

Nowa ustawa - Prawo zamówień publicznych. Praktyczna analiza zmian

Wydanie 2.

Przejdź do produktu na ksiegarnia.beck.pl

Rozdział I. 34 najważniejsze zmiany w prawie zamówień publicznych wprowadzone nową ustawą

Wejście w życie nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych po kilkunastu latach obowiązywania przepisów, do których stosowania były przyzwyczajone osoby zajmujące się zamówieniami publicznymi, i które obrosły w olbrzymią ilość literatury i orzecznictwa, może rodzić pokusę określania tej sytuacji jako „rewolucyjnej zmiany” czy „nowego początku”. Nie ulegając tej pokusie, choć dostrzegając doniosłość nowych regulacji, warto podkreślić, że nie wszystkie zmiany mają charakter fundamentalny. Większość nowych przepisów stanowi rozwinięcie instytucji i procedur obecnie obowiązujących, zaś zmian rzeczywiście radykalnie zrywających z obecnym modelem udzielania zamówień nie ma zbyt wiele.

Chłodna ocena nowych przepisów pozwala na dostrzeżenie, że istotę zmian da się opisać w skondensowanej, punktowej formie, obejmującej istotne różnice w stosunku do dotychczas obowiązującej PrZamPubl. Autorska propozycja takiego podsumowania nowych przepisów zawiera się w trzydziestu czterech punktach, przedstawiających się następująco:

- 1) w sposób znaczący zmodyfikowano słownik ustawy (art. 7 PZP), wprowadzając m.in. definicje: dokumentów zamówienia, innowacji, łańcucha dostaw, pisemności, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, udzielenia zamówienia, warunków zamówienia, zamówień klasycznych, zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zmieniono też część dotychczas obowiązujących definicji – np. na nowo zdefiniowano umowę podwykonawczą (art. 7 PZP);
- 2) zdefiniowane zostały zasady kształtowania polityki zakupowej państwa, wskazujące na priorytetowe działania RP w obszarze zamówień publicznych. Zamawiający będący centralnymi organami administracji rządowej, działając w oparciu o politykę zakupową, sporządzać mają strategię zarządzania dla poszczególnych kategorii zakupowych (art. 21–23 PZP);

- 3) wprowadzono obowiązek bieżącej aktualizacji planów postępowań, które przez cały rok mają stanowić źródło aktualnej wiedzy (art. 23 PZP);
- 4) próg stosowania PZP dla zamawiających publicznych udzielających zamówień klasycznych został określony na kwotę 130 000 zł (art. 2 PZP);
- 5) odstąpiono od wprowadzenia dla tzw. „zamówień bagatelnych”, tj. zamówień o wartości od 50 000 zł do 130 000 zł, obowiązku stosowania jedynie wybranych przepisów PZP (art. 2 PZP) – wraz z wejściem w życie ZmPZP20 regulacja ta przeszła do historii; wspominamy jednak o niej, ponieważ był to jeden z ważniejszych i często omawianych punktów PZP;
- 6) w przypadku zamówień o wartości przekraczającej progi unijne zamawiający przed wszczęciem postępowania zobowiązany został do dokonywania analizy swoich potrzeb i wymagań oraz sposobów ich zaspokojenia dostępnych na rynku. Działania, takie jak np. spotkania z wykonawcami mają mu dać pełniejszą wiedzę o ich ofercie i umożliwić poprawne przeprowadzenie postępowania oraz realizację umowy (art. 83 PZP);
- 7) zmodyfikowany został katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania – zarówno obligatoryjnych, jak i fakultatywnych (art. 108 i 109 PZP);
- 8) zrezygnowano z dwóch – istniejących w PrZamPubl – trybów udzielania zamówień: zapytania o cenę i licytacji elektronicznej;
- 9) zmieniono zapisy dotyczące składania ofert poprzez dopuszczenie istniejącej już w polskim prawie formy elektronicznej zastrzeganej pod rygorem nieważności oraz możliwości podpisania oferty tzw. podpisem zaufanym – w przypadku postępowań o wartości nieprzekraczającej tzw. progów unijnych. W postępowaniach krajowych nie będzie wymogu podpisywania ofert elektronicznych podpisem kwalifikowanym (art. 61–63 PZP);
- 10) wprowadzono opcjonalną możliwość prowadzenia przed wszczęciem postępowania tzw. wstępnych konsultacji rynkowych (art. 84 PZP);
- 11) wprowadzono dodatkowy rygor nieważnienia postępowania na podstawie art. 256 PZP, w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniają charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym (art. 90 PZP);
- 12) wprowadzono precyzyjnie, ustawowo zdefiniowany zakaz powoływania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków lub ofert wykonawca nie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających potencjał (art. 123 PZP);
- 13) określono ustawowo, czego zamawiający może wymagać od wykonawcy w przypadku każdego z czterech warunków udziału w postępowaniu (art. 112–117 PZP), tj. w odniesieniu do wymogów:
 - a) posiadania zdolności do występowania w obrocie gospodarczym,
 - b) posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej (o ile wynika to z odrębnych przepisów),
 - c) znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
 - d) zdolności technicznej lub zawodowej do wykonania przedmiotu zamówienia;
- 14) wprowadzone zostało zastrzeżenie dotyczące warunków obejmujących wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie: według nowych przepisów wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdol-

- nościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 117 PZP);
- 15) wprowadzono możliwość odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, określając zamknięty katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem wniosku (art. 146 i 158–159 PZP);
 - 16) zmodyfikowany został spis przesłanek odrzucenia oferty (art. 226 PZP);
 - 17) ustawodawca dopuścił możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia przed upływem terminu składania wniosków lub ofert w przypadku, gdy dalsze prowadzenie postępowania będzie nieuzasadnione (art. 256 PZP);
 - 18) wprowadzono przepis regulujący kwestię wyboru najkorzystniejszej oferty już po upływie terminu związania ofertą (art. 252 PZP);
 - 19) postępowania poniżej progów unijnych zyskały odrębne zapisy dotyczące np. ogłoszeń, zawartości SIWZ oraz wyjaśnienia jej treści, czy też wyboru najkorzystniejszej oferty (Dział III PZP);
 - 20) określono ustawowy katalog tzw. klauzul abuzywnych (art. 433 PZP);
 - 21) zmodyfikowano przepisy opisujące zasady, na jakich przeprowadzane są konkursy, wprowadzając dwa nowe typy konkursów: ograniczony i nieograniczony (art. 325–358 PZP);
 - 22) zmodyfikowano zapisy dotyczące zawartości umowy o wykonanie zamówienia poprzez wprowadzenie katalogu minimum postanowień, jakie powinny się w niej znaleźć, oraz obowiązkowe wskazanie maksymalnej (łącznie) wysokości kar umownych, której mogą dochodzić strony (art. 436 PZP);
 - 23) ustawa wprowadziła obligatoryjne współdziałanie stron przy realizacji zamówienia w celu wykluczenia sytuacji, w której wykonawca zostałby obciążony wszystkimi ryzykami związanymi z wykonaniem umowy (art. 431 PZP);
 - 24) umowy na roboty budowlane lub usługi, zawierane na okres dłuższy niż 12 miesięcy, będą musiały zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów. Wynagrodzenie za ich wykonanie będzie przeliczane według tych samych zasad wynagrodzenia, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert (art. 439 PZP);
 - 25) zamawiający będzie mógł udzielać zaliczek we wszystkich zamówieniach (art. 442 PZP);
 - 26) w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy wprowadzono obowiązek udzielania zaliczek lub płatności wynagrodzenia w częściach (art. 443 PZP);
 - 27) w przypadku postępowań o wartości powyżej progów unijnych ponownie wprowadzono zasadę rozpoznawania przez KIO odwołań przez składy trzyosobowe; Prezes UZP będzie mógł wyznaczyć skład jednoosobowy w sprawach mniej zawiłych (art. 487 PZP);
 - 28) w postępowaniach o wartości niższej od progów unijnych wprowadzono możliwość składania odwołań bez ograniczeń;
 - 29) Sąd Okręgowy w Warszawie został ustanowiony jedynym, właściwym sądem dla postępowań w sprawie skarg, zaś termin na ich wniesienie wydłużono do 14 dni (art. 580 PZP);

- 30) prawo do wniesienia skargi kasacyjnej będzie przysługiwało również stronie postępowania odwoławczego (art. 590 PZP);
- 31) uregulowano kwestię rozwiązywania sporów powstałych na tle realizacji umów o zamówienie publiczne poprzez wprowadzenie, niekiedy obligatoryjnej, mediacji oraz innych polubownych sposobów załatwiania sporów. Wskazano, że do polubownego rozwiązania sporu na tle umowy w sprawie zamówienia publicznego kompetencję posiada Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP, ale strony mogą także skorzystać np. z usług mediatora (art. 594 PZP);
- 32) sporządzenie raportu z realizacji zamówienia zmusi zamawiającego do dokonania oceny procesu realizacji zamówień, które napotkały trudności. Docelowo powinno to umożliwić wprowadzenie zmian w zamówieniach podobnego typu (art. 446 PZP);
- 33) wprowadzono fakultatywne wadium we wszystkich postępowaniach, przy czym w krajowych postępowaniach o niższej wartości, w procedurze uproszczonej, maksymalna wartość wadium, której będzie mógł żądać zamawiający, to jedynie 1,5% wartości zamówienia (art. 299 PZP);
- 34) wprowadzono obowiązek publikacji wytycznych dotyczących prowadzenia kontroli, zaś organy kontroli zobowiązane zostały do wymiany podstawowych informacji o przeprowadzanych wśród zamawiających kontrolach i ich wynikach. W sytuacji, w której instytucja kontrolna poweźmie wiadomość o przeprowadzeniu kontroli danego postępowania przez inną instytucję, zobowiązana zostanie do wystąpienia o udostępnienie wyników takiej kontroli i uwzględnienia jej w swojej kontroli. Instytucje kontrolne przygotowują wzór kwestionariusza kontroli ze szczegółowo określonym jej zakresem. Kwestionariusz zostanie zaopiniowany przez Prezesa UZP oraz udostępniony na stronie internetowej (art. 599 PZP).

