

Rozdział I. Charakter i rola warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

§ 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest określona w art. 2 pkt 7a PrZamPubl. Pod tym pojęciem należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – w celu wynegocjowania postanowień takiej umowy. Warto już na wstępie zauważyć, że odnosi się ona jedynie do celu postępowania oraz określa jego wszczęcie. Natomiast z definicji nie wynika, kiedy postępowanie się kończy (o czym poniżej).

W zależności od trybu udzielenia zamówienia publicznego postępowanie rozpoczyna się ogłoszeniem lub zaproszeniem do negocjacji, a zakończenie to wybór oferty najkorzystniejszej albo wynegocjowanie postanowień umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Bardzo istotne staje się wyraźne określenie czynności postępowania, co pozwala na odróżnienie czynności podjętych w jego trakcie będących częścią tego postępowania. Dla wyznaczenia bowiem zakresu zaskarżenia środkami ochrony prawnej ma istotne znaczenie wyróżnienie czynności postępowania¹. Zgodnie z art. 180 ust. 1 PrZamPubl odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

¹ Art. 180 ust. 1 PrZamPubl.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie możemy spotkać odmienne poglądy, co do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Według pierwszego ze stanowisk postępowanie kończy się z chwilą udzielenia zamówienia, czyli z chwilą zawarcia umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy. „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest zakończone z chwilą podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego. Wszelkie czynności poprzedzające podpisanie umowy podejmowane są w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie pozostają w kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający przy podejmowaniu swoich czynności podlega kontroli i nie może ich dokonywać arbitralnie z pogwałceniem podstawowych zasad PrZamPubl, w tym przede wszystkim zasady niedyskryminacji i uczciwej konkurencji”². Izba w powołanym wyroku wskazała, że gdyby przyjąć, że wszczęte postępowanie kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej, to dokonywanie np. ponownego wyboru na zasadach wynikających z art. 94 ust. 3 PrZamPubl byłoby drugim rozstrzygnięciem już wszczętego przecież postępowania. Możliwość unieważnienia przez zamawiającego już dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty byłaby wątpliwa, gdyż to są czynności po wyborze najkorzystniejszej oferty. Powyższą kwestią zajmował się także SN, który w uchwale z 17.12.2010 r. (III CZP 103/10, Legalis) stwierdził: „Postępowanie «o udzielenie zamówienia publicznego» na gruncie PrZamPubl, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od 29.1.2010 r., da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, że ramy czasowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co do momentu, w którym następuje zakończenie postępowania nie są jednoznaczne, szereg orzeczeń ustala ten termin na moment wyboru najkorzystniejszej oferty inne co wydaje się niewątpliwe to moment zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego”. Natomiast według drugiego stanowiska postępowanie kończy się wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty. Artykuł 7 ust. 3 PrZamPubl stanowi, iż zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Sama czynność zawarcia umowy jest jedynie czyn-

² Wyr. KIO z 9.3.2017 r., KIO 338/17, Legalis.

nością podejmowaną po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mającą na celu nawiązanie stosunku prawnego (zaciągnięcie zobowiązania)³. Powyższy pogląd jest tak reprezentowany przez UZP w opinii UZP z 17.5. 2010 r. „Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy PZP)”. Urząd Zamówień Publicznych przyjął, że „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi czynność prawną odrębną od samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegającą ocenie według reguł prawa cywilnego, tj. nie stanowi «czynności w postępowaniu». Za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznaje się w niej chwilę dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie chwilę zawarcia umowy (udzielenia zamówienia publicznego), albowiem to z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty realizuje się cel postępowania, tj. wskazanie wykonawcy, z którym może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego”.

Jednak jego zaakceptowanie nie rozwiązuje takich kwestii jak np. ponownej oceny ofert, gdy wykonawca uchyła się od zawarcia umowy.

