

Iwona Warchol

Uniwersytet Radomski

ORCID: 0000-0002-8159-7624

**NOWE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH –
WYZWANIA DLA ZAMAWIAJĄCYCH I WYKONAWCÓW****Wprowadzenie**

Zamówienia publiczne to kluczowa forma udziału sektora publicznego w gospodarce. Według danych Komisji Europejskiej wydatki na zamówienia publiczne stanowią nawet 19% PKB Unii Europejskiej, co daje kwotę 2,3 bln euro rocznie. W przypadku polskiej gospodarki udział zamówień publicznych w PKB to co najmniej 10%, a kwota – około 200 mld złotych – tyle corocznie wydają publiczni zamawiający na towary i usługi kupowane w systemie zamówień publicznych¹.

Analizując historię regulacji dotyczących zamówień publicznych w kontekście polskiego systemu zamówień publicznych, nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż nie zawsze rozwój ustawodawstwa w tym zakresie szedł w parze z pewnym ogólnym sposobem myślenia o państwie oraz roli gospodarki w życiu i rozwoju większej społeczności. Mając to na uwadze, raz jeszcze wypada podkreślić, iż zamówienia publiczne stanowią jeden z instrumentów wpływu państwa na gospodarkę rynkową. Jednak tak rozumiany sektor zamówień publicznych, a ściślej – regulowana za jego pośrednictwem wzajemna relacja między sektorem publicznym a sektorem prywatnym, nie zawsze był areną współpracy, która dawała obu stronom wzajemne korzyści².

Dotychczasowe Prawo zamówień publicznych było już wielokrotnie nowelizowane, w wielu miejscach było niespójne, a poza tym było tworzone w zupełnie innych realiach gospodarczych i otoczeniu prawnym. Ustawa była nowelizowana około 60 razy³. Dlatego też potrzebny był całkiem nowy, spójny system

¹ Najważniejsze reguły nowych zamówień publicznych, [Biznes.gov.pl](https://biznes.gov.pl) – Serwis informacyjno-usługowy dla przedsiębiorcy (28.12.2022).

² Ł. Laszczyński, *Historia regulacji z zakresu prawa zamówień publicznych* [w:] Ł. Laszczyński, M. Lamch-Rejowska, *Prawo zamówień publicznych. Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012 s. 23.

³ *Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.*, Warszawa 2018, *Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-2017-r.pdf* (26.01.2021).

zamówień publicznych. Ten wszedł w życie z początkiem 2021 r. i ma naprawić wiele bolączek poprzedniego systemu, jak m.in. skomplikowane procedury, faworyzowanie zamawiających kosztem wykonawców i niejasne orzecznictwo, na które firmy uskarżają się już od lat. Został on wprowadzony ustawą z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych⁴ oraz ustawą z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych⁵.

Nowa regulacja prawna została pozytywnie przyjęta przez doktrynę. A. Panasiuk stwierdza, iż propozycje niektórych rozwiązań idą w dobrym kierunku, szczególnie jeżeli chodzi o uproszczenie postępowań, zwiększenie efektywności zamówień, zwiększenie nacisku na element negocjacji w procedurach⁶.

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych wprowadza zmiany w ponad 80 aktach prawnych, dostosowując przede wszystkim brzmienie określonych norm prawnych do nomenklatury związanej z uchaleniem zupełnie nowego Prawa zamówień publicznych oraz określa zasady stosowania poprzedniej i nowej regulacji do postępowań, które zostały wszczęte i niezakończone przed 1 stycznia 2021 r.

Celem publikacji jest przedstawienie zmian w regulacjach prawnych, które dotyczą zamówień publicznych, zaś podstawową metodą badawczą – analiza przepisów prawa z zastosowaniem zasad wykładni prawa, w szczególności systemowej i celowościowej. Podstawową tezę, którą zamierzam udowodnić, jest stwierdzenie, iż zamawiający przy realizacji procedury zamówień publicznych po wejściu w życie nowego Prawa zamówień publicznych muszą w większym zakresie niż dotychczas podejmować działania mające na względzie interes publiczny rozumiany w szerszym aspekcie niż tylko ograniczanie kosztów realizacji zamówienia, co stanowić może dla nich pewne wyzwanie.

Problemy regulacji prawnych w zakresie zamówień publicznych

Poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁷ przewidywała dziewięć trybów udzielenia zamówienia. W każdym z tych trybów postępowanie przebiegało odmiennie, choć we wszystkich postępowaniach lub w części postępowań były czynności czy etapy wspólne, niezależne od wybranego trybu udzielania zamówienia. Prawo zamówień publicznych spośród dziewięciu trybów udzielania zamówienia wskazywało dwa – przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony – jako podstawowe. Wybór w zakresie

⁴ Dz.U. 2023, poz. 1605, 1720.

