

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 2021

Praktyczny przewodnik

Justyna Andata-Sępkowska, Wojciech Bereszko

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE 2021

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 2021

Praktyczny przewodnik

Justyna Andata-Sępkowska, Wojciech Bereszko

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

Stan prawny na 2 stycznia 2021 r.

Wydawca
Izabella Małecka

Redaktor prowadzący
Joanna Ołówek

Opracowanie redakcyjne
Anna Krzesz

Projekt okładek serii
Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność
Więcej na www.legalnakultura.pl
Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2021

ISBN 978-83-8223-458-9

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz najważniejszych skrótów	13
-------------------------------------	----

Wstęp	15
-------------	----

Część pierwsza ZAŁOŻENIA OGÓLNE

Rozdział I

Przedmiot regulacji	21
1. Zakres spraw regulowanych ustawą – Prawo zamówień publicznych	21
2. Podmioty zobowiązane do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych	23
3. Definicje legalne	28
4. Wyłączenia stosowania przepisów ustawy	35

Rozdział II

Zasady udzielania zamówień	54
1. Zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców	54
2. Przejrzystość i proporcjonalność	57
3. Zasady dotyczące przedmiotu zamówienia	60
4. Jawność postępowania	62
5. Dane osobowe w postępowaniu	63
6. Pisemność i język postępowania	68

Rozdział III

Polityka zakupowa państwa oraz plan postępowań o udzielenie zamówień	70
1. Polityka zakupowa państwa	70
2. Plan postępowań o udzielenie zamówień	72

Rozdział IV	
Zamówienia o charakterze mieszanym	74
 Rozdział V	
Szacowanie wartości zamówienia i konkursu	79
1. Zasady szacowania wartości	81
2. Sposoby szacowania	84
 Rozdział VI	
Zamawiający	90
1. Zamawiający	90
2. Komisja przetargowa	90
3. Konflikt interesów w przypadku wyłączenia	91
4. Zamówienia wspólne	99
5. Centralny zamawiający	103
 Rozdział VII	
Wykonawcy	107
1. Wykonawca	107
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia	108
 Rozdział VIII	
Komunikacja zamawiającego z wykonawcami	113
1. Zasady komunikacji w postępowaniach	116
2. Narzędzia i urządzenia komunikacji elektronicznej	119
3. Odstąpienie od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej	123
 Rozdział IX	
Dokumentowanie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia	125
1. Protokół postępowania	127
2. Dane osobowe	133
3. Roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach	134

Część druga

**POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA
KLASYCZNEGO O WARTOŚCI RÓWNEJ
LUB PRZEKRACZAJĄCEJ PROGI UNIJNE**

Rozdział X	
Przygotowanie postępowania. Analiza potrzeb zamawiającego	137
1. Analiza potrzeb zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe oraz wcześniejsze zaangażowanie wykonawców	137
2. Przekazywanie ogłoszeń przez zamawiającego Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i ich publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ...	140

3. Ustalenie niektórych warunków zamówienia	142
3.1. Zamówienia w częściach	142
3.2. Oferta wariantowa	142
4. Komunikacja w postępowaniu	143
5. Klauzule społeczne	143
6. Wymóg zatrudnienia	145
7. Dodatkowe aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne	145
8. Wadium	146
9. Opis przedmiotu zamówienia	149
10. Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane	154
11. Przedmiotowe środki dowodowe	154
12. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców – podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia	157
13. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców – warunki udziału w postępowaniu	162
14. Udostępnienie zasobów	164
15. Podmiotowe środki dowodowe	166

Rozdział XI

Tryb udzielania zamówień – zasady ogólne	176
---	------------

Rozdział XII

Tryb przetargu nieograniczonego	181
1. Wszczęcie postępowania	181
2. Specyfikacja warunków zamówienia	189
3. Wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia	191
4. Terminy składania ofert	194
5. Procedura odwrócona	195

Rozdział XIII

Przetarg ograniczony	196
1. Wszczęcie przetargu ograniczonego	198
2. Specyfikacja warunków zamówienia	198
3. Składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (terminy)	201
4. Ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zaproszenie do składania ofert	201

Rozdział XIV

Negocjacje z ogłoszeniem	205
1. Przesłanki umożliwiające zastosowanie negocjacji z ogłoszeniem	205
2. Opis potrzeb i wymagań	207
3. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu	211
4. Zaproszenie i składanie ofert	213
5. Procedura	214