Podstawa prawna:

- art. 2, 7, 21–23, 61–63, 83–84, 90, 108–109, 112–117, 123, 146, 158–159, 226, 252, 256, 299, 325–358, 431, 433, 436, 439, 442–443, 446, 487, 580, 590, 594, 599 PZP.

Rozdział II. Nowe instytucje oraz najważniejsze zmiany w dotychczas obowiązujących przepisach

W uzasadnieniu do PZP podkreśla się, że celem jej uchwalenia jest m.in. wprowadzenie nowych rozwiązań, opartych na: „maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług”. Stwierdzenie to, jakkolwiek bardzo ogólne, dobrze oddaje zamysł ustawodawcy, którym było zastąpienie obowiązującej od ponad 15 lat, wielokrotnie nowelizowanej i coraz słabiej przystającej do zmieniających się realiów gospodarczych ustawy całkowicie nowym aktem prawnym, uwzględniającym zarówno w systematyce samej ustawy, jak i rozwiązaniach proceduralnych wieloletnie doświadczenia instytucji odpowiedzialnych za udzielanie zamówień publicznych.

Rzucające się w oczy *novum* stanowi sama systematyka PZP, w której jasno oddzielono przepisy materialne od proceduralnych, porządkując je w powiązanych ze sobą tematycznie rozdziałach i oddziałach. Jakkolwiek PZP jest znacznie obszerniejsza od PrZamPubl, nie oznacza to rewolucji polegającej na likwidacji starych instytucji poprzez zmianę ich na zupełnie inne. Większość zmian ma – wbrew pozorom – charakter ewolucyjny bądź porządkujący, zaś ich część wynika z inkorporowania do PZP dorobku doktryny. Celem było w tym wypadku jasne, ustawowe określenie przynajmniej części sfery przynależnej do tej pory do wykładni prawa i orzecznictwa, które w zamierzeniu ustawodawcy prowadzić ma do ujednoczenia wykładni stosowania procedury i ukrócenia rozbieżności interpretacyjnych, tak bardzo dających się we znaki wszystkim praktykom. Oceniając wprowadzone zmiany, warto zauważyć kilka podstawowych cech PZP, definiujących zakres zmian wprowadzonych jej przepisami.

1. Próg stosowania przepisów PZP

Warto zauważyć, że w PZP opisano w sposób pozytywny próg (szacunkową kwotę wartości zamówienia publicznego lub konkursu), od którego ustawa ta musi być stosowana, podając kwotę, powyżej której zamawiający zobowiązany jest do stosowania przepisów PZP. Różnica w stosunku do PrZamPubl nie jest w tym wypadku znacząca, ale należy ją podkreślić – w starych przepisach wskazywano szacunkową wartość, której nieprzekroczenie zwalniało zamawiającego ze stosowania przepisów ustawy.

Zgodnie z art. 2 PZP przepisy tej ustawy znajdują zastosowanie do udzielania:

- 1) zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa kwocie 130 000 zł lub wyższa od niej – przez zamawiających publicznych;
- 2) zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa progom unijnym lub je przekracza – przez zamawiających sektorowych;
- 3) zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość jest równa progom unijnym lub wyższa od nich – przez zamawiających publicznych oraz zamawiających sektorowych;
- 4) zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa progom unijnym lub wyższa od nich – przez zamawiających subsydiowanych w okolicznościach, o których mowa w art. 6 PZP.

Kwota szacunkowej wartości zamówienia, od której zależy próg stosowania PZP, określona została w złotych. Ta z pozoru drobna różnica zwolni zamawiających z uświęconego już ponad 15-letnią tradycją obowiązku przeliczania kwot szacunkowej wartości zamówienia na euro w celu zastosowania odpowiedniego trybu zamówienia bądź w ogóle zastosowania samej ustawy.