⁵ Dz.U. 2019, poz. 2020; Dz.U. 2020, poz. 1086.

⁶ A. Panasiuk, *Dobre prawo zamówień publicznych, mrzonki czy realna przyszłość* [w:] *Procedura zamówień publicznych*, red. J. Niczyפורuk, Lublin 2019, s. 112.

⁷ Dz.U. 2019, poz. 1843; Dz.U. 2020, poz. 288, 1086.

prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w jednym z tych dwóch trybów mógł być dokonany przez zamawiających swobodnie, bez konieczności spełniania dodatkowych wymagań. Siedem pozostałych trybów – negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, licytacja elektroniczna i partnerstwo innowacyjne – mogło być zastosowanych tylko po spełnieniu rygorystycznie interpretowanych przesłanek określonych w ustawie. Warto również wskazać, że wprowadzonym nowelizacją Prawa zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r. nowym trybem udzielania zamówień – przeznaczonym do zakupów innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych – było partnerstwo innowacyjne.

Dotychczas obowiązujące Prawo zamówień publicznych generowało poprzez swoje regulacje następujące problemy, które pojawiały się w aspekcie stosowania prawa:

- nieproporcjonalnie mały w stosunku do potencjału udział MŚP w rynku zamówień publicznych,
- niską konkurencyjność i zmniejszające się zainteresowanie wykonawców rynkiem zamówień publicznych (w 2017 r. w około 43% postępowań złożono tylko jedną ofertę),
- brak równowagi w pozycji zamawiającego i wykonawcy na niekorzyść wykonawcy,
- brak powiązania wydatków na zamówienia publiczne z realizacją polityki oraz celów strategicznych państwa, m.in. wzrostu innowacyjności,
- nacisk położony na etap wyboru,
- wybór rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych w dłuższym okresie,
- skomplikowanie procedur,
- koncentrację zamawiających na spełnieniu wymogów formalnych zamiast na uzyskaniu najlepszego jakościowo produktu lub usługi,
- nierówność stron w postępowaniu,
- ograniczoną dostępność do środków odwoławczych do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) oraz skarg na wyroki KIO do sądów powszechnych, niejednolitość orzecznictwa KIO i sądów powszechnych,
- nieefektywny system kontroli zamówień publicznych,
- brak przejrzystości ustawy wywołany licznymi nowelizacjami⁸.

Problemy te, wskazane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w sprawozdaniu o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r., zostały też powtórzone w uzasadnieniu do projektu nowej ustawy⁹, jak również w literaturze¹⁰.

⁸ *Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.*, Warszawa 2019. Sprawozdanie-UZP-za-2018.pdf (26.01.2021).

⁹ <https://www.portalzp.pl/ustawy/uzasadnienie-do-projektu-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-9433.html> (8.11.2023).

¹⁰ K. Młodecka, *Środki ochrony prawnej w nowym prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2021 s. 21–22.

Nowe Prawo zamówień publicznych weszło w życie z 1 stycznia 2021 r. Należy też pamiętać, że pierwotny tekst nowego Prawa zamówień publicznych z 11 września 2019 r. był już wielokrotnie nowelizowany¹¹ jeszcze przed wejściem w życie ustawy, a także po jej wejściu w życie. Najważniejsze zmiany zostały wprowadzone następującymi ustawami:

- ustawą z dnia 8 lipca 2021 r. o zmianie ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1598),
- ustawą z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2054 ze zm.),
- ustawą z dnia 2 grudnia 2021 r. o zmianie ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2269),
- ustawą z dnia 2 grudnia 2021 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz.U. 2022, poz. 25),
- ustawą z dnia 7 kwietnia 2022 r. o zmianie ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 872),
- ustawą z dnia 28 kwietnia 2022 r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027 (Dz.U. poz. 1079),
- ustawą z dnia 5 sierpnia 2022 r. o ekonomii społecznej (Dz.U. poz. 1812),
- ustawą z dnia 22 lipca 2022 r. o zmianie ustawy o Służbie Więziennej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1933),
- ustawą z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. poz. 2185).