Rozdział XV

Dialog konkurencyjny	219
1. Przesłanki umożliwiające zastosowanie dialogu konkurencyjnego	219
2. Kryteria oceny ofert i opis potrzeb i wymagań	221
3. Zaproszenie do dialogu konkurencyjnego	225
4. Przebieg dialogu konkurencyjnego	225

Rozdział XVI

Partnerstwo innowacyjne	228
1. Charakterystyka partnerstwa innowacyjnego	228
2. Opis potrzeb i wymagań	229
3. Przebieg partnerstwa innowacyjnego	233

Rozdział XVII

Negocjacje bez ogłoszenia	242
1. Przesłanki umożliwiające zastosowanie negocjacji bez ogłoszenia	242
2. Przebieg negocjacji bez ogłoszenia	243

Rozdział XVIII

Zamówienie z wolnej ręki	247
1. Przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze i przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych	247
2. Działalność twórcza lub artystyczna	249
3. Dostawy w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych	251
4. Nagroda w konkursie	251
5. Wyjątkowa sytuacja	253
6. Nieudany przetarg	253
7. Powtórzenie podobnych usług lub robót budowlanych	256
8. Dodatkowe dostawy	256
9. Inne przesłanki	257
10. Zamówienia typu <i>in-house</i>	258

Rozdział XIX

Składanie i otwarcie ofert	262
1. Składanie ofert	262
2. Otwarcie ofert	264
3. Ocena ofert	266
4. Rażąco niska cena	267
5. Powstanie u zamawiającego obowiązku podatkowego	268

Rozdział XX

Aukcja elektroniczna	273
-----------------------------------	-----

Rozdział XXI

Wybór najkorzystniejszej oferty	276
1. Kryteria oceny ofert	276
2. Czynności dokonywane po wyborze oferty najkorzystniejszej	282

Rozdział XXII

Zakończenie postępowania	283
1. Zawarcie umowy	283
2. Unieważnienie postępowania	285

Część trzecia

**POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA
KLASYCZNEGO O WARTOŚCI MNIEJSZEJ NIŻ PROGI UNIJNE**

Rozdział XXIII

Zakres zastosowania	293
1. Ogłoszenia	297
2. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców	300

Rozdział XXIV

Tryb podstawowy udzielania zamówień	302
1. Wszczęcie postępowania	303
2. Wariant pierwszy trybu podstawowego	303
3. Wariant drugi trybu podstawowego	307
4. Wariant trzeci trybu podstawowego z negocjacjami	310

Rozdział XXV

Partnerstwo innowacyjne w progach krajowych	314
--	-----

Rozdział XXVI

Negocjacje bez ogłoszenia w progach krajowych	317
--	-----

Rozdział XXVII

Zamówienie z wolnej ręki w progach krajowych	321
---	-----

Rozdział XXVIII

Wybór najkorzystniejszej oferty w progach krajowych/unieważnienie postępowania	325
---	-----

Część czwarta

DODATKOWE PROCEDURY

Rozdział XXIX

Umowa ramowa	329
---------------------------	-----

Rozdział XXX	
Dynamiczny system zakupów	334
Rozdział XXXI	
Konkurs	339
Rozdział XXXII	
Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi	350

Część piąta

ZAMÓWIENIA SEKTOROWE

Rozdział XXXIII	
Informacje podstawowe	361
1. Okresowe ogłoszenie informacyjne	367
2. System kwalifikowania wykonawców	371
3. Tryby udzielania zamówień sektorowych	374
4. Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień sektorowych	380
5. Niektóre uprawnienia zamawiającego sektorowego	383

Część szósta

**ZAMÓWIENIA W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI
I BEZPIECZEŃSTWA**

Rozdział XXXIV	
Informacje podstawowe	389
Rozdział XXXV	
Postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	393
Rozdział XXXVI	
Tryby udzielania zamówień w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	404
Rozdział XXXVII	
Umowa ramowa w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	417
Rozdział XXXVIII	
Wymagania w zakresie podwykonawstwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	418

Część siódma
**UMOWA W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO I JEJ
WYKONANIE**

Rozdział XXXIX	
Informacje podstawowe	423
1. Umowa na roboty budowlane	426
2. Prawo opcji	428
3. Zaliczki, wynagrodzenie w częściach	429
4. Raport z realizacji zamówienia	430
Rozdział XL	
Zabezpieczenie należytego wykonania umowy	432
Rozdział XLI	
Zmiana umowy	436
Rozdział XLII	
Odstąpienie od umowy oraz jej unieważnienie	442
Rozdział XLIII	
Podwykonawstwo	446