Biorąc jednak pod uwagę najnowsze orzecznictwo, powyższe stanowisko jest coraz rzadziej prezentowane. Regionalna Izba Obrachunkowa w Krakowie w uchwale z 15.2.2017 r. (KI -412/46/17) przyjęła, że: „czynność zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego jest jeszcze czynnością w postępowaniu”. Tym samym Izba przyjęła, że: „w kręgu czynności, o których mowa w art. 17 PrZamPubl, mieści się czynność zawarcia umowy, a co za tym idzie osoba zawierająca umowę w sprawie zamówienia publicznego poddana jest rygorom tego przepisu, także w zakresie złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia przesłanek wyłączających z postępowania osoby wykonujące czynności w tym postępowaniu”.

Jak podkreśla się w orzecznictwie KIO, brak jasnego określenia w ustawie terminu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia wynika raczej z przyczyn obiektywnych, gdyż w zależności od stanu faktycznego sprawy nie jest możliwe precyzyjne określenie dla wszystkich postępowań, jak i trybów udzielania zamówienia jednego terminu⁴. Krajowa Izba Odwoławcza w wy-

³ Zob. opinię Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia (ZP-11) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 PrZamPubl), LEX/el.

⁴ Wyr. KIO z 9.3.2017 r., KIO 338/17, Legalis. Na temat celu zamówienia publicznego zob. M. Szydło, Prawna koncepcja, s. 93; A. Powalowski, Leksykon, s. 417.

roku z 9.3.2017 r. (KIO 338/17), wskazała, że „praktyka orzecznicza wypracowała zasadne stanowisko, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą udzielenia tego zamówienia, albo – w przypadkach określonych w art. 93 ust. 1 lub 1a PrPrZamPubl – z chwilą unieważnienia postępowania”.

§ 2. Wykonawca zamówienia publicznego

Zgodnie z art. 2 pkt 11 PrZamPubl wykonawca to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Celem udziału wykonawcy w postępowaniu jest zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca pojęcie wykonawcy powiązał z etapem, na którym uczestnicznik on chce uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Warto w tym miejscu wskazać, że w PrZamPubl brak rozróżnienia pojęcia wykonawcy, który złożył ofertę, od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast z takim rozróżnieniem mamy do czynienia w prawie unijnym, gdzie występują pojęcia „oferent” i „kandydat”.

W PrZamPubl pojęcie wykonawcy jest jednolite i ma charakter dynamiczny. Kwalifikacja określonego podmiotu jako wykonawcy nie została uzależniona od określonego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz status wykonawcy przysługuje już w momencie ujawnienia zamiaru uczestnictwa w nim. Bowiem już na etapie zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego może dojść do naruszenia interesów wykonawców. Dlatego już samo ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego pozwala uzyskać status wykonawcy.

Jak już powyżej podkreślono status wykonawcy nie jest zależny od prowadzenia działalności gospodarczej. Stosownie do art. 4 ust. 1 ustawy z 6.3.2018 r. – Prawo przedsiębiorców⁵ przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca działalność gospodarczą.

Uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być również wspólnicy spółki cywilnej oraz konsorcjum. W ramach udziału

⁵ Dz.U. z 2018 r. poz. 646 ze zm. Na temat wykonawcy zob. *M. Szydło*, Prawna koncepcja, s. 42.

w postępowaniu wspólników spółki cywilnej zastosowanie znajduje art. 23 ust. 1 PrZamPubl umożliwiający wspólny udział w postępowaniu. Wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 PrZamPubl są wówczas wspólnicy spółki cywilnej, a nie spółka cywilna. Udział wspólników w postępowaniu jest traktowany jak wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 23 ust. 1 PrZamPubl.

Wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego będą również członkowie konsorcjum. Zawiązanie konsorcjum przetargowego umożliwia złożenie wspólnej oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego⁶. W ramach konsorcjum przetargowego kilka podmiotów-konsorcjantów ubiega się o zamówienie publiczne i składa jedną (wspólną) ofertę w postępowaniu⁷.