Zakres przedmiotowy Prawa zamówień publicznych z 2019 r. obejmuje kwestie udzielania zamówień publicznych zarówno o wartości równej lub wyższej od progów unijnych, jak i zamówień do wartości progowych. Ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. W sposób kompleksowy reguluje proces udzielania zamówień

¹¹ Następujące ustawy wprowadzały zmiany do prawa zamówień publicznych: z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (wejście w życie 1 marca 2021 r.); z dnia 14 lutego 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z promocją prozdrowotnych wyborów konsumentów (wejście w życie 1 stycznia 2021 r.); z dnia 14 sierpnia 2020 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw (wejście w życie 4 września 2022 r.); z dnia 27 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (wejście w życie 1 stycznia 2021 r.); z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (wejście w życie 1 lipiec 2021 r.); z dnia 21 stycznia 2021 r. o służbie zagranicznej (wejście w życie 15 czerwiec 2021 r.).

publicznych, uwzględniając specyfikę różnych reżimów udzielania zamówień publicznych, takich jak reżim udzielania zamówień klasycznych, reżim udzielania zamówień sektorowych, a także reżim udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Nowa ustawa nie zmienia w sposób zasadniczy katalogu podmiotów zobowiązanych do jej stosowania. Zdecydowano się uprościć dotychczasowe rozwiązania, wprowadzając podział na trzy grupy zamawiających. Grupę pierwszą stanowią zamawiający publiczni (art. 4 Prawa o zamówieniach publicznych). Należy do niej największa liczba zamawiających, w tym np. jednostki samorządu terytorialnego, jednostki budżetowe, instytucje kultury, samorządowe zakłady budżetowe, uczelnie publiczne, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, większość spółek komunalnych i spółek Skarbu Państwa.

Drugą grupą podmiotów zobowiązanych do stosowania Prawa zamówień publicznych są zamawiający sektorowi. Należą do nich jednostki posiadające określony status podmiotowy i wykonujące działalność definiowaną w ustawie jako działalność sektorowa. Reasumując, należy podkreślić, że aby zyskać status zamawiającego sektorowego, podmiot musi być zaliczony do minimum jednej z grup wskazanych w art. 5 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i jednocześnie wykonywać minimum jeden rodzaj działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Zakres działalności sektorowej to: gospodarka wodna, energia elektryczna, gaz i energia cieplna, usługi transportowe, porty, przystanie i porty lotnicze, usługi pocztowe, wydobywanie paliw.

Grupę trzecią stanowią zamawiający subsydiowani, którymi są podmioty niezaliczane do zamawiających publicznych i sektorowych, np. spółki z kapitałem prywatnym lub osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, udzielające zamówień dofinansowanych w ponad 50% przez zamawiających publicznych i których szacunkowa wartość przekracza tzw. progi unijne, jeżeli przedmiotem tych zamówień są roboty budowlane z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej oraz dotyczące niektórych rodzajów obiektów lub budynków użyteczności publicznej, a także związane z nimi usługi¹².

Zasada efektywności jako instrument wspierające zrównoważony rozwój gospodarczy kraju

Nowe Prawo zamówień publicznych przewiduje katalog zasad w Dziale I *Przepisy ogólne*, Rozdziale 2 *Zasady udzielania zamówień* ustawy. Podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji i równego

¹² K. Puchacz, *Nowa ustawa – Prawo zamówień publicznych. Praktyczny przewodnik dla zamawiającego i wykonawcy*, Gdańsk 2020, s. 15–18.

traktowania wykonawców¹³. Jedyne właściwy sposób rozumienia i stosowania tej zasady w praktyce pozwala na prawidłowe udzielanie zamówień publicznych w oparciu o przepisy Prawa zamówień publicznych. Zasady udzielania zamówień publicznych są przełożeniem traktatowych zasad wspólnego rynku na krajowy system udzielania zamówień publicznych. Należy podkreślić, iż wbrew obiegowym opiniom podstawową rolą systemu zamówień publicznych nie jest dokonywanie kontroli wydatków publicznych, ale zapewnienie równego dostępu do zamówień publicznych wykonawcom z całej Unii Europejskiej¹⁴.

Nowe Prawo zamówień publicznych wprowadza nową zasadę, którą można określić jako zasadę efektywności, przez co rozumie się zgodnie z przepisami ustawy udzielenia zamówienia w sposób zapewniający:

- najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zasada efektywności stanowi nowość w odniesieniu do poprzednich regulacji prawnych w zakresie Prawa zamówień publicznych. Z pragmatycznego punktu widzenia pojawia się pytanie dotyczące tego, jak prawidłowo należy rozumieć treść zasady efektywności i jaką rolę należy przypisać nowej zasadzie w procesie egzekucji przepisów nowego Prawa zamówień publicznych. Zasadę efektywności, o której mowa w art. 17 ust. 1 Prawa zamówień publicznych traktować można jako tzw. normę programową. Dość powszechnie uważa się, że jest ona powiązana z następującymi wyzwaniami:

- należyta, czyli szybką i skuteczną implementacją wyników czwartej rewolucji przemysłowej, przez którą rozumiemy rozwój nowych technologii informatycznych, takich jak: sztuczna inteligencja, automatyzacja, robotyka, które to technologie posiadają wpływ na konwencjonalne modele ekonomiczne,
- przeciwdziałanie zmianom klimatycznym,
- wspieranie rozwoju gospodarczego bazującego na rozwoju innowacji oraz zaangażowaniu sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorców,
- wspieraniu inkluzji społecznej wymaganej również ze względu na skutki czwartej rewolucji przemysłowej,
- kształtowaniu odpowiednich polityk geostrategicznych¹⁵.

¹³ W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 146.

¹⁴ J. Andała-Sępkowska, W. Bereszko, *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2020, s. 43.

¹⁵ M. Kania, *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 1(64), s. 8.

Na szczycie Unii Europejskiej pojawiła się zmiana paradygmatu zamówień publicznych w związku z przyjęciem pakietu unijnych dyrektyw zamówieniowych V generacji z 2014 r. W preambułach dyrektywy klasycznej¹⁶ oraz dyrektywy sektorowej¹⁷ podkreśla się, że zamówienia publiczne mają odgrywać kluczową rolę w realizacji strategii *Europa 2020*¹⁸. Nowe Prawo zamówień publicznych w pełni implementuje regulacje obu dyrektyw.

Jeśli przeanalizujemy preambuły dyrektywy klasycznej i dyrektywy sektorowej jako te części aktów normatywnych Unii Europejskiej, które zawierają aksjologiczne supozycje tekstu prawnego, możemy zauważyć, że katalog wartości chronionych i promowanych w obu dyrektywach jest bardzo podobny. Obie są elementami reformy unijnego systemu zamówień publicznych, która zdecydowanie rozszerzyła katalog wartości istotnych z punktu widzenia prawa unijnego¹⁹.

W ten sposób nie tylko podkreślono rolę tzw. strategicznych zamówień publicznych, czyli zamówień, które są udzielane z poszanowaniem zasad zrównoważonego rozwoju (w sensie środowiskowym, społecznym oraz gospodarczym), lecz również dokonano rewizji podstawy aksjologicznej prawa zamówień publicznych²⁰. Zrównoważone zamówienia publiczne wychodzą poza ramy typowego szukania oszczędności, skupiając się na osiągnięciu *Best Value for Money* z uwzględnieniem szeroko rozumianych celów pozazakupowych. Od niedawna Komisja Europejska promuje koncepcję „strategicznych zamówień publicznych”, która sprowadza się do używania zamówień publicznych nie tylko jako instrumentu czysto zakupowego, nakierowanego na osiągnięcie oszczędności przez wybór ofert z najniższą ceną, lecz również pozwalającego na realizację celów innych unijnych polityk w zakresie ekologii, włączenia społecznego oraz

¹⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014, s. 65, ze zm.) zwaną dyrektywą klasyczną.

¹⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014, s. 243, ze zm.) zwaną dyrektywą sektorową.

¹⁸ Strategia *Europa 2020* jest przyjętym w 2010 r. unijnym planem wyjścia z kryzysu gospodarczego w perspektywie krótkoterminowej oraz powrotu na ścieżkę rozwoju w perspektywie długoterminowej. Obejmuje trzy powiązane ze sobą priorytety: 1) rozwój inteligentny (*smart growth*) oznaczający rozwój gospodarki opartej na wiedzy i innowacji; 2) rozwój zrównoważony (*sustainable growth*) polegający na wspieraniu gospodarki efektywnej korzystającej z zasobów, bardziej przyjaznej środowisku i bardziej konkurencyjnej; 3) rozwój sprzyjający włączaniu społecznemu (*inclusive growth*) obejmujący wspieranie gospodarki o wysokim poziomie zatrudnienia, zapewniającej spójność społeczną. europa.eu (28.12.2022).

¹⁹ P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 144.

²⁰ H. Nowicki, P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych* [w:] *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*, red. A. Pawłowski, Warszawa 2022, s. 111.

promowania rozwiązań innowacyjnych²¹. Prawo zamówień publicznych stało się w ten sposób instrumentem promowania i chronienia określonych wartości²².