2. Podział zamawiających

Nowa ustawa nie zmieniła zakresu podmiotowego stosowania ustawy. Wprowadzono jednak podział podmiotów zobowiązanych do stosowania PZP na zamawiających:

- 1) publicznych,
- 2) sektorowych oraz
- 3) subsydiowanych.

W związku z faktem, że podział ten nie poszerza ani nie zawęża grupy podmiotów zobowiązanych do udzielania zamówień publicznych, należy go uznać za podział o charakterze porządkującym. Niemniej warto go odnotować, ponieważ ma on duże znaczenie dla samych podmiotów w nim uwzględnionych.

3. Nowy słownik ustawy

Słownik PZP (art. 7) uległ daleko idącym modyfikacjom w stosunku do treści słownika w PrZamPubl. Uzupełniono go o nowe definicje: dokumentów zamówienia, innowacji, łańcucha dostaw, pisemności, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodo-

wych, udzielenia zamówienia, warunków zamówienia, zamówień klasycznych, zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Nowe definicje brzmią następująco:

- 1) **dokument zamówienia** – dokument sporządzony przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia (SWZ, a nie SIWZ) oraz opis potrzeb i wymagań (OPiW – nowy dokument). Są to więc pisemne oświadczenia zamawiającego, które wraz z ogłoszeniem o zamówieniu (w przypadku zamówień sektorowych w grę wchodzi również okresowe ogłoszenie informacyjne stanowiące zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe albo ogłoszenie o systemie kwalifikowania wykonawców wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia) oraz przepisami PZP wyznaczają całością warunków zamówienia, a tym samym treść stosunku przetargowego oraz poprzedzającego go prowizorycznego stosunku przedprzetargowego. Zgodnie z treścią obszernego uzasadnienia do PZP, dokumenty sporządzone przez zamawiającego to nie tylko dokumenty przygotowane przez personel zamawiającego, ale również dokumenty, których opracowanie zamawiający powierzył zewnętrznym, profesjonalnym podmiotom (np. dokumentacja projektowa wykonana przez biuro projektowe na zlecenie zamawiającego). Do grupy tej należą również istniejące opracowania, do których odwołuje się zamawiający: normy, oznakowania lub inne, zewnętrzne specyfikacje techniczne określające wymagane cechy materiałów, produktów lub usług, do których zamawiający choćby odsyła w opisie przedmiotu zamówienia. Takie odesłanie powoduje, że stają się one elementem oświadczenia zamawiającego, nawet bez konieczności powtórzenia ich treści w dokumentacji przetargowej. Pojedyncze dokumenty zamówienia są zwykle łączone w zbiory dokumentów tworzących funkcjonalną całość. Zbiorem dokumentów zamówienia jest specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań;
- 2) **innowacje** – to wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym m.in. procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych;
- 3) **łańcuch dostaw** – to wszystkie zasoby i działania niezbędne do wykonania dostaw, usług i robót budowlanych, które są przedmiotem zamówienia. Łańcuch dostaw obejmuje wszelkie czynności związane z transportem oraz przeróbką produktów, łącznie z początkowym etapem, czyli pozyskaniem wszelkiego rodzaju surowców oraz etapem końcowym, tj. dostarczeniem produktu zamawiającemu. Łańcuch dostaw składa się więc z sieci zakładów i wykonawców, którzy dostarczają surowce i komponenty, następnie przerabiają je w półprodukty i podzespoły, później produkują z nich wyrób finalny i umożliwiają konsumpcję przez konsumenta finalnego;
- 4) **pisemność** – to sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisańskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Pojęcia „pisemnie” nie można zatem utożsamiać z formą pisemną oświadczenia woli w rozumieniu art. 78 KC. Innymi słowy, dokument pisemny nie musi być opatrzony własnoręcznym podpisem obejmującym treść oświadczenia, natomiast musi być przedstawiony w formie tekstowej. Za niedozwolone należy zatem uznać komunikaty dźwiękowe lub wizualne.

Wyrażenie przy „użyciu słów, cyfr lub innych znaków pisarskich” wskazuje na komunikację w postaci pisemnej, nie obejmuje zatem komunikacji np. w postaci audiowizualnej. Słowa, cyfry lub inne znaki pisarskie powinny być uzewnętrznione w widzialnej postaci oraz w sposób umożliwiający ich kopiowanie, np. w postaci papierowej lub elektronicznej;

- 5) **podmiotowe środki dowodowe** – służą potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP (JEDZ);
- 6) **przedmiotowe środki dowodowe** – służą z kolei potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia;
- 7) **udzielenie zamówienia** – to zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 8) **warunki zamówienia** – to warunki, które dotyczą zamówienia publicznego lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zamówienia są elementem definiującym pojęcie dokumentów zamówienia, stanowiąc nadrzędną kategorię warunków, wyznaczają bowiem nie tylko warunki udziału w postępowaniu i inne wymagania proceduralne oraz sam przebieg postępowania, lecz także przedmiot zamówienia, wymagania związane z jego realizacją oraz projektowane postanowienia umowy;
- 9) **zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa** – to zamówienia publiczne udzielane przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, którego przedmiotem są:
 - a) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,
 - b) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,
 - c) roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem wojskowym i newralgicznym, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi,
 - d) roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi;

Ważne

Część definicji uległa zmianie, w tym definicja dostawy, zamówienia publicznego, postępowania o udzielenie zamówienia oraz wykonawcy.

