

# NOWE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**We wrześniu 2019 r. została uchwalona nowa ustawa Prawo zamówień publicznych, zastąpi ona regulację o tej samej nazwie uchwaloną w styczniu 2004 r. Nowa ustawa ma ambicje zostać kompleksową regulacją w zakresie zamówień publicznych, o czym świadczy jej rozbudowana treść zawierająca ponad 600 artykułów. Akt ten będzie „biblią” dla wszystkich wykonawców, jak i zamawiających działających na rynku zamówień publicznych. Warto zatem przyjrzeć się kilku najważniejszym zmianom, jakie przyniesie nowa ustawa.**

W dniu 11 września 2019 r. Sejm RP uchwalił ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019), dalej jako „Ustawa”. Jak ważna jest ta regulacja świadczyć może jej rozmiar (ponad 600 artykułów), ale przede wszystkim wartość rynku zamówień, który jest nią regulowany – wynosi ok. 230 mld złotych rocznie i stanowi 10 proc. PKB. Nowa Ustawa zastąpi obecnie obowiązującą, która ponad 15 lat regulowała rynek zamówień publicznych w Polsce. Ustawa ta nie miała łatwych początków, od kilku lat przymierzano się do wprowadzenia nowego aktu prawnego z uwagi na fakt, że od 2004 r., kiedy to Prawo zamówień publicznych zostało uchwalone, cyklicznie co najmniej dwa razy w roku, jest zmieniane. Szczególnie duże nowelizacje np. implementujące przepisy dyrektywy zbrojeniowej oraz dyrektyw z 2014 r., wprowadzały chaos oraz doprowadziły do dużej niespójności obecnych regulacji. Za całkowicie nową regulacją, w miejsce kolejnej nowelizacji, przemawiały również powody czysto praktyczne. Duża liczba zmian dodawanych w różnych miejscach ustawy sprawiła, że do numerów artykułów dodawano litery, a gdy tych brakowało kolejne. Powstał akt o skomplikowanej budowie i utrudnionej interpretacji.

Na zauważenie zasługuje fakt, że mimo dość często spotykanego pośpiechu legislacyjnego, w przypadku tej Ustawy dołożono starań, aby różne grupy interesu mogły odnieść się do tego aktu i zaproponować zmiany. Przygotowanie projektu poprzedzono Konsepcją nowego prawa zamówień publicznych, która była konsultowana od 6 czerwca 2018 r.

## ZAŁOŻENIA USTAWODAWCY

Głównym celem projektodawców było usprawnienie procedury udzielania zamówienia publicznego, uproszczenie procedur oraz wzmocnienie sytuacji wykonawców.

Wydaje się, że zamiary te choćby częściowo zostały osiągnięte, jednak na oceny jak regulacje te zadziałają w praktyce przyjdzie nam jeszcze trochę poczekać. Z uwagi na wagę, powszechność stosowania oraz rozmiar regulacji ustawodawca zdecydował się na dość długie *vacatio legis* w przypadku tej ustawy. Wejdzie ona w życie dopiero w styczniu 2021 r. Ten czas warto wykorzystać na zapoznanie się z nowymi regulacjami, aby wchodzić w nową rzeczywistość prawną przygotowanym.

Odnosząc się do konkretów, czyli do omówienia najważniejszych zdaniem autora zmian, należy podkreślić, że nowa Ustawa nie wprowadza rewolucji. Nie było to możliwe chociażby z uwagi na obowiązywanie dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE, z którymi muszą być zgodne przepisy prawa polskiego. Nie oznacza to jednak, że nie brakuje w Ustawie kilku istotnych nowości.

## USPRAWNIENIA DLA POSTĘPOWAŃ O MNIEJSZEJ WARTOŚCI

Duża zmiana czeka wykonawców i zamawiających ubiegających się o zamówienia publiczne o wartości poniżej progów unijnych. W postępowaniach tych w miejsce wielu trybów wprowadzono cztery. Trzy z nich – tryb partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki, będą stosowane jedynie w pewnych wyjątkowych sytuacjach po wykazaniu przez zamawiającego zaistnienia określonych w przepisach przesłanek. Domyślnym trybem stanie się tryb podstawowy. Ten zupełnie nowy tryb daje zamawiającemu wiele możliwości ukształtowania postępowania w taki sposób, aby najpełniej odpowiadało celowi oraz stopniowi złożoności zamówienia. Każdorazowo postępowanie prowadzone w trybie podstawowym rozpocznie się poprzez opublikowanie otwartego dla wszystkich zamówienia. W ramach trzech opcji trybu

