

Wstęp

Obecnie obowiązujący akt prawny – ustawa z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm., dalej – nowa upzp) – to efekt prac nad ujednoczeniem i transparentnością zasad udzielania zamówień publicznych w Polsce, po odzyskaniu niepodległości. Nowa upzp zastąpiła akt prawny – ustawę z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – zwaną dalej ustawą pzp.

Pierwsza próba, tj. ustawa z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych¹, była bardzo restrykcyjna. Dość przypomnieć, że progiem stosowania przepisów tej ustawy była równowartość wyrażona w złotych – 6000 euro. Jej stosowanie nie należało do najłatwiejszych, a sposób normowania uniemożliwiał praktykowanie prawa przeciętnemu zamawiającemu i wykonawcy. Kolejna ustawa, która weszła w życie 2 marca 2004 r., miała być aktem napisanym dla użytkowników, którzy na co dzień nie zajmują się prawem i to w pewnym sensie udało się osiągnąć.

Patrząc jednak przez pryzmat stosowania przepisów, przedmiotowa ustawa okazała się być tylko nieco prostsza, a 66 nowelizacji nie wskazywało na poprawność i jednoznaczność zamieszczonych w niej przepisów.

Już sama systematyka ustawy wymuszała na użytkowniku konieczność zaznajomienia się z całą jej zawartością, niezależnie od trybu udzielania zamówienia czy szacunkowej kwoty zamówienia. Inne działy ustawy pzp traktują o ogłoszeniu, inne o specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jeszcze gdzie indziej należy szukać informacji na temat wadium czy treści umów.

Prawodawca, w uzasadnieniu do obecnie obowiązującej ustawy z 11 września 2019 r. (druk sejmowy nr 3624), wyznaczył kluczowe problemy w dziedzinie zamówień publicznych. Do najważniejszych zaliczono:

- **wybieranie rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych w dłuższym okresie**, chociaż po wprowadzeniu obowiązkowych kryteriów, poza ceną, często mamy rozwiązania droższe i najmniej efektywne. Wystarczy wspomnieć o kryterium terminu płatności faktury czy absurdalnie długim terminie gwarancji w robotach budowlanych;
- **nieproporcjonalny do potencjału udział przedsiębiorców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw w rynku zamówień**. Przyczyną małego udziału tych przedsię-

¹ Dz.U. z 1994 r. Nr 76, poz. 344; ost. zm. Dz.U. z 2003 r. Nr 165, poz. 1591. Akt prawny uchylony w roku 2004.

biorstw w rynku zamówień publicznych jest brak doświadczenia w danych gałęziach (zwłaszcza tych z małych firm lub jednoosobowych działalności gospodarczych) w stosowaniu przepisów prawa. Doświadczenie autorki wskazuje, że przedsiębiorcy, którzy w swej strukturze zatrudnienia nie mogli wyodrębnić etatu dla specjalisty z zamówień publicznych, nie radzili sobie ze składaniem ofert, gubili się w przepisach i często nie byli w stanie rywalizować z dużymi firmami;

- **koncentrację zamawiających na spełnieniu przesłanek formalnych przy udzielaniu zamówienia, a nie na uzyskaniu najlepszego jakościowo produktu lub usługi.** Przyczyną takiego zachowania zamawiających jest fakt istnienia sankcji, wyszczególnionych chociażby w ustawie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Kontrole, w tym szczególnie prowadzone przez Urząd Zamówień Publicznych, regionalne izby obrachunkowe, Departament Kontroli Ministerstwa Obrony Narodowej czy Najwyższą Izbę Kontroli, zazwyczaj skupiały się na formalnych błędach zamawiającego, bo tylko takie można było uznać za naruszenie ustawy;
- **niejedność orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych w przedmiocie zamówień publicznych.** System prawny w Polsce opiera się na systemie kontynentalnym, stąd precedens nie ma mocy wiążącej, jednak rozbieżność występująca w orzecznictwie nie służy udzielaniu zamówień publicznych. Ani zamawiający, ani wykonawca nie do końca mogą swobodnie poruszać się w przepisach prawa, bowiem wykładnia tych przepisów jest inna w zależności od składu Izby. Każdy, kto choć raz próbował rozwiązać problem na podstawie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wie, że w podobnej sprawie można napotkać skrajnie różne wyroki. Sądy powszechne, rozpatrujące skargi na wyroki KIO, również nie są jednolite w sposobie rozstrzygnięcia podobnych spraw. Rodzi to chaos i niepotrzebny stres dla obu stron postępowania.

Do pozostałych problemów ustawodawca zaliczył: brak powiązania wydatków z realizacją polityki oraz celów strategicznych państwa, brak uproszczonej procedury poniżej progów unijnych oraz rozproszony i nieefektywny system kontroli.

Rozdział I

Nowe prawo zamówień publicznych

Ustawa z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019; ost.zm. Dz.U. z 2021 r. poz. 464) została opublikowana 24 października 2019 r. z długim *vacatio legis* i zaczęła obowiązywać od 1 stycznia 2021 r.

Tak długi okres od opublikowania ustawy do momentu rozpoczęcia jej obowiązywania miał na celu umożliwienie stronom postępowania w sprawie zamówienia publicznego zapoznania się z nowymi przepisami oraz dostosowanie wewnętrznych regulacji do nowej sytuacji prawnej.

Kolejny powód to czas potrzebny prawodawcy na wydanie przepisów wykonawczych, a także czas na wprowadzenie elektronicznej zamówień.

