



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

## Określenie i weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu

### Uwagi wprowadzające

Wyjaśnienie, czym są warunki udziału w postępowaniu wymaga przywołania definicji ustawowej warunków zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Prawa zamówień publicznych<sup>1</sup> warunkami zamówienia są „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Jak widać, warunki zamówienia mogą odnosić się do zamówienia (warunki przedmiotowe zamówienia) lub postępowania o udzielenie zamówienia (warunki proceduralne zamówienia). Wśród tych ostatnich ważną rolę odgrywiają warunki kwalifikacji podmiotowej wykonawców, a więc reguły sprawdzania, czy wykonawcy znajdują się w sytuacji pozwalającej powierzyć im realizację zamówienia publicznego. W tej kategorii mieszczą się okoliczności określone w art. 108 i 109 Pzp jako podstawy wykluczenia z postępowania oraz zdolności w zakresie wytyczonym przez art. 112 ust. 2 Pzp nazywane warunkami udziału w postępowaniu<sup>2</sup>.

Warunki udziału w postępowaniu są zatem proceduralnymi warunkami zamówienia określającymi minimalne poziomy zdolności, którymi muszą wykazać się wykonawcy, aby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rodzaj i poziom tych zdolności określa zamawiający, aczkolwiek jego swoboda jest ograniczona przepisami ustawy. Po pierwsze, zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warto w tym miejscu zauważyć, iż pomimo że warunki udziału w postępowaniu mają charakter proceduralny, nie mogą być określane w oderwaniu od przedmiotowych warunków zamówienia, lecz muszą wykazywać związek z przedmiotem zamówienia.

Po drugie, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć jedynie zdolności, które zostały wskazane w art. 112 ust. 2 Pzp, tj. zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;

<sup>1</sup> Ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, 1720. Dalej jako: Pzp albo ustawa.

<sup>2</sup> M. Lubiszewski, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2023, s. 85 i n.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej; sytuacji ekonomicznej lub finansowej bądź zdolności technicznej lub zawodowej.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest uprawnieniem zamawiającego<sup>3</sup>. To do niego należy decyzja, czy wprowadzić je do warunków zamówienia. Wyřęczanie zamawiającego w tym zakresie nie jest zadaniem prawodawcy, organów właściwych w sprawach zamówień publicznych<sup>4</sup>, organów kontroli, przedstawicieli doktryny ani jakichkolwiek innych podmiotów. Można jednak pokusić się o wskazanie przynajmniej niektórych czynników, które zamawiający powinien uwzględnić przy podejmowaniu tej decyzji.

Skoro funkcją warunków udziału w postępowaniu jest – zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp – umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, to zamawiający przed określeniem warunków udziału w postępowaniu powinien ustalić, czy do prawidłowej realizacji zadania konieczne jest posiadanie przez wykonawcę określonych cech. Chodzi o zdolności prawne (np. posiadanie uprawnień), zawodowe (np. posiadanie doświadczenia, dysponowanie odpowiednim personelem), techniczne (np. dysponowanie zasobami sprzętowymi) lub ekonomiczno-finansowe (np. posiadanie wystarczających środków finansowych), dzięki którym zamawiający uzyska rękojmię, że wykonawca zrealizuje zamówienie należyście, a których brak podniesie do nieakceptowalnego poziomu ryzyko niewykonania zadania na pożądanym poziomie jakości.

W konsekwencji, punktem wyjścia dla procesu podejmowania decyzji dotyczącej wprowadzenia warunków udziału w postępowaniu powinny być warunki dotyczące zamówienia i związane z jego realizacją. To pozwoli na określenie ryzyka kontraktowego a następnie – na ustalenie, czy poziom tego ryzyka może być obniżony dzięki właściwościom podmiotowym wykonawcy. Przykładowo, jeżeli do wykonania zamówienia niezbędne jest zaangażowanie znacznych środków finansowych, zamawiający może postawić warunek dotyczący sytuacji finansowej polegający na posiadaniu przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych. W ten sposób ograniczone zostanie ryzyko utraty przez wykonawcę możliwości realizacji zamówienia ze względu na brak środków finansowych niezbędnych do poniesienia kosztów tej realizacji (np. zakupu materiałów budowlanych, opłacenia pracowników).

