

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Art. 433 ustawy – Prawo zamówień publicznych (p.z.p.) został wprowadzony ustawą, która weszła w życie w 2021 roku i wskazuje katalog klauzul abuzywnych, których stosowanie przez zamawiającego jest zakazane.

Wprowadzając katalog klauzul abuzywnych, ustawodawca posłużył się regulacją wzorców abuzywnych funkcjonujących w umowach zawieranych z konsumentami, a które statuuje art. 385[1] kodeksu cywilnego (k.c.). Jednak odmiennie niż w kodeksie cywilnym katalog wzorców abuzywnych w p.z.p. jest zamknięty i stanowi zaledwie cztery pozycje. Nie jest możliwa ich interpretacja w sposób

szere jest niezwykle ważna, bowiem może się zdarzyć, iż takie postanowienie zostanie w umowie w sprawie zamówienia publicznego umieszczone i konieczna będzie analiza skutków z tym związanych oraz działań, jakie należy podjąć dalej.

Możliwe jest odwołanie

W uzasadnieniu do prawa zamówień publicznych wskazano, iż w przypadku, gdyby wykonawca miał zastrzeżenia co do umieszczonego projektowanego postanowienia umownego, będzie mógł skorzystać z odwołania do KIO. W przypadku uwzględnienia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c p.z.p. nakazuje zmianę projektowanego

obowiązek wykazania, iż obciążenie wykonawcy za opóźnienie niezawinione miało uzasadnienie w okolicznościach danej sprawy bądź też wynikało z zakresu zamówienia. W praktyce będzie to rozdziło konieczność w każdym przypadku dokonania oceny ad casum takich przypadków. Interpretacja takich pojęć, jak „uzasadnione okolicznościami” lub „zakresem zamówienia”, w świetle art. 433 p.z.p. będzie dokonywana przez KIO i sąd.

Drugą klauzulą abuzywną umieszczoną w katalogu zawartym w art. 433 p.z.p. jest zakaz naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Nieproporcjonalność nakładanych kar

okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać w żadnym zakresie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które odpowiedzialność powinien ponieść zamawiający. Brak jest możliwości przerzucenia takiego ciężaru z zamawiającego na wykonawcę. W przepisach kodeksu cywilnego na mocy art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialność nie ponosi. Oczywiście staje się zapewnienie, aby umowa dokładnie określała powiększony zakres odpowiedzialności dłużnika i zdarzenia, za które będzie

” Nieproporcjonalność nakładanych kar umownych była bardzo często przedmiotem postępowania przed KIO, jak też i sądami

jący wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców.

Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyka kontraktowych na wykonawcę. Jako

minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Jest to już ostatnia ze wskazanych w art. 433 p.z.p. klauzul abuzywnych i dotyczy możliwości ograniczenia przez zamawiającego zakresu zamówienia bez wskazania przez niego minimalnej wartości lub wielkości zobowiązania. Zamawiający ma obowiązek określić w dokumentach zamówienia minimalną wielkość lub wartość zobowiązania.

Gwarantowany poziom świadczeń

Artykuł 433 pkt 4 p.z.p. ma na celu ochronę wykonawcy przed jednostronnym działaniem zamawiającego, który mógłby ukształtować postanowienia umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia. Dopuszczalne jest dokonywanie przez zamawiającego niewielkich w tym zakresie modyfikacji. Warto w tym miejscu podkreślić, że zakazem objęto jedynie jednostronną modyfikację treści umowy przez zamawiającego. W każdym przypadku dokonywania zmiany zakresu zamówienia konieczne jest wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, która zostanie bezwzględnie zachowana. Zamawiający może w tej sytuacji dokonać zmiany zakresu zamówienia.

Także wcześniej orzecznictwo KIO potwierdza, iż przewidywane postanowienia umowy nie mogą zawierać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków wskazała, że: „Zamawiający nie opisując wielkości gwarantowanych świadczeń stosuje praktykę, która pozostawia wykonawcę w niepewności co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umo-

Niedozwolone klauzule w umowach o zamówienie publiczne



OLGA PEUDOWSKA

Zamawiający nie może wybiórczo stosować przepisów i wprowadzać niedozwolonych zapisów umownych w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, powołując się na brak konkurencyjności na rynku.

roszszerszą. Warto zastanowić się, jaki będzie miało skutek umieszczenie klauzul abuzywnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Czy ich umieszczenie spowoduje, iż nie będą wiąza-

postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli będzie niezgodne z przepisami ustawy. Uprawnienie wykonawcy wynika z art. 505 w zw. z art. 513 pkt 1 p.z.p.