1. Systematyka nowej ustawy

W nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych zastosowano inny podział tematyczny ustawy. Każdy dział odnosi się do konkretnego zagadnienia i porusza wszystkie związane z nim kwestie. Nie będziemy już musieli korzystać z różnych części ustawy. Analizując przypadek udzielania zamówień równych lub powyżej progów unijnych, wszystkie informacje znajdują się w dziale II nowej upzp, począwszy od ogłoszenia, poprzez warunki, wybór oferty aż do udzielenia zamówienia.

Podział systematyki nowej upzp przedstawia się jak poniżej:

- **dział I – Przepisy ogólne.** Znajdziemy tu standardowe przepisy ogólne, począwszy od definicji słownikowych, poprzez zasady udzielania zamówień, planowanie zamówień, pojęcia zamawiającego i wykonawcy, komunikację między stronami postępowania aż po dokumentowanie procesu;
- **dział II – Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.** W tej części ustawodawca skupił się na trybach postępowania poprzedzonych analizą potrzeb zamawiającego, wysokości wadium – jeżeli jest wymagane, przesłankach wykluczenia wykonawców, warunkach udziału w postępowaniu, wyborze oferty i zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- **dział III – Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne** – to znowu tryby, terminy itp.;
- **dział IV – Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień klasycznych** – to umowy ramowe, dynamiczne systemy zakupów, konkursy i zamówienia na usługi społeczne;
- **dział V – Zamówienia sektorowe** – w całości poświęcone zamawiającemu z tego segmentu rynku;
- **dział VI – Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa** – dotyczy regulacji w zakresie newralgicznych usług, dostaw czy robót budowlanych oraz dostaw, usług i robót budowlanych na rzecz zadań związanych z obronnością i bezpieczeństwem państwa;
- **dział VII – Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie** – reguluje termin, zakres i treść umów w sprawie zamówienia publicznego;
- **dział VIII – Organy właściwe w sprawach zamówień** – definiuje tryb i sposób powoływania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zawiera regulacje dotyczące funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej, Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, Rady Zamówień Publicznych;
- **dział IX – Środki ochrony prawnej** – to sposób wnoszenia i rozstrzygania odwołania od czynności zamawiającego;
- **dział X – Pozasądowe rozwiązywanie sporów** – rozstrzyganie sporów pomiędzy stronami postępowania w sprawie zamówienia publicznego, np. w trybie mediacji;
- **dział XI – Kontrola udzielania zamówień** – zawiera regulacje w zakresie kontroli zamówień zwłaszcza kontroli dokonywanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
- **dział XII – Przepisy o karach pieniężnych** – przepisy dotyczące sankcji za naruszenie przepisów nowej upzp;
- **dział XIII – Przepis końcowy** – dotyczy wyłącznie wejścia w życie przedmiotowej ustawy.

2. Nowe definicje i pojęcia stosowane w ustawie

W art. 7 nowej upzp pojawiają się nieznane przed 1 stycznia 2021 r. pojęcia, ale także znane już wcześniej kategorie znaczeniowe, które uległy modyfikacji.

Do definicji słownikowych ustawodawca dodał poniższe:

- **dokumenty zamówienia** zostały zdefiniowane jako dokumentacja sporządzana przez zamawiającego inna niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia (SWZ) oraz opis potrzeb i wymagań;
- **innowacje** rozumiane jako wdrażanie nowego lub udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych;
- **konkurs** (w ustawie pzp konkurs był trybem postępowania przewidzianym dla konkretnych zamówień), czyli przyzręczenie publiczne oparte na publicznym ogłoszeniu, nagrodzie i przeniesieniu praw do pracy konkursowej;

- **kryteria selekcji** (definiowane wcześniej w ustawie pzp przy okazji trybów ograniczonych), których charakter, prócz definicji słownikowej, niczym się nie różni;
- **łańcuch dostaw** zdefiniowano jako zasoby i działania niezbędne do wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych;
- **pisemność postępowania** (definicja legalna pisemności zawarta była w art. 9 ustawy pzp i była traktowana jako zasada udzielania zamówień publicznych). Pojęcie pisemności zostało ujednoczone i zamieszczone w jednym akcie prawnym. Pisemność została określona jako wyrażenie informacji przy użyciu wyrazów, cyfr i znaków, które można odczytać i powielić, niezależnie od środka przekazu;
- **przedmiotowe środki dowodowe** to w poprzedniej ustawie pzp dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane są zgodne z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Obecnie definiuje się je jako zgodność z cechami lub kryteriami zamieszczonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriach oceny ofert lub selekcji;
- **warunki zamówienia** to ogół wymagań, jakie zamawiający stawia w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, selekcji czy zapisów projektowanej umowy;
- **zamówienia na usługi społeczne, zamówienia sektorowe i zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa** definicje poszczególnych kategorii zamówień zawierała już ustawa pzp w jej poszczególnych działach. W nowej upzp ustawodawca zebrał te pojęcia w jednym miejscu – w art. 7. Same pojęcia nie uległy znaczącym zmianom.

Oprócz nowych definicji w słowniku znalazły się zmodyfikowane pojęcia, dobrze znane już zamawiającym i wykonawcom. Do najważniejszych można zaliczyć: zmianę w rozumieniu kategorii „**zamówienie**” i „**wykonawca**” oraz doprecyzowanie „**zamówień klasycznych**”. Różnice i podobieństwa pokazuje tabela poniżej.

Tabela 1. Definicje ustawowe

Definicja zawarta w	
ustawie pzp	nowej upzp
<p>wykonawca – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego</p>	<p>wykonawca – należy przez to rozumieć 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 lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego</p>
<p><i>Podstawowa różnica w zdefiniowaniu wykonawcy opiera się na założeniu, że wykonawca to nie tylko ten, który aktywnie uczestniczy w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, ale też ten, który w sprzyjających okolicznościach mógłby w nim uczestniczyć, bowiem oferuje na rynku usługi, dostawy lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia.</i></p>	