---

<sup>3</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 433-434.

<sup>4</sup> Wyjątkiem jest Krajowa Izba Odwoławcza, która może nakazać zamawiającemu wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu o treści wskazanej w uwzględnionym odwołaniu. Jest to jednak środek korygujący, którego celem jest zmiana warunku zamówienia uznanego za niezgodny z prawem.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Należy mieć świadomość, że ryzyko niewykonania albo nieprawidłowego wykonania zamówienia nigdy nie zostanie całkowicie zniwelowane. Realizacji zamówienia publicznego, tak jak każdego innego przedsięwzięcia, zawsze będzie towarzyszyło niebezpieczeństwo fiaska, co jest normalnym zjawiskiem w obrocie gospodarczym, które w języku prawniczym określa się jako „zwykłe ryzyko kontraktowe”<sup>5</sup>. Określanie warunków udziału w postępowaniu powinien więc towarzyszyć zamiar nie tyle wyeliminowania, ile ograniczenia ryzyka do standardowego poziomu.

Ceną za wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu jest stworzenie bariery dla dostępu wykonawców do tego postępowania, co z kolei prowadzi do ograniczenia jego konkurencyjności. Przy mniejszej liczbie wniosków lub ofert złożonych w toku postępowania zamawiający prawdopodobnie uzyska gorsze warunki, na których zostanie zrealizowane zamówienie, zwłaszcza wyższe ceny. Ponadto warunki udziału w postępowaniu niewątpliwie komplikują postępowanie. Zamawiający musi przeprowadzić kwalifikację podmiotową w tym zakresie, co wymaga wezwania wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych, niekiedy to wezwanie należy ponowić. Analiza podmiotowych środków dowodowych może wiązać się z koniecznością ich wyjaśnienia lub potwierdzenia ujawnionych okoliczności u źródła (tj. wystawcy referencji). Może zdarzyć się, że kwalifikacja podmiotowa wykonawcy doprowadzi nie tylko do odrzucenia jego oferty, ale również do zatrzymania wniesionego przez niego wadium. Niejednokrotnie czynności zamawiającego podejmowane w toku kwalifikacji podmiotowej wykonawców są zaskarżane do Krajowej Izby Odwoławczej<sup>6</sup>.

Nie chodzi tu o zniechęcenie zamawiających do stawiania warunków udziału w postępowaniu, lecz nakłonienie ich do rozsądnej analizy korzyści i ciężarów, które z tego wynikają. Z jednej strony zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu gwarantuje sobie udział wykonawców dobrze przygotowanych do realizacji zamówienia. Z drugiej jednak, musi być gotowy do poniesienia konsekwencji, które się z tym wiążą, w tym: zwiększonym prawdopodobieństwem zaoferowania wyższych cen na skutek ograniczenia konkurencyjności postępowania oraz wydłużeniem czasu prowadzenia postępowania ze względu na konieczność zweryfikowania, czy wykonawca lub wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Można zaryzykować twierdzenie, że w postępowaniach, w których przedmiotem zamówienia są stosunkowo proste świadczenia, niewymagające szczególnych zdolności, lub

<sup>5</sup> Można również spotkać się z innymi wariantami tego wyrażenia, np.: „typowe ryzyko umowne” czy też „normalne ryzyko kontraktowe”.

<sup>6</sup> Dalej jako Izba albo KIO.



## Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

w których szybkość procedury odgrywa istotną rolę określenie warunków może być nieracjonalne, gdyż spodziewane korzyści nie będą przeważały nad ciężarami. Z kolei w przypadkach, w których określone zdolności pozwalają wyraźnie ograniczyć ponadstandardowe ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, warunki udziału zamówienia mogą przynieść pozytywny efekt, pomimo zwiększenia stopnia skomplikowania czy wydłużenia czasu prowadzenia postępowania.