- 10) **dostawa** – zdefiniowana już na wzór regulacji europejskich, to nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację;

- 11) **postępowanie o udzielenie zamówienia** – to procedura wszczynana przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia albo jego unieważnieniem, z tym, że zawarcie umowy nie stanowi czynności w tym postępowaniu; doprecyzowano tym samym definicję tego postępowania, wskazując jako chwilę jego zakończenia udzielenie zamówienia (lub unieważnienie postępowania). Jakkolwiek postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z momentem udzielenia zamówienia, czyli zawarcia umowy w sprawie zamówienia, lub unieważnieniem postępowania, to jednak zawarcie umowy, inaczej niż unieważnienie postępowania, nie jest już czynnością w postępowaniu. Obowiązek zawarcia umowy wynika z wyodrębnionego konstrukcyjnie względem stosunku przetargowego stosunku kreowanego swoją umową przedwstępną lub umową do niej zbliżoną, która dochodzi do skutku w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia następuje więc w wykonaniu umowy przedwstępnej. Nie oznacza to bynajmniej, że zawarcie umowy finalnej pozostaje bez wpływu na stosunek przetargowy, a tym samym na postępowanie o udzielenie zamówienia. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest na gruncie PZP warunkiem rozwiązującym stosunek przetargowy, wyznacza zatem moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia;
- 12) **wykonawca** – to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług bądź ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia. Definicja obejmie więc dodatkowo np.:
- a) uczestnika wstępnych konsultacji rynkowych,
 - b) przedsiębiorcę niezaproszonego do negocjacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki,
 - c) byłego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia kwestionującego dopuszczalność zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z innym wykonawcą.

Ważne

W przepisach PrZamPubl wykonawcą była wyłącznie osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W PZP definicję rozszerzono o osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która **oferuje na rynku** wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług.

- 13) **umowa o podwykonawstwo** – jej definicję dostosowano do definicji umowy o podwykonawstwo zawartej w art. 1 pkt 22 dyrektywy 2009/81/WE, wyłączając

spod jej zakresu umowy z dalszymi podwykonawcami zawierane w celu realizacji zamówień na roboty budowlane w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;

- 14) **zamówienie publiczne** – to umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług.

Definicja ta wskazuje na cztery zasadnicze elementy konstytuujące zamówienie publiczne:

- a) umowę,
- b) nabycie,
- c) odpłatność oraz
- d) wybór wykonawcy.

Są to składowe zaczerpnięte wprost z art. 1 ust. 2 i art. 2 ust. 1 pkt 8 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 1 ust. 2 i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2014/25/UE. Motyw 4 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, że termin „nabycie” należy rozumieć jako uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług (przy czym przeniesienie własności na zamawiającego nie jest konieczne). Nabycia nie można więc utożsamiać z obowiązkiem przeniesienia na zamawiającego własności przedmiotu dostawy lub obiektu budowlanego. Wystarczy, że świadczenie ma być wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W tym samym motywie stwierdza się jednak zarazem, że nabyciem nie jest przyznanie dotacji, nawet jeżeli jest związane z obowiązkiem zwrotu otrzymanych kwot, jeżeli nie zostały wykorzystane zgodnie z przeznaczeniem. Dotacje stanowią formę nieodpłatnej i bezwrotnej pomocy finansowej udzielanej przez państwo podmiotom na realizację ich zadań. Przyznanie dotacji może być uzależnione od spełnienia świadczenia, które jednak nie będzie miało z reguły charakteru bezpośredniego przysporzenia o charakterze gospodarczym po stronie zamawiającego. Celem dotacji nie jest bowiem uzyskanie korzyści z tytułu robót budowlanych, dostaw lub usług, lecz udzielenie wsparcia finansowego. Także przesłanka wyboru wykonawcy zawęża stosowanie reżimu ustawowego. Jak wynika z przywołanego motywu, element wyboru wykonawcy konstytuujący zamówienie skutkuje wyjęciem spod regulacji zamówień publicznych sytuacji, w których wszystkie podmioty spełniające określone warunki są uprawnione do wykonania danego zadania, bez przeprowadzania kwalifikacji. Przykładami takich sytuacji są: system oparty na wyborze wykonawcy dokonany przez klienta oraz system bonów usługowych. Potwierdza to również orzecznictwo TSUE. W wyroku z 2.6.2016 r. (C-410/14, *Falk Pharma*, Legalis) TSUE zwrócił uwagę, że celem dyrektyw jest wykluczenie ryzyka preferowania krajowych wykonawców. Ryzyko to jest ściśle związane z dokonywanym przez zamawiającego wyborem wykonawców, którzy w wyniku udzielenia zamówienia uzyskują prawo wyłączności. Jeżeli więc zamawiający zamierza zawrzeć umowy ze wszystkimi wykonawcami, którzy spełniają określone warunki, to brak jest wyboru wykonawcy, któremu zostałaby przyznana wyłączność w zakresie zamówienia.