Wskazanie definicji wykonawcy zamówienia publicznego ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Bowiem zgodnie z art. 22 ust. 1 PrZamPubl o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Oczywiście jest zatem, że warunki powinny być spełnione przez wykonawcę. Jednak problem powstaje w sytuacji, gdy o udzielenie zamówienia publicznego ubiega się konsorcjum (zgodnie z art. 23 ust. 1 PrZamPubl). W praktyce bowiem pojawiają się wątpliwości w zakresie ustalenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum. Zgodnie z art. 23 ust. 5 PrZamPubl zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez członków konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalnie. Powyższe oznacza, że zamawiający powinien w dokumentacji przetargowej określić zasady łączenia poszczególnych potencjałów przez członków konsorcjum lub też taką możliwość może wykluczyć. Zgodnie natomiast z art. 23 ust. 6 PrZamPubl zamawiający może również określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalnie.

⁶ Na zasadach określonych w art. 23 ust. 1 PrZamPubl. A. Chrzęszcz, *Konsorcjum*, s. 43; E. Zielińska, *Wspólna realizacja*, s. 133–145; J. Lic, *Konsorcjum*, s. 98–114.

⁷ Wyr. KIO z 12.3.2013 r., KIO/UZP 458/13, niepubl.; M. Sieradzka, *Konsorcjum*, LEX/el. 2017; R. Świątek, *Konsorcjum*.

Pozwala to zamawiającemu wymagać równego udziału w realizacji zamówienia lub określenia, że określone części zamówienia konsorcjanci mają możliwość wykonania wspólnie.

§ 3. Zakres i znaczenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Jednym z elementów postępowania o zamówienie publiczne wskazanych w art. 22 ust. 1 PrZamPubl jest określenie warunków udziału w postępowaniu oraz badanie predyspozycji wykonawców do realizacji zamówienia. Jak już wspomniano, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania⁸.

Ustawa nie definiuje w art. 22 PrZamPubl pojęcia „warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. Warunki udziału w postępowaniu to wymogi pozwalające zamawiającemu ocenić zdolności wykonawcy do prawidłowego (należytego) wykonania zamówienia publicznego. Zgodnie z wykładnią językową pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie⁹. Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z normą wynikającą z art. 7 ust. 1 PrZamPubl oraz mając na względzie przesłanki z art. 22 ust. 1a i art. 22d PrZamPubl do określenia warunków udziału w postępowaniu, uwzględniając okoliczność, iż określony warunek udziału w postępowaniu jest niejako zindywidualizowany na dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego¹⁰. Ukształtowanie tego postępowania należy do uprawnień zamawiającego podejmowanych w ramach czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które jednak doznają ograniczenia. Bowiem każdorazowo za-

⁸ M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. LEX/el. 2010, kom. do art. 22. Por. D. Perkowska, K. Soja-Żwirkowska, Warunki udziału, s. 20 i n.

⁹ Wyr. KIO z 20.1.2017 r., KIO 8/17, Legalis.

¹⁰ Wyr. KIO z 14.3.2017 r., KIO 371/17, Legalis.

mawiający musi mieć na względzie cel, jaki wyznacza kształtowanie warunku udziału w postępowaniu jak również pełnię regulacji ustawowej¹¹.

Zamawiający ma obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań od wykonawców i środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania¹².

Warto w tym miejscu przypomnieć, że nowelizacja PrZamPubl dokonana ustawą z 22.6.2016 r. wprowadziła kluczowe zmiany w przepisie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca nie tylko usystematyzował zasady określania warunków przez zamawiającego, lecz także wskazał, że przy określaniu warunków udziału w postępowaniu zamawiający kieruje się zasadą proporcjonalności. Warunki określone w art. 22 ust. 1 PrZamPubl służą weryfikacji zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia publicznego i tym samym są obligatoryjne. Natomiast ograniczenia podmiotowe z art. 22 ust. 2 PrZamPubl mają charakter fakultatywny. Warto w tym miejscu wskazać, że w wyniku nowelizacji ustawą z 22.6.2016 r. ustawodawca przyznał zamawiającym prawo do stawiania wykonawcom dodatkowych warunków związanych z prowadzeniem działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Oprócz zatem weryfikacji podmiotowej zamawiający może zgodnie z art. 22 ust. 2 PrZamPubl ustanowić dla wykonawców dodatkowe warunki.