## Określenie warunków udziału w postępowaniu a zasady udzielania zamówień publicznych

Zasady udzielania zamówień zostały wyrażone w Rozdziale 2 Działu I ustawy – Prawo zamówień publicznych. Stanowią one punkt odniesienia dla oceny działań zamawiającego podejmowanych w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>7</sup>, a zatem znajdują zastosowanie również wobec określania warunków udziału w postępowaniu oraz weryfikacji ich spełnienia przez wykonawców.

**Zasada zachowania uczciwej konkurencji** jest rozumiana jako nakaz takiego zorganizowania i przeprowadzenia postępowania, aby wykonawcy mogli konkurować o zamówienie na uczciwych zasadach<sup>8</sup>. W praktyce oznacza to, że na zamawiających spoczywa szereg obowiązków, takich jak: odpowiednie opisanie przedmiotu zamówienia, eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy dopuszczają się czynów nieuczciwej konkurencji, czy też zapobieganie konfliktowi interesów wśród osób, które w postępowaniu występują po stronie zamawiającego.

Z zasady uczciwej konkurencji można również wyinterpretować obowiązek zapewnienia wykonawcom jak najszerszego dostępu do zamówienia poprzez właściwe określenie warunków udziału w postępowaniu. Obowiązku tego nie można jednak absolutyzować, ponieważ doprowadziłoby to do wniosku, że określanie warunków udziału w postępowaniu – które zawsze ogranicza konkurencyjność postępowania – powinno być ograniczone do wyjątkowych przypadków. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, potwierdzonym przez sąd zamówień publicznych, „każdy warunek udziału w postępowaniu prowadzi do ograniczenia dostępu do wzięcia w nim udziału. Tym niemniej, ograniczenia takie są dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do

<sup>7</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 157.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 157.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

jego celu – co wynika z konieczności zachowania zasad naczelných określonych w art. 16 pkt 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. Zatem o określeniu warunku podmiotowego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy zostanie on określony na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego, specyfiką wykonania zamówienia, czy też konieczne do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego zrealizowania umowy”<sup>9</sup>.

Warunki udziału w postępowaniu nie muszą zatem być określone na takim poziomie, który zapewni możliwość ubiegania się o zamówienie każdemu wykonawcy, który wyrazi taką wolę. Należy bowiem uwzględnić cel przyświecający warunkom udziału w postępowaniu, tj. możliwość weryfikacji na etapie postępowania, czy wykonawca ma wystarczające zdolności do należytego wykonania zamówienia. Fakt, że jakiś wykonawca nie może ubiegać się o dane zamówienie, gdyż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu niewątpliwie ogranicza konkurencyjność postępowania w ujęciu ilościowym<sup>10</sup>, lecz nie narusza *per se* zasady uczciwej konkurencji, o ile warunek ten odnosi się do właściwości wykonawcy niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Można zatem stwierdzić, że zamawiający wprowadzając warunek udziału w postępowaniu dąży w istocie do zapewnienia konkurencyjności postępowania w ujęciu jakościowym, a więc do takiego stanu rzeczy, w którym gra konkurencyjna rozgrywa się wyłącznie pomiędzy wykonawcami dającymi rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.

*A contrario*, z całą pewnością można stwierdzić, że warunki udziału w postępowaniu eliminujące wykonawcę, który w rzeczywistości jest zdolny do wykonania zamówienia będą nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 16 pkt 1 Pzp. W tym kontekście ujawnia się związek omawianej zasady z zasadą proporcjonalności, która zostanie omówiona w dalszej części opracowania.

**Zasada równego traktowania wykonawców** rozumiana jest jako nakaz analogicznego traktowania wykonawców znajdujących się w analogicznych sytuacjach. Sprzeczne z tą zasadą będzie więc traktowanie dyskryminujące, ale także uprzywilejowujące niektórych wykonawców. Nie chodzi tu o nakaz traktowania wszystkich wykonawców jednakowo, lecz o obowiązek

<sup>9</sup> Por. wyrok KIO z 9.08.2021 r., sygn. akt KIO 2068/21 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 marca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 3/22/

<sup>10</sup> Konkurencyjność postępowania w ujęciu ilościowym oznacza możliwość udziału w postępowaniu jak największej liczby wykonawców.





### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

stosowania względem nich jednakowej miary<sup>11</sup>. Omawiana zasada dopuszcza odmienne traktowanie, o ile jest to obiektywnie uzasadnione<sup>12</sup>. Obowiązek równego traktowania wykonawców przejawia się m.in. w udostępnieniu wszystkim wykonawcom takich samych informacji na takich samych zasadach, ocenie wszystkich ofert według tożsamyh reguł, ale również określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób, który nie dyskryminuje ani nie uprzywilejowuje wykonawcy względem pozostałych.

Naruszenie tej zasady może polegać na powiązaniu warunków udziału w postępowaniu z określonym miejscem<sup>13</sup>, np. poprzez wprowadzenie obowiązku posiadania przez wykonawcę zaplecza technicznego na terenie miejscowości, która jest siedzibą zamawiającego. Wprowadzenie takiego wymogu można próbować uzasadnić szczególnymi warunkami realizacji zamówienia (np. krótkim czasem reakcji wykonawcy na zgłoszenie zamawiającego), jednak zwykle cel przyświecający zamawiającemu można osiągnąć innymi środkami, które nie będą miały charakteru dyskryminacyjnego (np. określeniem czasu reakcji w warunkach zamówienia).

Zamawiający musi przestrzegać zasady równego traktowania nie tylko przygotowując postępowanie, ale również w trakcie jego prowadzenia. Weryfikując spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, zamawiający powinien stosować te same reguły wobec wszystkich wykonawców. Niedopuszczalne w świetle tej zasady jest wyznaczanie wykonawcom różnych terminów na złożenie, uzupełnienie lub wyjaśnienie treści oświadczeń, o których mowa w art. 125 Pzp bądź podmiotowych środków dowodowych.

Można mieć wątpliwości, czy nie jest tak, że art. 127 ust. 2 Pzp sankcjonuje nierówne traktowanie wykonawców, skoro niektórzy z nich nie muszą składać podmiotowych środków dowodowych. W takich przypadkach należy jednak mieć na względzie, iż wykonawca, którego podmiotowe środki dowodowe posiada zamawiający znajduje się w odmiennej sytuacji od wykonawców, którzy dotąd nie składali zamawiającemu takich środków. Ponadto, wykonawca może uchylić się od obowiązku złożenia podmiotowych środków dowodowych pod warunkiem, że wskaże, iż środki te zamawiający posiada oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. To wszystko sprawia, że nie mamy tu do czynienia z uprzywilejowaniem wykonawcy sprzecznym z zasadą równego traktowania.

<sup>11</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit, s. 157.

<sup>12</sup> Wyrok KIO z 7.07.2022 r., sygn. akt 1582/22.

<sup>13</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit, s. 158.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

**Zasadę przejrzystości** należy rozumieć przede wszystkim jako obowiązek określenia warunków zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i transparentny. Zasada ta wyznacza standard dotyczący jakości uzasadnień czynności podejmowanych przez zamawiającego takich jak: odrzucenie oferty, wybór najkorzystniejszej oferty czy też unieważnienie postępowania<sup>14</sup>. Służy ona wykonawcom, gdyż:

- pozwala przygotować ofertę kierując się wyłącznie treścią ogłoszenia lub dokumentów zamówienia;
- umożliwia poznanie i ocenę uzasadnienia czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania;
- chroni przed arbitralnością rozstrzygnięć podejmowanych przez zamawiającego.

Zasada przejrzystości jest również korzystna dla zamawiającego, który stosując się do jej wymagań, prowadzi postępowanie na podstawie klarownych warunków zamówienia, co niewątpliwie ułatwia mu ocenę ofert i podjęcie właściwego i dobrze uzasadnionego rozstrzygnięcia.