W dotychczas obowiązujących przepisach PrZamPubl cechą definiującą zamówienie publiczne była:

- a) odpłatność umowy,
- b) jej strony oraz
- c) przedmiot.

Zgodnie z przepisami PZP do powyższych cech należy dołączyć:

- a) element wyboru wykonawcy oraz
- b) uzyskanie w wyniku nabycia zamawianych świadczeń korzyści.

Pomocne w zrozumieniu intencji ustawodawcy będzie w tym wypadku przytoczenie obszernej części uzasadnienia do PZP, w którym wskazano, że: „poprzez nabycie należy rozumieć uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług, przy czym przeniesienie własności na zamawiającego nie jest konieczne. Element wyboru wykonawcy natomiast skutkuje wyjęciem spod regulacji zamówień publicznych sytuacji, w których wszystkie podmioty spełniające określone warunki są uprawnione do wykonania danego zadania, bez przeprowadzania kwalifikacji. Przykładami takich sytuacji są system oparty na wyborze wykonawcy dokonany przez klienta oraz system bonów usługowych. W wyroku z 1.3.2018 r. w sprawie C-9/17 (*Tirkkonen*, Legalis) TSUE doprecyzował, że nie mamy do czynienia z wyborem wykonawcy przez zamawiającego, jeżeli podstawą takiego wyboru są jedynie kryteria kwalifikacji. Dopóki bowiem decyzja o zakwalifikowaniu do systemu opartego na wyborze dokonany przez klienta nie jest podejmowana na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwiłyby zamawiającemu porównanie i klasyfikację dopuszczalnych ofert, dopóty taki system nie stanowi zamówienia publicznego. W praktyce, w przypadku systemów opartych na wyborze dokonywanym przez klienta wynagrodzenie wypłacane przez zamawiającego wykonawcom za świadczone przez nich usługi jest ustalane na podstawie wspólnych dla wszystkich warunków”.

4. Terminy i sposoby ich obliczania

Kluczowa regulacja, wiążąca obliczanie terminów w sprawach dotyczących udzielania zamówień publicznych z art. 111–115 KC, została w PZP utrzymana, co raczej nie powinno budzić zdziwienia. Niemniej wprowadzono pewne zmiany, na czele z tą zawartą w art. 8 ust. 4 i 5 PZP, zgodnie z którą wyznaczony przez zamawiającego termin na dokonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia obejmujący 2 lub więcej dni powinien zawierać co najmniej 2 dni robocze, przy czym za dzień roboczy uznawany jest każdy inny dzień niż ten uznany ustawowo za wolny od pracy i sobota.

Nowością jest też regulacja dotycząca terminu oznaczonego w godzinach – od wejścia w życie PZP, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest określona godzina, rozpoczyna się on z początkiem pierwszej godziny i kończy z upływem ostatniej. Jeżeli natomiast termin określony w godzinach został oznaczony tak, że jego początek wyznacza pewne zdarzenie, to przy jego obliczaniu nie uwzględnia się godziny, w której to zdarzenie nastąpiło.

5. Rozwiązywanie sporów na drodze mediacji

Zgodnie z art. 591 ust. 1 PZP w sprawie majątkowej, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, każda ze stron umowy, w przypadku sporu wynikającego z zamówienia publicz-

nego, może złożyć wniosek o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu.

W przypadku zamówień publicznych o szacunkowej wartości zamówienia publicznego ustalonej jako równa lub przekraczająca:

- 1) 10 000 000 euro dla dostaw lub usług,
- 2) 20 000 000 euro dla robót budowlanych oraz
- 3) w których wartość przedmiotu sporu przewyższa 100 000 zł

– wniosek taki będzie można złożyć do prezesa Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP.