Nie można wskazać konkretnego modelu czy wzoru obliczania efektywności zamówień publicznych. O wiele łatwiej wymienić instrumenty zawarte w nowym Prawie zamówień publicznych, które umożliwią realizację tej zasady. Są nimi: elektroniczna zamówień publicznych, planowanie zamówień publicznych, analiza potrzeb i wymagań zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe, tryby negocjacyjne zamówień publicznych oraz ewaluacja realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Realizacji omawianej zasady mają służyć w szczególności regulacje zawarte w art. 83 oraz art. 239–250 Prawa zamówień publicznych. Przepis art. 83 wymaga od zamawiającego publicznego, aby przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia dokonał analizy swoich potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia. Analiza ta ma obejmować w szczególności badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych oraz rozeznanie rynku w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb i możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia. Zamawiający powinien w efekcie podjętych działań ustalić m.in. orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, a także możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia i ryzyko związane z postępowaniem o udzielenie i realizację zamówienia. Obowiązki te nie dotyczą zamówień o wartości niższej od progów unijnych (zamawiający ma możliwość przeprowadzenia tego rodzaju analizy). Podczas analizy, o której mowa w art. 83 Prawa zamówień publicznych, należy także określić kryteria oceny ofert oraz skutki ekonomiczne ich zastosowania na zasadach określonych w art. 239–250 ustawy²³.

Kluczowe propozycje nowej ustawy

Najważniejsze zmiany w nowym Prawie zamówień publicznych w odniesieniu do poprzedniej regulacji dotyczą trzech obszarów. Pierwszy to obszar związany z poprawą konkurencyjności na rynku zamówień publicznych, zwiększeniem jego dostępności dla wszystkich podmiotów gospodarczych działających w różnych sektorach. Drugi to zmiany związane z większą transparentnością, jawnością

²¹ European Commission, *Strategic Public Procurement: Facilitating Green, Inclusive and Innovative Growth*, „European Procurement and Public Private Partnership Law Review” 2017, no. 3, s. 219–223.

²² P. Nowicki, *Zamówienia publiczne jako instrument kształtowania gospodarki przez państwo*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497, s. 116.

²³ K. Puchacz, *Nowa ustawa...*, s. 34.

i gromadzeniem danych, co w przyszłości ma umożliwić zamawiającym oraz wykonawcom prognozowanie poszczególnych zamówień, udział w postępowaniach, a także wyciąganie wniosków w zakresie dokonywania właściwej analizy potrzeb i wymagań zamawiającego. I wreszcie trzeci, duży obszar zmian jest związany z wyrównaniem pozycji stron umowy o zamówienie publiczne.

Prawo zamówień publicznych statuuje możliwe do zastosowania tryby w zależności od wartości zamówienia. Gdy zamawiający zamierza zrealizować zamówienie o wartości równej progom unijnym lub wyższej, ma do wyboru przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne, negocjacje bez ogłoszenia oraz zamówienie z wolnej ręki. Dla postępowania o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne przewidziano tryb podstawowy w trzech wariantach: partnerstwo innowacyjne, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki²⁴.

Jak wskazuje Komisja Europejska²⁵, podczas wyboru procedury instytucje zamawiające powinny uwzględnić szereg czynników, takich jak: określone wymogi i cel każdej procedury, korzyści związane z całkowicie otwartą konkurencją, zalety ograniczenia konkurencji, obciążenia administracyjne wynikające z każdej procedury, ryzyko skarg i środki odwoławcze związane często z zagrożeniem korupcją i znową przetargową, zachęta do oferowania innowacyjnych rozwiązań, które są indywidualnie dopasowane do konkretnych potrzeb.

Zamawiający publiczni od 1 stycznia 2021 r. zostali objęci dwoma nowymi obowiązkami dotyczącymi publikacji planu postępowań na dany rok budżetowy. Pierwszy z nich dotyczy publikacji planu postępowań – poza stroną internetową zamawiającego – także w Biuletynie Zamówień Publicznych, zaś drugi odnosi się do obowiązku aktualizacji tego planu w trakcie roku budżetowego (art. 23 Prawa zamówień publicznych).

Drugą stroną zamówienia są wykonawcy, czyli osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (np. spółki jawne), które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiegają się o udzielenie zamówienia, złożyły ofertę lub zawarły umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Ustawa określa też kwalifikacje wykonawców, stanowiąc w art. 57 warunki ubiegania się o zamówienie. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Prawo zamówień publicznych zawiera długi katalog okoliczności i przesłanek, na podstawie których podmioty podlega wykluczeniu, i nowa regulacja w zasadzie powieliła rozwiązania poprzedniej w tym zakresie.

²⁴ M. Michałowska, *Przewodnik po zamówieniach publicznych*, Wrocław 2021, s. 54.

²⁵ Komisja Europejska, *Wytyczne dla osób odpowiedzialnych za udzielane zamówień publicznych*, https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_pl.pdf (10.11.2023).