Część ósma
ORGANY WŁAŚCIWE W SPRAWACH ZAMÓWIENI

Rozdział XLIV	
Prezes Urzędu	455
Rozdział XLV	
Krajowa Izba Odwoławcza	460
Rozdział XLVI	
Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych	471
Rozdział XLVII	
Rada Zamówień Publicznych	473

Część dziewiąta
ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Rozdział XLVIII	
Postępowanie odwoławcze	477

Rozdział XLIX

Odwołanie	480
1. Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego	484
2. Przystąpienie do postępowania odwoławczego	486
3. Odrzucenie odwołania	486
4. Dowody	487
5. Rozpoznanie odwołania	490
6. Rozprawa	491
7. Orzeczenia Izby	492
8. Protokół	495
9. Koszty postępowania odwoławczego	496
10. Zakaz zawarcia umowy	498
11. Postępowanie skargowe	499
12. Pozasądowe rozwiązywanie sporów	501

Część dziesiąta

KONTROLA NAD ZAMÓWIENIAMI PUBLICZNYMI**Rozdział L**

Kontrola udzielania zamówień	505
---	-----

Rozdział LI

Kontrola Prezesa Urzędu	507
1. Kontrola doraźna	508
2. Kontrola uprzednia	510

Rozdział LII

Kary pieniężne	513
-----------------------------	-----

Wykaz aktów prawnych	515
-----------------------------------	-----

Wykaz orzecznictwa	519
---------------------------------	-----

WYKAZ NAJWAŻNIEJSZYCH SKRÓTÓW

CPV	- Common Procurement Vocabulary (Wspólny Słownik Zamówień)
dyrektywa 2014/24/UE, dyrektywa klasyczna	- dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65)
dyrektywa 2014/25/UE, dyrektywa sektorowa	- dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 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, s. 243)
k.c.	- ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)
k.k.	- ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 ze zm.)
k.p.	- ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.)
k.p.c.	- ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.)
KIO	- Krajowa Izba Odwoławcza
p.z.p.	- ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.)
p.z.p. z 2004 r.	- ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)
SIWZ	- specyfikacja istotnych warunków zamówienia
SWZ	- specyfikacja warunków zamówienia

WSTĘP

Zamówienia publiczne to uporządkowany i znormalizowany system dotyczący wydatkowania środków publicznych, o tradycji sięgającej czasów II Rzeczypospolitej. Pierwszą próbą prawnego uregulowania procedury zawierania kontraktów, które są finansowane ze środków publicznych, była ustawa z 15.02.1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dz.U. Nr 19, poz. 127) oraz rozporządzenie Rady Ministrów z 29.01.1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dz.U. Nr 13, poz. 92). W okresie powojennym zamówienia publiczne zostały uregulowane przez ustawę z 18.11.1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz.U. Nr 63, poz. 494) oraz szereg rozporządzeń wykonawczych, z których najistotniejsze było rozporządzenie Rady Ministrów z 19.02.1949 r. w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz.U. Nr 12, poz. 73). Wspomniana ustawa wprowadziła zasadę bezprzetargowych zamówień w ramach sektora uspołecznionego, co było jawną i otwartą dyskryminacją sektora prywatnego. W praktyce dla przedsiębiorców prywatnych zamówienia publiczne były osiągalne jedynie wtedy, gdy nie mogły być wykonane przez jednostki gospodarki uspołecznionej.

Kolejnym krokiem w regulowaniu zasad udzielania zamówień publicznych było wejście w życie ustawy z 28.12.1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz.U. z 1958 r. Nr 3, poz. 7), która wraz z wydanymi na podstawie zawartych w niej delegacji rozporządzeniami wykonawczymi regulowała zasady i tryby udzielania przez państwowe jednostki handlowe zamówień na dostawy, roboty i usługi. Treść tych przepisów jednak także nie pozostawiała wątpliwości co do charakteru polskiej gospodarki w okresie socjalistycznym, jak też stosunku do sektora prywatnego.

Uchylenie powyższych przepisów nastąpiło na mocy ustawy z 21.12.1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą (Dz.U. Nr 71, poz. 318). Zapoczątkowało to okres, w którym zamówieniom publicznym poświęcano jedynie niektóre przepisy resortowe, jednak były one bardzo zróżnicowane i niespójne.