Pierwszą klauzulą abuzywną umieszczoną w katalogu zawartym w art. 433 p.z.p. jest zakaz obciążania wykonawcy odpowiedzialnością za opóźnienie. Termin „opóźnienie” nie został nigdzie zdefiniowany, jednakże należy odnosić go do opóźnienia dłużnika wskazanego w k.c. W związku z tym opóźnienie ma miejsce wtedy, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w terminie ze swojej lub bez swojej winy. Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za działania lub zaniechania osób trzecich wynika z art. 474 k.c. W związku z tym w razie zwłoki dłużnika wierzyciel może żądać niezależnie od wykonania zobowiązania naprawienia wynikłej stąd szkody. W celu żądania naprawienia szkody niezbędne jest przypisanie dłużnikowi winy. Jest to tzw. kwalifikowana forma opóźnienia.

Możemy więc mieć do czynienia z opóźnieniem bądź zwłoką wykonawcy. Komentowany art. 433 p.z.p. wskazuje, iż ustawodawca prowadził nim zakaz obciążania wykonawcy odpowiedzialnością za niezawinione opóźnienie. W przypadku obciążenia wykonawcy za obciążenie niezawinione to po stronie zamawiającego leży

umownych była bardzo często przedmiotem postępowania przed KIO, jak też i sądami. Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia kara umowna, dlatego w tym zakresie po raz kolejny musimy sięgnąć do wyjaśnień zawartych w k.c. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jest to tzw. odszkodowanie, które służy naprawieniu szkody wyrządzonej wykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania o charakterze niepieniężnym. Ustawodawca wprowadził zakaz naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy, które nie jest związane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Brak związku pomiędzy karą umowną a przedmiotem zamówienia uniemożliwia nałożenie na wykonawcę kary umownej.

Odpowiedzialność zamawiającego

Trzecią klauzulą abuzywną umieszczoną w katalogu zawartym w art. 433 p.z.p. jest zakaz zastrzeżenia odpowiedzialności wykonawcy za

ponosił odpowiedzialność. Zatem w postanowieniach umowy należy określić ryzyka, za które odpowiada dłużnik. Rozszerzając na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umow-

klauzulę abuzywną KIO wskazała ryzyko przychodowe, które zostało na mocy postanowień umownych przerzucone na wykonawcę. Zdaniem Izby jest to przykład nieuzasadnionego lub nad-

” Czwartą klauzulą abuzywną jest brak możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron

nej (art. 483 § 1 k.c.), strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne okoliczności (inne niż te z ustawy) dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie mogą to być okoliczności obciążające wierzyciela (art. 353[1] k.c., SN w wyroku Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r., sygn. I CSK 748/12). Zakaz wskazany w art. 433 pkt 3 p.z.p. oznacza, iż konieczne jest badanie postanowienia umownego, które właśnie taki obowiązek na wykonawcę nakłada. Należy sprawdzić także, czy właśnie takie okoliczności w niniejszej sprawie zaistniały. KIO w wyroku z 10 grudnia 2021 r. (sygn. KIO 2864/21, sygn. KIO 2872/21) podkreśliła, że art. 433 p.z.p. został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających, polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpiecza-

miernego przerzucenia ryzyka kontraktowych na wykonawcę. Oszacowanie ryzyka przychodowego ma bezpośredni wpływ na obliczenie rekompensaty, a zamawiający nie określił sposobu obliczenia w dokumentacji zamówienia, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może wybiórczo stosować obowiązujących przepisów i wprowadzać niedozwolonych zapisów umownych w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, powołując się na brak konkurencyjności na rynku.

Czwartą klauzulą abuzywną umieszczoną w katalogu zawartym w art. 433 p.z.p. jest brak możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania

wy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy” (wyrok KIO z 11 stycznia 2008 r., sygn. KIO/UZP 33/07). Ustawa przewiduje możliwość zmiany zakresu zamówienia jednostronnie przez zamawiającego (art. 441 p.z.p.). Wówczas jednak postanowienia projektowanej umowy muszą wskazywać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron, poniżej których zamawiający nie będzie mógł dokonywać zmiany. Minimalna wartość lub wielkość świadczenia stron musi zostać podana wykonawcom. /©©

Autorka jest adwokatem w KKLW Legal Kurzyński Wierzbicki

ły wykonawców? Czy też konieczne jest orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) w celu stwierdzenia ich abuzywności? Odpowiedź na powyż-