Nawet sam ustawodawca podkreślał, iż zamówienia publiczne mogą być narzędziem polityki wzrostu rozwoju gospodarczego, co ilustrują tezy, które zawarł w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 11 września 2019 r. Warto tu przytoczyć krótki fragment z uzasadnienia, który zawiera następujące stwierdzenia: „Zastosowanie odpowiednich kryteriów oceny ofert, trybów udzielania zamówień, rzetelna współpraca z wykonawcą powinny zapewnić nie tylko równe traktowanie, konkurencyjność i oszczędności, ale także kreować zapotrzebowanie oraz pożądane postawy, wzmacniać kompetencje zespołów, umożliwiać budowanie doświadczenia wykonawców oraz dawać impuls do rozwoju”²⁶. Należy zinterpretować ten fragment uzasadnienia w taki sposób, iż celem ustawodawcy było to, aby zamówienia publiczne stały się instrumentem stymulującym rozwój gospodarczy państwa.

Również przyjęta przez Radę Ministrów Polityka Zakupowa Państwa, która jest nową instytucją powołaną przez ustawę z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych i która określa priorytetowe działania Rzeczypospolitej Polskiej w obszarze zamówień publicznych, a także pożądany kierunek działań zamawiających w zakresie udzielanych zamówień, uwzględnia jako jeden z najważniejszych celów rozwój potencjału MŚP poprzez szersze otwarcie dla nich rynku zamówień publicznych. W związku z polityką zakupową państwa dodatkowy obowiązek nałożono jedynie na zamawiających będących centralnymi organami administracji rządowej. Podmioty te zobowiązane zostały do sporządzenia strategii zarządzania dla poszczególnych kategorii zakupowych, zgodnej z Polityką Zakupową Państwa²⁷.

Realizacja zamówienia publicznego dokonuje się na podstawie umowy. Zamawiający i wykonawcy przy jej kształtowaniu nie korzystają w pełni ze swobody umów, lecz muszą uwzględnić regulacje wynikające z prawa Unii Europejskiej oraz ograniczenia zawarte w Prawie zamówień publicznych. Na kształt umowy o zamówienie publiczne wpływają regulacje publicznoprawne i cywilnoprawne. Sprawia to, że ułożenie umowy o zamówienie publiczne często jest trudne²⁸.

Niekorzystne postanowienia umowne (kary umowne, warunki wykonania zamówienia, wadium czy gwarancje należytego wykonania umowy), które powodowały brak równości stron i obciążanie wykonawcy jednostronnie ryzykiem kontraktowym, były to wady poprzedniego systemu zamówień publicznych. Nowa ustawa wprowadza w Dziale VII noszącym tytuł: *Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie* katalog niedozwolonych postanowień w umowach o udzielenie zamówienia publicznego, w którym znajdują się m.in.: zakaz wprowadzania odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, z wyjątkiem sytuacji, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, zakaz naliczania kar

²⁶ Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych – Portal ZP (24.05.2021), s. 3.

²⁷ K. Puchacz, *Nowa ustawa...*, s. 42.

²⁸ *Zamówienia publiczne*, red. P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021, s. 431.

umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub prawidłowym jej wykonaniem, zakaz wprowadzania odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie zamawiający, oraz zakaz możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (art. 433 Prawa zamówień publicznych). Przyjmuje się, że wyżej wymieniony katalog ma charakter zamknięty, a nie jest jedynie katalogiem przykładowym.

Część zasadniczych zmian, jakimi został dotknięty system środków ochrony prawnej na gruncie nowej regulacji, została pozytywnie przyjęta przez środowisko prawne zainteresowane tematem zamówień publicznych. Należą do nich m.in. trzyosobowe składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej, rozszerzenie zakresu spraw poddanych kognicji Izby, w tym możliwość składania odwołań w sprawach o wartości poniżej progów unijnych czy zaskarżanie postanowień projektu umowy o zamówienie publiczne, przyznanie legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorstw, jeden sąd zamówień publicznych właściwy do rozpoznawania skarg na orzeczenia Izby, obniżenie opłaty sądowej od skargi do sądu, wprowadzenie możliwości pozasądowego rozwiązywania sporów czy wreszcie rozszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do wnoszenia skargi kasacyjnej²⁹.