Taki stan rzeczy utrzymywał się aż do 1.01.1995 r., kiedy weszła w życie uchwalona 10.06.1994 r. ustawa o zamówieniach publicznych. W swym założeniu miała to być całkiem nowa regulacja, co więcej – zgodna z normami międzynarodowymi oraz uwzględniająca potrzeby zmieniającej się polskiej gospodarki. Ustawa o zamówieniach publicznych zaczęła obowiązywać od 1.01.1995 r. Ten moment wyznacza wprowadzenie w Polsce wzorowanego na przepisach państw zachodnich systemu zamówień publicznych. Do najistotniejszych skutków tej regulacji zaliczyć trzeba otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję. Efekt ten był pogłębiany przez kolejne nowelizacje dążące do wyrównania pozycji stron postępowania. Funkcjonowanie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych zbiega się w czasie z rozpoczętymi w roku 1997 i zakończonymi 13.12.2002 r., na szczycie w Kopenhadze, negocjacjami w sprawie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej.

Jednym z warunków akcesji było stworzenie regulacji dotyczących udzielania zamówień w pełni harmonijnych z wymogami prawa wspólnotowego. Komisja Europejska wielokrotnie podkreślała w swych wystąpieniach, iż wydatkowanie środków pochodzących z funduszy strukturalnych dla państw członkowskich powinno następować wyłącznie w oparciu o przepisy krajowe, zgodne z prawem wspólnotowym. W przeciwnym razie dostęp polskich przedsiębiorców do europejskiego rynku zamówień publicznych nie byłby możliwy.

By osiągnąć ten cel, konieczne okazało się uchwalenie nowych przepisów, w pełni uwzględniających powyższe postulaty. Znalazło to wyraz w uchwalonej 29.01.2004 r. ustawie – Prawo zamówień publicznych, która – wielokrotnie modyfikowana – funkcjonowała aż do końca 2020 r.

System zamówień publicznych na przestrzeni lat podlegał bardzo licznym modyfikacjom. W dużej mierze zmiany te wynikały z konieczności dostosowania przepisów do nowych warunków społecznych i gospodarczych, a także zmian zachodzących w Unii Europejskiej, w tym w szczególności wynikających z wejścia w życie przepisów o charakterze wspólnotowym – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 243).

Wielokrotne nowelizowanie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych i wdrażanie do niej rozwiązań opartych na zupełnie innych niż pierwotne założeniach spowodowało zaburzenie czytelności przepisów (przepisy były nowelizowane około sześćdziesięciokrotnie). Ustawodawca, zauważając ten fakt, uznał, iż zaszła potrzeba przygotowania nowego, kompleksowego i spójnego Prawa zamówień publicznych. Proces ten to największe przedsięwzięcie legislacyjne ostatnich kilkunastu miesięcy, a jego cel – wprost nakreślony w uzasadnieniu z 21.06.2019 r. do

projektu ustawy, to „(...) 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 (...)”. Ponadto wdrożenie nowych przepisów umożliwiłoby ma zapewnienie stałego wzrostu gospodarczego kraju poprzez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej, sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu.

Opracowanie nowej ustawy zostało poprzedzone szerokimi konsultacjami w ramach koncepcji nowego prawa zamówień publicznych z 6.06.2018 r., ich efektem jest ustawa – Prawo zamówień publicznych, uchwalona przez Sejm 11.09.2019 r. i podpisana przez Prezydenta RP 14.10.2019 r. W swym założeniu, jak wskazano w cytowanym wyżej uzasadnieniu, ustawa ta reguluje zamówienia publiczne oraz konkursy, w tym określa:

- 1) podmioty obowiązane do stosowania jej przepisów;
- 2) zakres wyłączeń stosowania przepisów ustawy;
- 3) zasady udzielania zamówień;
- 4) etapy przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia;
- 5) tryby udzielania zamówień oraz szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień;
- 6) wymagania dotyczące umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych;
- 7) organy właściwe w sprawach zamówień;
- 8) środki ochrony prawnej;
- 9) pozasądowe rozwiązywanie sporów dotyczących realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego;
- 10) kontrolę udzielania zamówień oraz kary pieniężne.

Skutki regulacji, jak również stopień realizacji jej celów będą możliwe do weryfikacji dopiero po dłuższym czasie funkcjonowania. Na ten moment można jedynie powiedzieć, iż w stosunku do uprzednio obowiązujących przepisów aktualna ustawa jest o wiele bardziej szczegółowa w swej treści.