podstawowego zamawiający może przewidzieć procedurę z negocjacjami lub bez. W przypadku przewidzenia negocjacji zamawiający może natomiast zdecydować czy będą one obowiązkowe czy fakultatywne. W przypadku tych drugich, decyduje czy się odbędą zamawiający jedynie po zapoznaniu się z treścią złożonych ofert. Niewątpliwie uproszczenie i rozszerzenie możliwości prowadzenia negocjacji uelastyczni proces udzielania zamówienia. Pozwoli również na lepsze dostosowanie treści oferty do potrzeb i oczekiwań zamawiających. Może oczywiście również rodzić pewne sytuacje patologiczne, ale takie ryzyko zawsze wzrasta w sytuacji, gdy zmniejsza się formalizm w postępowaniu. Nie można jednak przez pryzmat tego ryzyka tworzyć przepisów prawa, które powinny mieć zastosowanie do typowych, większościowych zdarzeń, a nie skrajności.

## WZMOCNIENIE ZNACZENIA PRZYGOTOWANIA POSTĘPOWANIA

Kolejną nowością, tym razem mającą zastosowanie do wszystkich postępowań niezależnie od ich wartości jest obowiązek dokonania na etapie przygotowania postępowania analizy potrzeb i wymagań. Dokument ten powinien zawierać badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego z wykorzystaniem zasobów własnych. Dodatkowo elementem analizy powinno być rozeznanie rynku, w aspekcie alternatywnych środków niezbędnych do realizacji zlecenia, w tym z wykorzystaniem umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, lub możliwych wariantów realizacji zamówienia. Jeżeli zamawiający nie dostrzega alternatywy dla zaspokojenia swoich potrzeb, to powinien uzasadnić to stanowisko w analizie. Ustalenia w analizie wymaga również wartość każdej z przytoczonych alternatyw, możliwość podziału zamówienia na części, właściwy tryb udzielenia zamówie-

nia, możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia oraz ryzyka związane z udzieleniem zamówienia. Przytoczony katalog elementów składowych analizy potrzeb i wymagań wprost wskazuje, że dokument ten nie będzie łatwy do sporządzenia. W szczególności pierwszy z wymogów opracowania alternatywnych środków zaspokojenia potrzeb zamawiającego i badanie wariantów realizacji zamówienia - będzie wymagał od zamawiającego szerokiej wiedzy oraz niewątpliwie znacznie wydłuży czas przygotowania postępowania.

### OCENA POST-REALIZACYJNA

Konsekwentnie ustawodawca zobowiązał zamawiających do ewaluacji zamówienia również po zakończeniu jego realizacji oraz sporządzenia na jej podstawie raportu obrazującego błędy popełnione w trakcie realizacji. Ocena ta ma być każdorazowo dokonywana, gdy podczas realizacji zamówienia wystąpiły pewne nieprawidłowości, np. gdy nałożono na wykonawcę znaczne, bo na poziomie ponad 10 proc. kary umowne, gdy na realizację zamówienia wydano o 5 proc. więcej niż wynosiła cena oferty, wystąpiły znaczne opóźnienia w realizacji umowy lub jedna ze stron od niej odstąpiła. Celem raportu jest wyciągnięcie na przyszłość pewnych wniosków co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień publicznych lub określenia przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych.

Obie powyżej wskazane zmiany pokazują, że ustawodawca zamierza na zamawiających niejako wymusić racjonalne wydatkowanie środków publicznych przez właściwe, świadome i profesjonalne przygotowanie postępowania oraz budowanie wiedzy pozwalającej na unikanie tych samych błędów w kolejnych postępowaniach. Dostrzega się tu również ułkon w stosunku do wykonawców, skoro uznano, że fakt naliczenia kar umownych, opóźnień lub odstąpienia od umowy może być spowodowany nie tylko zachowaniem wykonawcy, ale również błędami poczynionymi przez zamawiającego.