Elektronizacja zamówień publicznych

Prawo zamówień publicznych z 2019 r. wzorem dyrektyw unijnych przewiduje obowiązek elektronicznej komunikacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia i konkursach. Komunikacja tego rodzaju ma, przynajmniej w założeniu, spełniać kilka celów. Po pierwsze, chodzi o zwiększenie szybkości i sprawności przeprowadzania postępowań zamówieniowych. Po drugie, założeniem jest zwiększenie dostępu MSP do rynku zamówieniowego i poprawa konkurencyjności przetargów. Wreszcie po trzecie, deklarowanym celem elektroniczacji jest zwiększenie transparentności postępowań przetargowych oraz eliminacja zjawisk korupcyjnych. Wszystkie te cele zostały potwierdzone w uzasadnieniu do projektu nowej ustawy na etapie prac legislacyjnych³⁰.

Od 1 stycznia 2021 r. elektroniczacja przetargów w Polsce jest już zrealizowana w pełni, co oznacza, że mają być nią objęte wszystkie postępowania zamówieniowe. Nie tylko te, które muszą być elektroniczne ze względu na wymogi dyrektyw, czyli postępowania o wartościach szacunkowych powyżej tzw. progów unijnych, ale również postępowania mniejsze. Elektronizacja dotyczy też

²⁹ K. Młodecka, *Środki ochrony...*, s. 23–24.

³⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych – Portal ZP (24.05.2021), s. 3.

postępowania krajowych o wartościach niższych niż progi unijne, ale jednocześnie nie mniejszych niż 130 000 złotych, czyli od zasadniczego progu obowiązującego Prawa zamówień publicznych z 2019 r.

W związku z tym, że przepisy dyrektyw unijnych nie wymagały od Polski elektronicznej postępowania o wartościach poniżej progów unijnych, była ona kilkakrotnie odkładana w czasie. Ostatecznie na mocy art. 11 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych³¹ znowelizowano ustawę z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw³², wyznaczając w jej art. 15 ust. 1 pkt 3 dzień 1 stycznia 2021 r. jako datę wejścia w życie elektronicznej postępowania o wartościach poniżej progów unijnych. Elektroniczna przetargów krajowych, mimo że formalnie została wprowadzona na podstawie odrębnej ustawy, a nie Prawa zamówień publicznych z 2019 r., praktycznie zbiega się z momentem jej wejścia w życie.

Ujmując zagadnienie w pewnym skrócie, elektroniczna przetargów o wartościach powyżej progów unijnych została w Polsce wprowadzona w dwóch etapach: od 18 kwietnia 2018 r. wprowadzono ustawowy wymóg, aby wykonawcy składali w formie elektronicznej jednolity europejski dokument zamówienia opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z kolei od 18 października 2018 r. przepisy wymagały już, aby postępowania zamówieniowe o wartościach powyżej progów unijnych były w pełni elektroniczne. Nowe Prawo zamówień publicznych kontynuuje ten kierunek. Pod rządami tej ustawy wszelka komunikacja zamawiającego z wykonawcami ma się odbywać co do zasady w formie elektronicznej. Oznacza to, że są nią objęte m.in. takie aktywności, jak: składanie ofert, wniosków, oświadczeń oraz pozostałych dokumentów wymaganych od wykonawców, wymiana bieżącej korespondencji między zamawiającymi a wykonawcami, pytania do specyfikacji warunków zamówienia oraz udzielanie odpowiedzi, a także przekazywanie przez zamawiającego wszelkich informacji o postępowaniu wykonawcom³³. Należy stwierdzić, iż elektroniczna przetargów publicznych stanowiła pewne wyzwanie dla zamawiających i wykonawców.

Podsumowanie

W XXI w. rola państwa jako regulatora gospodarki wzrasta. Można nawet wskazać wpływ na wzrost produktu krajowego jako na kolejną sferę działań administracji. Wiele takich problemów, jak degradacja środowiska naturalnego, kończące się zasoby naturalne czy nierówności społeczne, oraz potrzeby wzrostu

³¹ Dz.U. 2019, poz. 1649.

³² Dz.U. 2016, poz. 1020, 1579, 1920; Dz.U. 2018, poz. 1603.

³³ A. Serpina-Forkasiewicz, J. Liput, M. Tabor, *Elektroniczna przetargów publicznych w praktyce*, Warszawa 2020, s. 19–20.

innowacyjności wymagają interwencji państwa poprzez działanie konkretnych organów administracji publicznej. Ten trend jest też wyraźnie widoczny w unijnym prawie zamówień publicznych, w którym przestała być głównym paradygmatem zasada równego dostępu do rynków, a pojawiła się zasada oddziaływania państwa na gospodarkę i jej wzrost³⁴.