Ustawa wchodzi w życie w terminie określonym w ustawie z 11.09.2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020). Zgodnie z nią ustawa – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019) wchodzi w życie z dniem 1.01.2021 r. Jednak 17.11.2020 r. został przyjęty przez rząd RP rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz niektórych innych ustaw. Wprowadza on kolejne zmiany do nowych przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zmiany uzasadniane są koniecznością wyeliminowania różnic interpretacyjnych dotyczących odmiennego uregulowania analogicznych instytucji prawnych w ustawie – Prawo zamówień publicznych oraz w ustawie o umowie koncesji; projekt obejmuje również zmiany

w nowym Prawie zamówień publicznych, w tym skreślenie regulacji dotyczącej zamówień bagatelnych. W dniu 27.11.2020 r. projekt został przekazany do Senatu, który przyjął go bez poprawek. Konsekwencją tego pilnego procesu legislacyjnego jest ustawa z 27.11.2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2275), która weszła w życie 1 stycznia 2021 r. Książka opiera się na stanie prawnym uwzględniającym te zmiany.

Rozdział XXXIX

INFORMACJE PODSTAWOWE

Udzielenie zamówienia publicznego polega na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa to wzajemne uzgodnienie jej stron, którego celem jest obopólne dobro. Umowa w swym założeniu określa wzajemne obowiązki oraz prawa stron. W umowie o zamówienie publiczne zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostali zobowiązani do współdziałania przy jej wykonywaniu.

W polskim systemie prawnym umowa w sprawie zamówienia publicznego uznawana jest za umowę cywilnoprawną. Świadczy o tym na przykład jej dwustronnie zobowiązujący charakter, a także odesłanie do stosowania w kwestiach nieuregulowanych w ustawie – Prawo zamówień publicznych do przepisów Kodeksu cywilnego. Jednocześnie procedura zawarcia umowy wpływa na ograniczenie zasady swobody umów wpisanej w art. 353¹ k.c. Zamawiający nie ma pełnej swobody wyboru wykonawcy, a zasady odnoszące się zarówno do dokonania opisu przedmiotu zamówienia, jak i weryfikacji wykonawcy muszą uwzględniać uczciwą konkurencję oraz równy dostęp wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Dodatkowo sami wykonawcy mają ograniczony wpływ na kształtowanie treści wzorca umowy ustalonego przez zamawiającego w ramach przygotowanej dokumentacji postępowania.

Zgodnie z art. 432 p.z.p. umowa o zamówienie publiczne wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

Dotychczasowe regulacje ustawy – Prawo zamówień publicznych nie przewidywały szczególnych klauzul abuzywnych, czyli zakazanych zastrzeżeń umownych w umowie o zamówienie publiczne. Treść umowy w głównej mierze kształtował zamawiający. To się nie zmieniło, jednak w celu zrównoważenia pozycji stron umowy zdecydowano, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;

- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W uzasadnieniu do wprowadzenia klauzul abuzywnych wyjaśniono: „W dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowania znajduje Kodeks cywilny. Jednak specyfika kształtowania treści umowy, która de facto jest narzucana jest przez zamawiającego, wymaga wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Nie ma to na celu uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie w tym zakresie z odwołania do KIO”.

Wprowadzenie klauzul zabronionych należy uznać za słuszne rozwiązanie, podążające w ślad za wyrokami sądów, w tym przykładowo Sądu Najwyższego, który wskazał, że: „Za niedopuszczalne uznać należy przerzucenie na wykonawcę ryzyka gospodarczego, wynikającego z niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia i błędnej treści wyjaśnień udzielonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że wykonanie robót w szerszym zakresie nastąpiło na wyraźne żądanie zamawiającego, grożącego sankcjami pieniężnymi. Nie złożenie przez niego oświadczenia woli w formie pisemnej wyłącza przyjęcie, że do zawarcia kolejnej umowy doszło. Ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p. ani wykonania robót wykraczających przedmiotowo poza zakres ważnej umowy. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem judykatury brak podstaw do kwestionowania możliwości zastosowania wobec osoby, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy lub w jej braku, przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 27.03.2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173 oraz niepublikowane z 29.04.2005 r., V CSK 537/04, z 5.12.2006 r., II CSK 527/06, z 21.03.2007 r., I CSK 458/06, z 7.11.2007 r., II CSK 344/07, z 2.02.2011 r., II CSK 414/10, z 7.02.2013 r., II CSK 248/12, z 21.02.2013 r., IV CSK 354/12). Przypomnieć nadto należy, że zgodnie z art. 414 k.c. przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu nie uchylają przepisom o obowiązku naprawienia szkody. W uzasadnieniu jednego z tych orzeczeń wskazano wprost, że formuła omawianej instytucji jest tak szeroka, że pozwala ją rozumieć jako ogólną zasadę, że nikt nie powinien się bogacić bezpod-

stawnie kosztem drugiego, a niezdolność czy niemożność dochowania zasad przewidzianych w ustawie o zamówieniach publicznych, bądź niedoskonałość ustanowionych zasad nie może prowadzić do akceptacji przesunięć majątkowych, czy też uzyskania korzyści pozbawionych uzasadnienia ekonomicznego lub moralnego”¹.