Jednocześnie, niezależnie od wartości zamówienia publicznego oraz wartości przedmiotu sporu, w sprawie, w której zawarcie ugody między zamawiającym a wykonawcą jest dopuszczalne, przewidziano możliwość złożenia wniosku o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu do innego ośrodka mediacyjnego.

6. Nowe określenie pozycji Prezesa UZP

Ustawodawca wskazuje w uzasadnieniu do PZP, że celem rozszerzenia zakresu działania Prezesa UZP jest to, by Prezes UZP oraz obsługujący go Urząd w większym stopniu niż ma to miejsce dotychczas, wspierał zamawiających poprzez:

- 1) systematyczne wypracowywanie wzorów umów i innych dokumentów oraz
- 2) gromadzenie dobrych praktyk.

Nowa rola Prezesa UZP ma przyczynić się do zwiększenia efektywności zamówień publicznych i praktycznego wykorzystania wiedzy o zamówieniach publicznych, w tym także wysokiego poziomu wiedzy o zamówieniach publicznych wśród zamawiających.

Kluczowy jest w tym wypadku art. 469 PZP, zgodnie z którym do nowych zadań prezesa UZP będą należeć m.in.:

- 1) przygotowywanie, na podstawie orzecznictwa KIO oraz sądu zamówień publicznych, i podawanie do publicznej wiadomości przykładowych postanowień umownych, które mogą być niezgodne z art. 43 PZP;
- 2) udzielanie informacji z zakresu zamówień publicznych, przy pomocy centrum telefonicznego oraz środków komunikacji elektronicznej;
- 3) upowszechnianie wiedzy o zamówieniach publicznych, w tym w zakresie informacji analitycznych dotyczących warunków udziału w postępowaniu, opisów przedmiotów zamówienia w podziałach na kategorie zamówień, kryteriów oceny ofert oraz uzyskanych cen za poszczególne składowe zamówień;
- 4) przedstawianie stanowiska w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi między organami kontroli, o których mowa w art. 596 PZP, na wniosek organu kontroli;
- 5) opiniowanie kwestionariuszy kontroli, o których mowa w art. 599 ust. 1 PZP, o ile organ kontroli zwróci się o wydanie opinii.

To na Prezesie UZP będzie spoczywał obowiązek informowania o:

- 1) aktualnych progach unijnych, ich równowartości w złotych oraz o równowartości w złotych kwot wyrażonych w PZP w euro,
- 2) średnim kursie złotego w stosunku do euro, stanowiącym podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów.

Informacje te będą ogłaszane w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” oraz zamieszczane na stronie internetowej UZP niezwłocznie po publikacji komunikatu Komisji Europejskiej w danej materii.

7. Orzekanie w sporach powstałych na tle procesu udzielania zamówień publicznych

Ustawodawca postawił na dalszą profesjonalizację kadry orzekającej w KIO – zgodnie z art. 474 ust. 2 pkt 3 PZP, aby zostać członkiem KIO trzeba będzie:

- 1) złożyć egzamin sędziowski, prokuratorski, adwokacki, radcowski lub notarialny lub też
- 2) zajmować stanowisko sędziego bądź prokuratora, albo
- 3) być wpisanym na listę adwokatów, radców prawnych lub notariuszy.

Właściwy do rozpoznania skargi będzie wyłącznie Sąd Okręgowy w Warszawie – sąd zamówień publicznych (art. 580 ust. 1 PZP).

Ważne

Nowa ustawa wydłużyła termin na złożenie skargi z 7 do 14 dni.

Zgodnie z art. 580 ust. 2 PZP skargę składa się za pośrednictwem prezesa Izby w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby lub prezesa Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. W intencji ustawodawcy zmiany te doprowadzić powinny do ujednolicenia orzecznictwa oraz podniesienia merytorycznego poziomu sporów toczonych na gruncie przepisów PZP.

8. Zmiany w zakresie publikacji planu postępowań o udzielenie zamówień w BZP

Obowiązujący od ponad 4 lat zapis obligujący zamawiających do sporządzania oraz publikacji planu postępowań o udzielenie zamówień został utrzymany i rozwinięty, bowiem na mocy PZP **zamawiający będą musieli na bieżąco plan aktualizować**. Poszerzono również zakres publikacji planu, zobowiązując zamawiających do zamieszczania jego aktualizacji zarówno na własnej stronie internetowej, jak i w BZP. Ustawodawca zobowiązał zamawiających jedynie do zapewnienia aktualności planu postępowań, nie określając konkretnej częstotliwości aktualizacji. W praktyce oznacza to konieczność uzewnętrznie-

nia w BZP oraz na stronie internetowej zamawiającego każdej zmiany treści znajdujących się w planie.

