlanych i opóźnienie po stronie wykonawcy, które – mimo że przez niego niezawinione – traktowane było jako zwłoka w realizacji umowy.

Zgodnie z kolejną kategorią prezentowaną w art. 433 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Regulacja ta nie wprowadza nowego stanu prawnego. Zgodnie z art. 473 § 1 k.c.

---

[17] Zob. K. Grochecka-Goljan, *Odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie w świetle aktualnego orzecznictwa KIO oraz przepisów nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca" 2020, nr 1, s. 62–66.

[18] Szerzej: R. Szostak, *Zastrzeżenie kary umownej na tle nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca" 2021, nr 8, s. 48–58.

dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Jednakże regulacja istniejąca na gruncie k.c. przewiduje dobrowolne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika za zobowiązanie, którego powstanie nie jest wynikiem działania tego dłużnika. Natomiast w praktyce umów z zakresu zamówień publicznych zdarzały się sytuacje, kiedy zamawiający kształtował postanowienia umowy w taki sposób, że wykonawca za takie okoliczności ponosił odpowiedzialność kontaktową i nie miał faktycznej możliwości negocjowania takich warunków. Wobec takiej praktyki wprowadzenie ograniczenia w zakresie przenoszenia odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, uważa się za słuszny i konieczny zabieg korzystnie wpływający na interes prawny wykonawcy.

Wydaje się ważny w tym zakresie wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r. sygn. akt I CSK 748/12[19], gdzie Sąd Najwyższy wskazuje, że rozszerzając na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej (art. 483 § 1 k.c.), strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne niż wynikające z ustawy okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie mogą to być okoliczności obciążające wierzyciela (art. 353^1 k.c.). Ponadto stwierdza, że chociaż odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy, zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa[20].

Ostatnia kategoria postanowień umownych zakazana przez p.z.p. to projektowane postanowienia, przewidujące możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Ustawodawca ogranicza swobodę zamawiającego w zakresie zastrzegania sobie w umowie prawa do ograniczenia zakresu za-

[19] MP z 2014 r., nr 12, s. 638.

[20] Szerzej: D. Ćwik, *Kary umowne w umowach w sprawie zamówienia publicznego*, [w:] M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 2, Warszawa 2020, s. 1223–1323.

mówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Rozwiązanie to zapewnia możliwość ustalenia przez minimalnego, pewnego zakresu lub wielkości przyszłego swojego świadczenia, a także wysokości odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. W literaturze przedmiotu wskazuje się na dwojaki charakter tego zakazu. Z jednej strony bowiem chroni on wykonawcę przed ewentualnymi stratami, które mogą powstać po stronie wykonawcy w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie, podczas gdy jego rzeczywisty wymiar w wyniku późniejszego działania zamawiającego mógłby okazać się mniejszy. Z drugiej strony, mając na uwadze art. 99 ust. 1 p.z.p., 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[21]. Ma to na celu ochronę interesu wykonawcy, który – zawierając umowę – powinien być pewny co do zakresu realizowanych usług, tak aby był w stanie ocenić, czy jest to zadanie dla niego opłacalne.

Podsumowanie

Wprowadzenie art. 433 p.z.p., jako zamkniętego katalogu niedozwolonych postanowień umownych, należy oceniać w dwóch aspektach: stanowienia prawa i jego stosowania. Na pewno pod względem stanowienia nie jest dobrym zabiegiem legislacyjnym zamknięcie przedmiotowego katalogu. To ograniczyło w znacznym zakresie możliwość jego modyfikacji, przede wszystkim poprzez rozszerzenie. Każdorazowa zmiana będzie wymagała zmiany ustawy, a to znowu przeprowadzenia pełnego procesu stanowienia prawa. W konsekwencji każda ewentualna zmiana treści p.z.p. będzie wymagała procedowania parlamentu, co może skutkować brakiem możliwości reakcji na bieżącą sytuację gospodarczą. Pokazała to już pandemia COVID-19, gdzie wielu wykonawców napotkało ogromne problemy z terminową realizacją umów i konieczne było wprowadzenie zmian w treści p.z.p. *ad hoc*. W wielu przypadkach, o czym informują środowiska zrzeszające przedsiębiorców, zmiany te pojawiły się zbyt późno i obecnie trwają spory sądowe o nienależyte wykonanie umów o zamówienie publiczne, np. w wyniku opóźnień z powodu braku pracowników (kwarantanna).

Analizując aspekt stosowania prawa, wydaje się, że przepis wymaga jednak doprecyzowania w taki sposób, aby usunąć sformułowanie „projektowane" umowy. Wówczas ochrona wykonawcy mogłaby faktycznie mieć wymiar pełnej.

[21] M. Jaworska, *Komentarz do art. 433*, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2021, Legalis. Zob. także P. Granecki, I. Granecka, *Komentarz do art. 433*, [w:] P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2021, Legalis.