### TERMIN ZWIĄZANIA Z OFERTA W NOWEJ ODSŁONIE

Nowa Ustawa rozwiązuje również błędy i braki obecnej regulacji. Przykładowo jednoznacznie rozstrzygnięto problem upływu terminu związania ofertą, który obecnie

odmiennie jest interpretowany przez KIO, a odmiennie przez Prezesa UZP. Zrezygnowano z dość uciążliwego obowiązku pilnowania i przedłużania terminu związania ofertą przez samych wykonawców. Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo wyłącznie do jednego wezwania do wydłużenia terminu związania ofertą o 60 dni. Jeśli w tym czasie zamawiającemu nie uda się wybrać oferty, wówczas zamawiający nie ma prawa odrzucić oferty wykonawcy, który terminu związania nie wydłużył. Powinien natomiast zwrócić się do wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. W przypadku braku takiej zgody zamawiający zwraca się o wyrażenie zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. Dzięki temu rozwiązaniu wykonawcy nie będą zmuszani do przedłużania terminu związania ofertą, a co za tym idzie ważności wadium w nieskończoność, a jedynie ten wykonawca, który ma realną szansę na wygranie podejmie decyzję, czy mimo przedłużającej się procedury jest jeszcze zainteresowany udziałem w postępowaniu. W związku z tą zmianą doprecyzowano również podstawy odrzucenia oferty.

### RÓWNOWAGA STRON W UMOWIE W SPRAWIE ZAMÓWIENIA

Naprzeciwko potrzebom i oczekiwaniom wykonawców wyszedł ustawodawca również, żeby nie powiedzieć przede wszystkim, w zakresie regulacji przepisów dotyczących treści i realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego. Zawarte w Ustawie regulacje mają zagwarantować pewną równowagę kontraktową stron, która w obecnym modelu jest zdecydowanie zachwiana na korzyść zamawiających. Wyraźnie nałożono na zamawiających obowiązek współdziałania z wykonawcą w celu należytej realizacji zamówienia. Wprowadzono do Ustawy również katalog tzw. klauzul abuzywnych, czyli postanowień projektów umów, których stosowanie jest zakazane z uwagi na ich naruszający równość stron charakter. Wśród tych klauzul znalazły się m.in. postanowienia przewidujące naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający oraz odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienia

w sytuacji, gdy wynikają one z przyczyn od niego niezależnych. Zobowiązano również zamawiającego do wprowadzenia limitu kar umownych, która może być dochodzona w związku z realizacją umowy.

Ustawa wprowadza również długo oczekiwane regulacje dotyczące waloryzacji wynagrodzenia umownego. Dotyczy ona umów na roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W przypadku tego rodzaju umów Zamawiający będzie zobowiązany do zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zmiana ta będzie się odbywała na podstawie mechanizmów określonych w umowie.

### POLUBOWNE ROZWIĄZYWANIE SPORÓW W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Ostatnim całkowicie nowym rozwiązaniem jest uregulowanie w ustawie sposobu rozwiązywania sporów cywilnych wynikłych z umów w sprawie zamówienia publicznego. Dotychczas kwestia ta w ogóle nie była regulowana przez ustawę prawo zamówień publicznych. W nowej ustawie zaproponowano stronom mechanizm polubownego rozwiązywania sporów. Sprawę sporną może strona (zamawiający lub wykonawca) skierować do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranego mediatora, albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu, wnioskując o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu. Już w umowie w sprawie zamówienia można zawrzeć stosowne postanowienia w tym zakresie. Przewiduje się, że to rozwiązanie w sposób znaczny uprości i skróci czas rozwiązywania sporów związanych z realizacją zamówień, co dotychczas niejednokrotnie wiązało się z wieloletnim oczekiwaniem na zatrzymane przez zamawiającego pieniądze z tytułu realizacji zamówienia.

Podsumowując, z nową Ustawą szczególne nadzieje wiążą przede wszystkim wykonawcy, którzy oczekują usprawnienia i ułatwienia w tym zakresie. Praktyka jednak pokaże, czy nadzieje te nie okażą się płonne, a stosowanie Ustawy odbiegnie od założeń projektodawcy. Musi upłynąć trochę czasu zanim będzie możliwe dokonanie ocen oraz wyciągnięcie wniosków.