Prawodawca unijny, a w ślad za nim ustawodawca krajowy, przyjmując konkretny zbiór wartości prawa zamówień publicznych, wyrażają aprobatę dla określonej ideologii społeczno-politycznej, której fundamentem jest realizacja interesu publicznego poprzez wykorzystywanie zamówień publicznych do budowania wspólnego dobra, przy jednoczesnej realizacji zadań publicznych. W interesie publicznym leży również zapewnienie zgodności z prawem udzielanych zamówień publicznych, co jednocześnie stanowi realizację interesów indywidualnych uczestników rynku zamówień publicznych.

Dobrą ilustracją tez przedstawionych w artykule jest wynik badania przeprowadzonego przez firmę szkoleniową ApexNet³⁵ od października 2021 r. do stycznia 2022 r. Wzięło w nim udział 815 osób, w tym 603 zamawiających i 82 wykonawców. Z badania wynika, że nowe Prawo zamówień publicznych wpłynęła pozytywnie na blisko 29% zamawiających, jednak więcej, bo blisko 38%, ocenia zmiany negatywnie. Co ciekawe, to osoby z wyższym stażem pracy oceniają zmiany bardziej negatywnie. Inaczej wyniki rozkładają się w przypadku wykonawców – aż 82% z nich ocenia zmiany zdecydowanie pozytywnie lub pozytywnie, a negatywnie niecałe 4%. Te wyniki badań należy zinterpretować w ten sposób, że sami przedsiębiorcy oceniają pozytywnie zmiany w zakresie zamówień publicznych wprowadzone nową ustawą.

Bibliografia

- Andała-Sępkowska J., Bereszko W., *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2020.
- Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018.
- europa.eu (28.12.2022).
- Gola J., Bobowski S., *Efektywność funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce*, „Prace Naukowe https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_pl.pdf (10.11.2023).
- Kania M., *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 1(64).
- Laszczyński Ł., Lamch-Rejowska M., *Prawo zamówień publicznych. Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012.
- Michałowska M., *Przewodnik po zamówieniach publicznych*, Wrocław 2021.
- Młodecka K., *Środki ochrony prawnej w nowym Prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2021.

³⁴ H. Nowicki, P. Nowicki, *Aksjologia prawa...*, s. 112.

³⁵ Zamawiający niezadowoleni z nowego Pzp, wykonawcy bardziej – Portal ZP (7.03.2023).

- Najważniejsze reguły nowych zamówień publicznych, Biznes.gov.pl – Serwis informacyjno-usługowy dla przedsiębiorcy (28.12.2022).
- Nowicki H., Nowicki P., *Aksjologia prawa zamówień publicznych* [w:] *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*, red. A. Pawłowski, Warszawa 2022.
- Nowicki P., *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiedzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019.
- Nowicki P., *Zamówienia publiczne jako instrument kształtowania gospodarki przez państwo*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497.
- Panasiuk A., *Dobre prawo zamówień publicznych, mrzonki czy realna przyszłość* [w:] *Procedura zamówień publicznych*, red. J. Niczyporuk, Lublin 2019.
- Puchacz K., *Nowa ustawa – Prawo zamówień publicznych. Praktyczny przewodnik dla zamawiającego i wykonawcy*, Gdańsk 2020.
- Serpina-Forkasiewicz A., Liput J., Tabor M., *Elektronizacja zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2020.
- Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.*, Warszawa 2018.
- Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.*, Warszawa 2019.
- Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych – Portal ZP (24.05.2021).
- Zamawiający niezadowoleni z nowego Pzp, wykonawcy bardziej – Portal ZP (7.03.2023).
- Zamówienia publiczne*, red. P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021.

Streszczenie

Artykuł zawiera analizę zmian regulacji prawnych w zakresie Prawa zamówień publicznych. Autorka przedstawia problemy praktyczne stosowania dotychczasowej ustawy oraz zasadność zmian sposobu przeprowadzania postępowań z zakresu zamówień publicznych oraz zawierania umów. W opracowaniu poruszono także zagadnienia związane z zasadami Prawa zamówień publicznych oraz środkami ochrony prawnej w nowym Prawie zamówień publicznych i elektroniczną komunikacją w zamówieniach publicznych.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, procedury, zawieranie umów

THE NEW PUBLIC PROCUREMENT LAW – CHALLENGES FOR AUTHORITIES AND CONTRACTORS

Summary

The article refers an analysis of changes in legal regulations in the field of public procurement law. The author presents the practical problems of applying the existing act and the legitimacy of changes in the principles and detailed regulations on the manner of conducting proceedings and concluding contracts. The article also addresses issues related to the principles of public procurement law and legal protection measures in the new public procurement law and electronic of communication in public procurement.

Keywords: public procurement, procedures, contracting