Zamawiający ma obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu. Warunki te są niezbędne, aby wybrać wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu i poleganie na zasobach podmiotu trzeciego w tym zakresie zostały określone w art. 22–22d PrZamPubl.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: nie podlegają wykluczeniu z postępowania (art. 22 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl) oraz speł-

¹¹ Wyr. KIO z 14.3.2017 r., KIO 371/17, *Legalis*.

¹² Wyr. KIO z 26.7.2017 r., KIO 1241/17, *Legalis*; wyr. KIO z 26.7.2017 r., KIO 1242/17, *Legalis*.

nią warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl). Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 22 ust. 1b PrZamPubl, można uznać, że wprowadza on trzy kategorie warunków udziału w postępowaniu. Dotychczas – przed nowelizacją ustawą z 22.6.2016 r. – występowały cztery warunki. Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia (którego brak już w ustawie po nowelizacji) został niejako włączony do zdolności technicznej lub zawodowej.

Artykuł 22 ust. 1b PrZamPubl stanowi, że „warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć (...)”. W związku z tym zamawiający określa warunki udziału dla określonego postępowania, warunki selekcji, a także przesłanki wykluczenia. Zamawiający, organizując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, dokonuje wyboru warunków udziału w postępowaniu, które musi spełnić wykonawca. Chodzi o warunki podmiotowe, których spełnienie przez wykonawcę warunkuje prawidłowość realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający na podstawie art. 22 ust. 1a i 1b PrZamPubl wybiera, a następnie określa kryteria kwalifikacji podmiotowej wykonawców. „Dokonany przez zamawiającego opis warunków udziału w postępowaniu powinien odpowiadać sposobowi, wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem”¹³. Zamawiający może wprowadzić przesłanki wykluczenia z postępowania o charakterze fakultatywnym¹⁴. Po nowelizacji przepisów dokonanej ustawą z 22.6.2016 r. dotyczących ustalania warunków udziału w postępowaniu nadal zachowują swoją aktualność poglądy w tym zakresie wypowiediane na gruncie poprzedniego stanu prawnego. Tym samym, realizacja zamówienia publicznego może zostać powierzona jedynie tym podmiotom, które zostały należyście zweryfikowane pod kątem możliwości należytego wykonania umowy¹⁵.

¹³ Wyr. KIO z 21.4.2009 r., KIO/UZP 434/09, niepubl.

¹⁴ Zob. w szczególności wyr. TSUE z 14.12.2016 r., C-171/15, *Connexxion Taxi Services BV v. Staat der Nederlanden i in.*, www.curia.europa.eu, dotyczący uprawnień instytucji zamawiającej do określenia fakultatywnych podstaw wykluczenia.

¹⁵ Wyr. KIO z 2.11.2016 r., KIO 1959/16, Legalis; wyr. SO w Gdańsku z 6.5.2009 r., XII Ga 143/09, niepubl.; wyr. KIO z 14.3.2017 r., KIO 371/17, Legalis.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie KIO:

- 1) w wyroku z 19.5.2011 r. (KIO 978/11, Legalis) wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada «spełnia – nie spełnia»). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiem przepisu art. 22 ust. 4 PrZamPubl wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (...)”;
- 2) w wyroku z 8.3.2013 r. (KIO 426/13, Legalis) KIO uznała, że obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej;
- 3) NSA w wyroku z 24.11.2016 r. (II GSK 1127/15, Legalis) podkreślił, że „Warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób

odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia, objętego postępowaniem. Powinny one opierać się na obiektywnych, weryfikowalnych przesłankach, tak aby do postępowania dopuszczony był każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Zamawiający może ustalać określone standardy, jeśli tylko nie ograniczają one uczciwej konkurencji, czyli muszą być możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę. Nieuprawnione jest wymaganie, aby zamawiający zrezygnował z ochrony własnych interesów w postaci rękojmi należytego wykonania zamówienia nadmiernie obniżając wymagania w celu umożliwienia ubiegania się o zamówienie wykonawcom nie posiadającym doświadczenia w realizacji przedsięwzięć o skali porównywalnej do przedmiotu zamówienia”.

W tym miejscu warto wskazać etap, na którym warunki udziału w postępowaniu są kształtowane. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – w celu wynegocjowania postanowień takiej umowy. Składa się ono z dwóch etapów. W pierwszym następuje ocena, czy wykonawca spełnia wszystkie wyznaczone warunki podmiotowe. Natomiast drugi etap to ocena samych ofert na podstawie wyznaczonych kryteriów, ale jedynie wykonawców, którzy spełnili całość warunków podmiotowych i nie podlegali wykluczeniu z postępowania.

Konsekwencją braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wykluczenie z postępowania. Bowiem wykonawca, który chce wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi spełnić warunki udziału w postępowaniu oraz nie może podlegać wykluczeniu z postępowania. Zamawiający jest zobligowany do badania przesłanek obligatoryjnych z urzędu. Natomiast ustanowienie przesłanek fakultatywnych zależy wyłącznie od woli zamawiającego, który może jej określić w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji.

Jak już wskazywano powyżej obowiązkiem zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający określa w SIWZ warunki udziału w postępowaniu oraz zamieszcza opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków¹⁶.

¹⁶ Wyr. KIO z 24.1.2017 r., KIO 2444/16, [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_2444.pdf](http://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_2444.pdf).

O udzielenie zamówienia mogą bowiem ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie pozwalające na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający oceni spełnianie warunków przez wykonawców na podstawie analizy przedłożonych przez wykonawców dokumentów i oświadczeń. Potwierdzenie spełnienia ustanowionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia przez wykonawcę, jak i podmiot trzeci (jeżeli wykonawca powołuje się w postępowaniu na zdolności podmiotu trzeciego) następuje w ramach żądania na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 PrZamPubl (żądanie przed udzieleniem zamówienia) oraz na podstawie art. 26 ust. 2f PrZamPubl (żądanie na każdym etapie postępowania).

Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej¹⁷. Ustawodawca w art. 22a–22c PrZamPubl określił, czego zamawiający może wymagać w odniesieniu do poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, czyli w odniesieniu do uprawnień (art. 22b PrZamPubl), sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej (art. 22c PrZamPubl) oraz polegania na zdolnościach podmiotów trzecich (art. 22a PrZamPubl). Dodatkowo w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać dokumentów określonych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z 26.7.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia¹⁸. W zależności od rodzaju zdolności inny będzie zakres dokumentów potwierdzających spełnianie warunku. Zamawiający ustala, czy wykonawca:

- 1) posiada kompetencje lub uprawnienia wymagane dla prowadzenia danej działalności na podstawie oświadczeń i dokumentów wymienionych w § 2 ust. 1 DokR;
- 2) pozostaje w sytuacji ekonomicznej lub finansowej na podstawie oświadczeń i dokumentów wymienionych w § 2 ust. 2, oraz
- 3) posiada zdolności techniczne lub zawodowe na podstawie katalogu oświadczeń i dokumentów zawartego w § 2 ust. 4 DokR.

Reasumując, zgodnie z art. 22 ust. 1 PrZamPubl, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału

¹⁷ Zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1b PrZamPubl.

¹⁸ Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm., dalej jako DokR.

w postępowaniu określone w nim ogólnie. Natomiast rolą zamawiającego staje się ich konkretyzacja w określonym postępowaniu.