Natomiast w jaki sposób faktycznie katalog zawarty w art. 433 p.z.p. będzie chronił wykonawców, niestety pokaże praktyka i przyszłość funkcjonowania nowej ustawy.

Z drugiej strony dzięki wprowadzeniu katalogu niedozwolonych postanowień umownych w treści p.z.p. wykonawca, który uważa, że w projektowanej umowie o zamówienie publiczne znajdują się klauzule spełniające przesłanki z art. 433 p.z.p., uzyskał możliwość wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej[22]. Uprawnienie to wynika z art. 505 w zw. z art. 513 pkt 1 p.z.p. Jeżeli argumentacja wykonawcy w zakresie zgłoszonego odwołania zostanie uwzględniona przez Krajową Izbę Odwoławczą, zgodnie z treścią art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c p.z.p., możliwe będzie nakazanie zmiany projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie. Wskazuje się jednak wśród praktyków, że klauzule niedozwolone, wskazane w art. 433 p.z.p., są jedynie wskazówką interpretacyjną, która może posłużyć wykonawcom w formułowaniu treści zarzutów w odwołaniu[23]. Faktyczna ochrona wykonawcy może nastąpić dopiero w wyniku wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Wykaz literatury

Ćwik D., *Kary umowne w umowach w sprawie zamówienia publicznego*, [w:] M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Piecznia k, J. Szczotka (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.

Durbas M., *Klauzule abuzywne a konkurencja*, [w:] P. Serrand (red.), *Prawo konkurencji na skrzyżowaniu prawa europejskiego i krajowego, publicznego i prywatnego*, Materiały z polsko-francuskiego seminarium (Kraków, 23.04.2010 r.), Kraków 2010.

Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.

Grochecka-Goljan K., *Odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie w świetle aktualnego orzecznictwa KIO oraz przepisów nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca" 2020, nr. 1.

Jabłoński M., *Klauzule abuzywne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 2011, nr 85.

Jaworska M., Grześkowiak-Stojek D., Jarnicka J., Matusiak A. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.

Lichoń K., *Klauzule abuzywne a postępowanie przed sądem polubownym z udziałem konsumenta,* „Przegląd Prawa Handlowego" 2015, nr 7.

Sołtys B., *Zapobieganie nadużyciom wolności kontraktowej w założeniach i projekcie nowego prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2019, nr 8.

[22] Por. P. Winczorek, *W sprawie zakresu skutków uznania postanowienia wzorca umownego za niedozwolone i jego zgodności z Konstytucją RP*, „Przegląd Sądowy" 2013, nr 9, s. 7–19.

[23] https://codozasady.pl/p/klauzule-abuzywne-w-swietle-nowego-prawa-zamowien-publicznych (data dostępu: 10.06.2021).

Szostak R., *Zastrzeżenie kary umownej na tle nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca" 2021, nr 8.

Trocińska A., *Klauzule abuzywne w polskim prawie cywilnym*, [w:] R. Sowiński (red.), *Instrumenty ochrony konsumenta*, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa, Gorzów Wielkopolski 2010.

Trzaskowski R., *Wpływ uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone (art. 479(42) k.p.c.) i zakazu jego stosowania na indywidualne stosunki prawne kształtowane z wykorzystaniem tego postanowienia wzorca*, [w:] J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 2, LexisNexis, Warszawa 2011.

Winczorek P., *W sprawie zakresu skutków uznania postanowienia wzorca umownego za niedozwolone i jego zgodności z Konstytucją RP*, „Przegląd Sądowy" 2013, nr 9.

Ziemniak M.P., *Klauzule abuzywne w polskim obrocie ubezpieczeniowym. Ocena mechanizmów ochrony konsumenta w Polsce na tle rozwiązań niemieckich i francuskich*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2008, nr 1.

Summary

Forbidden contractual clauses in Public Procurement Law

Keywords: Public Procurement Law, contract, contracting authority, contractor, abusive clauses.

The Act of 11 September 2019 – The Public Procurement Law (Journal of Laws of 2019, item 2019, as amended), repealing the previous legal act constituting the law in this respect, has become the basic regulation of the public procurement system. The act aims to comprehensively regulate the matter of public procurement, which are payable agreements concluded between the ordering party and contractors, the object of which is the purchase of works, supplies or services by the ordering party from a selected contractor. In terms of the functionality of the act, the legislator pays particular attention to the role of the ordering party in the process of granting and performing public procurement, emphasizing the duty of cooperation. It also introduces a new concept in public procurement – prohibited contractual provisions. The legislator noticed the problem of unfavourable formation of contractual provisions transferring the responsibility for the scope, over which the contractor has no influence, onto the contractor. The purpose of this article is to present the prohibited contractual provisions introduced in the new Public Procurement Law and a preliminary analysis of the issue of how the introduced catalogue may affect the functioning of the Public Procurement Law.