Ich zakres nie został przez ustawodawcę zmieniony w stosunku do PrZamPubl. Plan powinien nadal zawierać w szczególności dane obejmujące:

- 1) przedmiot zamówienia oraz jego rodzaj według ustawowej klasyfikacji obejmującej:
 - a) roboty budowlane,
 - b) dostawy lub
 - c) usługi;
- 2) przewidywany tryb (procedurę) udzielenia zamówienia;
- 3) orientacyjną wartość zamówienia;
- 4) przewidywany termin wszczęcia postępowania.

9. Zmiany dotyczące szacowania wartości zamówienia (art. 28–36 PZP)

Kwestie szacowania wartości zamówienia nie zostały w PZP zmienione w znaczący sposób. W praktyce poza omówionym już wcześniej oderwaniem kwoty wartości zamówienia od kursu euro zmiany ograniczają się do uporządkowania istniejących przepisów oraz drobnych korekt w definicji – np. w PZP mamy do czynienia z usługami (lub dostawami) o charakterze ciągłym, nie zaś, jak dotychczas, z usługami lub dostawami powtarzającymi się okresowo.

Szacowanie wartości zamówienia według przepisów PZP dokonywane jest nie wcześniej niż na:

- 1) **3 miesiące** przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli jego przedmiotem są dostawy lub usługi oraz
- 2) **6 miesięcy** przed dniem wszczęcia postępowania, jeżeli jego przedmiotem są roboty budowlane.

Niewielka w swej istocie zmiana dotyczy dookreślenia „granicznych” terminów aktualności, przeprowadzonego szacunku wartości zamówienia w przypadku zamówień udzielanych w częściach. W ich przypadku terminy opisane powyżej odnoszą się do wszczęcia **pierwszego** z postępowań, bowiem jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonany szacunek, zamawiający jest zobowiązany zmienić wartość zamówienia przed wszczęciem postępowania. Dodać należy, że aktualność szacunku wartości powinna być sprawdzana i ewentualnie poprawiana przed wszczęciem kolejnych postępowań na zamówienia częściowe.

10. Analiza potrzeb – nowa instytucja wspomagająca planowanie zamówień unijnych

Ustawodawca, uznając priorytetową rolę etapu przygotowania zamówienia jako etapu wpływającego bezpośrednio na wszystkie kolejne części procesu udzielenia zamówienia, wprowadził do PZP obowiązek sporządzania tzw. **analizy potrzeb i wymagań zamawiającego**. Obligatoryjna analiza poprzedzająca wszczęcie postępowania (art. 83 PZP) będzie dotyczyć **wyłącznie** zamówień o wartości równej progom unijnym lub je przekraczającej.

Przeprowadzenie analizy potrzeb i wymagań zamawiającego pozwoli na:

- 1) weryfikację zasadności udzielenia zamówienia, w tym faktu, czy zamawiający nie może zaspokoić danej potrzeby własnymi zasobami;
- 2) zbadanie możliwości zastosowania alternatywnych sposobów i środków zaspokojenia zidentyfikowanych przez zamawiającego potrzeb przez wskazanie możliwych wariantów działania.

Przykład

Zamawiający planujący zakup samochodów służbowych zobowiązany zostanie do weryfikacji w ramach analizy potrzeb i wymagań, czy jego potrzeby nie mogą zostać zaspokojone np. przez leasing samochodów lub inne dostępne obecnie formy korzystania z nich, bez przenoszenia na zamawiającego ich własności. W ramach prowadzonej analizy zamawiający:

- 1) oszacuje wartość zamówienia w poszczególnych wariantach,
- 2) oceni zasadność podziału na części zamówienia,
- 3) wskaże tryb zamówienia właściwy dla tak opisanego zamówienia,
- 4) zweryfikuje możliwość uwzględnienia w postępowaniu aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych,
- 5) wskaże rodzaje ryzyka związanego z udzieleniem zamówienia oraz w miarę możliwości sposoby na jego ograniczenie.

Należy zaznaczyć, że w świetle PZP, jeśli zamawiający nie posiada wystarczającej wiedzy pozwalającej mu na szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia, powinien wybrać tryb, który umożliwia zidentyfikowanie w drodze dialogu z wykonawcami optymalnego sposobu zaspokojenia jego potrzeb i sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca przewidział dwa odstępstwa od obowiązku sporządzania analizy potrzeb i wymagań:

- 1) przypadek, w którym zamówienie jest udzielane ze względu na:
 - a) pilną potrzebę niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie mógł przewidzieć oraz
 - b) gdy zamawiający nie mógł zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego i ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem
– w trybie negocjacji bez ogłoszenia;
- 2) przypadek, w którym zamówienie jest udzielane w trybie z wolnej ręki, ze względu na:
 - a) wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć i gdy

[Przejdź do księgarni →](#)



ksiegarnia.beck.pl