Podtrzymano zasadę, że umowę zawiera się na czas oznaczony. Zamawiający może przy tym zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągle, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów jego realizacji w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty. Zrezygnowano z obowiązku zawiadamiania Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, gdy wartość zamówienia przekracza próg unijne.

Dodatkowo na czas nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy:

- 1) wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci;
- 2) gazu z sieci gazowej;
- 3) ciepła z sieci ciepłowniczej;
- 4) licencji na oprogramowanie komputerowe.

Na czas nieoznaczony może być również zawierana umowa, której przedmiotem są usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego.

Zamawiający jest gospodarzem postępowania, przygotowuje je i wprowadza ramy i założenia, które dotyczyć będą realizacji umowy o zamówienie publiczne. W tym zakresie musi brać pod uwagę, że projektowana umowa ma zawierać postanowienia określające w szczególności:

- 1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną;
- 2) warunki zapłaty wynagrodzenia;
- 3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;
- 4) w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy:
 - a) wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 p.z.p.,

¹ Wyrok SN z 18.02.2016 r., II CSK 197/15, LEX nr 2019505.

- b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany: stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie o pracowniczych planach kapitałowych – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

1. Umowa na roboty budowlane

Ustalono, że każda umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera postanowienia dotyczące:

- 1) obowiązku przedkładania zamawiającemu przez wykonawcę projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian, przedkładający może poświadczyć za zgodność z oryginałem kopię umowy o podwykonawstwo;
- 2) wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;
- 3) obowiązku przedkładania zamawiającemu przez wykonawcę poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian, przedkładający może poświadczyć za zgodność z oryginałem kopię umowy o podwykonawstwo;
- 4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
- 5) terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
- 6) zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;
- 7) wysokości kar umownych z tytułu:
 - a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
 - b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,
 - c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,

- d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty zgodnie z art. 464 ust. 10 p.z.p.

Natomiast w przypadku umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, przewidującej wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 k.p., w treści umowy zawiera się postanowienia dotyczące sposobu dokumentowania zatrudnienia oraz kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz postanowienia dotyczące sankcji z tytułu niespełnienia postawionych wymagań. W celu weryfikacji zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, umowa przewiduje możliwość żądania przez zamawiającego w szczególności:

- 1) oświadczenia zatrudnionego pracownika,
- 2) oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę,
- 3) poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika,
- 4) innych dokumentów zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika.

Zastrzeżono również, że umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W takiej umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz podania okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

Obowiązująca od 1 stycznia 2021 r. ustawa – Prawo zamówień publicznych wprowadza nowe pojęcia i instytucje oraz nieznanne dotąd nowe rozwiązania. Autorzy przedstawili nowe przepisy poprzez porównanie ich z regulacjami wcześniej obowiązującymi. Wyjaśnili, które z dotychczas obowiązujących procedur, instytucji i zasad pozostają aktualne i wiążące, przywołując odpowiednie orzecznictwo. W przewodniku po nowych regulacjach wskazano m.in.:

- 1) zasady udzielania zamówień;
- 2) podmioty zobowiązane do stosowania nowych przepisów;
- 3) organy właściwe w sprawach zamówień;
- 4) kontrolę udzielania zamówień oraz kary pieniężne.

Autorzy uwzględnili regulacje wynikające z ustawy o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Książka jest przeznaczona dla osób zainteresowanych zamówieniami publicznymi: występujących w roli wykonawców, ich pełnomocników, doradców, a także wszystkich zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Justyna Andata-Sępkowska – prawniczka; specjalizuje się w dziedzinie zamówień publicznych; autorka licznych publikacji.

Wojciech Bereszko – prawnik; doktorant Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego; praktyk z wieloletnim doświadczeniem zawodowym w obszarze zamówień publicznych – także w zakresie szkoleń i doradztwa; autor materiałów szkoleniowych oraz publikacji.



9788382234589 W01P01

ISBN 978-83-8223-458-9



9 788382 234589

ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLUWER.PL

WWW.PROFINFO.PL