§ 4. Zasady oraz sposób określania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Ustawodawca wprowadził zasady, jakimi powinien kierować się zamawiający przy określaniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Znajdują one podstawy w przepisach PrZamPubl, jak i dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE¹⁹. Do zasad, określonych w PrZamPubl, którymi powinien kierować się zamawiający przy określaniu warunków udziału w postępowaniu należą: zasady niedyskryminacji, równego traktowania, przejrzystości, wzajemnego uznawania i proporcjonalności. Natomiast w prawie unijnym w art. 18 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE obowiązuje zakaz zawężania konkurencji, czyli organizacji zamówienia z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

W art. 22 ust. 1a PrZamPubl został wskazany sposób określenia warunków udziału w postępowaniu. Powinien on być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia publicznego. Warunki powinny zostać określone w taki sposób, aby można było ustalić zdolność określonego podmiotu do należytego wykonania zamówienia, jednak nie mogą one prowadzić do faworyzowania wybranych wykonawców kosztem dyskryminacji innych. Dlatego też to na zamawiającym ciąży obowiązek zachowania równowagi pomiędzy uzyskaniem rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można z góry eliminować z udziału w postępowaniu, co może mieć miejsce przez wprowadzanie nadmiernych i nieadekwatnych w stosunku do przedmiotu zamówienia wymagań.

Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia i określa warunki udziału w tym postępowaniu. Przy ich określaniu winien rozważyć, jakie warunki są niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

¹⁹ Dz.Urz. UE L z 2014 r., Nr 94, s. 65.

W sytuacji gdy zamówienie będzie miało bardziej specjalistyczny charakter wymagania dla wykonawców będą wyższe. „Zawsze postawienie pewnych wymogów, warunków brzegowych będzie wiązało się z ograniczeniem konkurencji, jednakże celem zamawiającego nie powinno być dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieograniczonej liczby wykonawców w imię uczciwej konkurencji. Zapewnienie konkurencyjności w postępowaniu nie może być stawiane ponad potrzeby Zamawiającego”²⁰. Warto zaznaczyć, że w orzecznictwie wielokrotnie podkreślano i z tym należy się zgodzić, że zamawiający ma prawo określić kompetencje i doświadczenie podmiotów, które mogą wziąć udział w postępowaniu przez pryzmat dobrze pojętego interesu publicznego, w tym bezpieczeństwa kraju na określonym poziomie, jak i celu postępowania.

Jak podkreśla się w orzecznictwie „swoboda w kształtowaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona. Wręcz przeciwnie, Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”²¹. Zamawiający powinien móc udowodnić, że postawione warunki mają charakter «minimalny», co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia”. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający, powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie, personel, zasoby techniczne, finansowe”²².

„Nie można również tracić z pola widzenia, że szczególnego rozważenia wymagają warunki udziału w postępowaniu, które mają na celu zweryfikowanie wykonawcy pod kątem możliwości należytego wykonania zamówienia, które polega na wykonaniu modernizacji, a więc zmianie (ulepszeniu) pewnego stanu, który istnieje. Ważne zatem, aby wykonawca miał wiedzę i umiejętności adekwatne do aktualnej sytuacji, ale również tę, która pozwoli na pewne zmiany w ramach tego, co funkcjonuje i to w taki sposób, aby osiągnąć zamierzony cel i nie narazić zamawiającego na żadne niebezpieczeństwo w wymiarze czy to ludzkim, czy to ekonomicznym”²³.

²⁰ Wyr. KIO z 13.11.2017 r. KIO 2265/17, Legalis.

²¹ Wyr. KIO z 14.3.2017 r. KIO 371/17, Legalis.

²² Wyr. KIO z 14.3.2017 r. KIO 371/17, Legalis. Zob. też A. Powalowski, Leksykon, s. 346.

²³ Wyr. KIO z 15.6.2016 r., KIO 902/16, Legalis.