Zgodnie z omawianą zasadą, treść dokumentów zamówienia jest wiążąca i nie może być zmieniana po upływie terminu składania ofert, w tym na etapie ich oceny<sup>15</sup>. Z zasady przejrzystości Izba wywiodła zakaz interpretowania niejasnych postanowień dokumentów zamówienia w sposób, który sprowadzałby na wykonawcę negatywne konsekwencje<sup>16</sup>, zwłaszcza odrzucenie oferty lub zatrzymanie wadium. Regułę tę uzupełnia nakaz stosowania wobec dokumentów zamówienia przede wszystkim zasad wykładni literalnej<sup>17</sup>.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt warunków udziału w postępowaniu warto przywołać tezy z jednego z licznych wyroków Izby odnoszących się do transparentności postanowień specyfikacji warunków zamówienia. KIO celnie stwierdziła, że „to zamawiający odpowiada za kształt SWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny być sformułowane w taki sposób, aby nie rodziły wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano, w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Zamawiający odpowiada również za jednoznaczne określenie i sprecyzowanie w SWZ

<sup>14</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 159.

<sup>15</sup> Por. m.in. wyrok KIO z 30.3.2023 r., sygn. akt KIO 720/23.

<sup>16</sup> Por. np. wyrok KIO z 14.9.2022 r., sygn. akt KIO 2249/22.

<sup>17</sup> Por. m.in. wyrok KIO z 21.3.2021 r., sygn. akt KIO 641/22



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

sposobu weryfikacji spełnienia przez wykonawców określonych w SWZ warunków udziału w postępowaniu”<sup>18</sup>. W innym miejscu tego wyroku skład orzekający trafnie uznał, iż „nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku udziału w postępowaniu. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku”<sup>19</sup>.

Treść **zasady proporcjonalności** można sprowadzić do twierdzenia, iż podjęte przez zamawiającego środki (np. warunki zamówienia) nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zakładanego celu<sup>20</sup>. Przełożenie tej reguły na praktykę oznacza konieczność przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności. Jest on różnie ujmowany w doktrynie<sup>21</sup> i orzecznictwie<sup>22</sup>, jednak jego istotę można ująć w następujących pytaniach:

- jaki jest cel zastosowanego środka i czy ten cel służy interesowi publicznemu?
- czy zastosowany środek jest odpowiedni (adekwatny) dla osiągnięcia celu?
- czy celu nie dałoby się osiągnąć poprzez zastosowanie mniej restrykcyjnych środków?

Zasada proporcjonalności odgrywa ważną rolę przy konstruowaniu i stosowaniu warunków zamówienia, które mogą ograniczać dostęp do zamówienia publicznego, zwłaszcza przy warunkach przedmiotowych, co tłumaczy obecność tej zasady w art. 99 ust. 2 Pzp, oraz warunkach podmiotowych, czego dowodzi treść art. 109 ust. 3 Pzp ale także art. 112 ust. 1 Pzp, w których również pojawia się wymóg zachowania proporcjonalności odpowiednio wykluczenia wykonawcy oraz określenia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wprowadzając warunek udziału w postępowaniu do warunków zamówienia powinien w pierwszej kolejności ustalić cel tego zabiegu. Generalnie rzecz ujmując, jest nim umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, zaś konkretyzując, celem wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu – o czym była mowa w pierwszej części niniejszego opracowania – jest zminimalizowanie ryzyka kontraktowego do standardowego poziomu. Należy ustalić, czy określone zdolności wykonawcy, a jeżeli tak – to jakie, są niezbędnym

<sup>18</sup> Wyrok KIO z 10.5.2022 r., sygn. akt KIO 1093/22.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 97-98

<sup>21</sup> Por. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 159-160.

<sup>22</sup> Por. np. wyrok KIO z 18.3.2022 r., sygn. akt 566/22.





### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

czynnikiem prawidłowej realizacji zamówienia. Wreszcie, konieczne jest wyznaczenie minimalnego poziomu tych zdolności. Aby zachować proporcjonalność warunku, należy udzielić obiektywnej odpowiedzi na pytanie, czy niższy poziom wymaganych zdolności (np. niższa wartość polisy lub wykonanej wcześniej roboty budowlanej) będzie wystarczający dla uznania, że wykonawca podoła wyzwaniom związanym z wykonaniem zamówienia. Odpowiedź negatywna na tak postawione pytanie będzie argumentem przemawiającym za proporcjonalnością warunku, natomiast odpowiedź pozytywna powinna skutkować określeniem warunku na niższym poziomie.

Niekiedy warto rozważyć rezygnację z warunku udziału w postępowaniu na rzecz warunku związanego z realizacją zamówienia, co będzie miało szczególne zastosowanie przy wymaganiach związanych ze zdolnościami technicznymi lub zawodowymi wykonawcy. Być może zamawiający zauważy, że zamiast oczekiwać od wykonawców wykazania się określonymi zdolnościami (np. dysponowaniem stosownym personelem kierowniczym) już na etapie postępowania, właściwsze będzie określenie warunku zamówienia, który zaktualizuje się dopiero na etapie realizacyjnym.

Powyższe kroki nie mogą być dokonywane w próżni. Muszą uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może więc określać wymagań koniecznych do należytego wykonania jakiegokolwiek zamówienia, lecz konkretnego zamówienia objętego umową, którą zamierza zawrzeć w wyniku przeprowadzenia przygotowywanego postępowania<sup>23</sup>. Treść warunku musi więc uwzględniać obowiązki wykonawcy wynikające z przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego<sup>24</sup>. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę stopień skomplikowania zamówienia, jego zakres bądź przeznaczenie<sup>25</sup>, a więc swoje rzeczywiste potrzeby<sup>26</sup>. Nadmiernym, a więc nieproporcjonalnym, warunkiem udziału w postępowaniu będzie warunek eliminujący wykonawcę, który w rzeczywistości byłby zdolny do realizacji udzielanego zamówienia<sup>27</sup>. Warto zwrócić uwagę, że takie naruszenie zasady proporcjonalności będzie jednocześnie skutkowało ograniczeniem konkurencyjności postępowania, a więc będzie sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji.

Ciekawy, chociaż niszowy, wątek pojawił się w kilku orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Skład orzekający trafnie dostrzegł, że „przyjmując, iż określenie »proporcjonalny« używane jest w znaczeniu »zachowujący właściwą proporcję«, należy także, w ocenie Izby mieć na

<sup>23</sup> Por. wyrok KIO z 20.1.2023 r., sygn. akt 49/23.

<sup>24</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 435. Por. też wyrok KIO z 19.4.2022 r., sygn. akt KIO 882/22.

<sup>25</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 435 i cyt. tam orzecznictwo KIO.

<sup>26</sup> Wyrok SO w Warszawie z 10.3.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 3/22.

<sup>27</sup> Wyrok SO w Warszawie z 6.4.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 6/22.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

uwadze, iż nie tylko nie mogą one być zbyt wygórowane, ale też nie mogą być zbyt niskie.

W każdym bowiem takim przypadku mogłyby naruszać uczciwą konkurencję. W pierwszym przypadku przez nadmierne zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, natomiast w drugim przypadku, przez nadmierne rozszerzenie kręgu wykonawców, także o takich, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia, z uwagi na to, iż np. nie mają wystarczającego doświadczenia, rozumianego jako umiejętność zdobyta i ugruntowana w praktyce, aby przyjąć, iż dają rękojmię należytego wykonania zamówienia<sup>28</sup>.

Nie oznacza to, że zamawiający nie jest uprawniony do rezygnacji z określania warunków udziału w postępowaniu. W bogatym orzecznictwie Izby można znaleźć wyroki, w których organ ten nie dopatrył się naruszenia ustawy poprzez zaniechanie wprowadzenia warunków udziału w postępowaniu<sup>29</sup>. Istotnie, trudno oceniać proporcjonalność czy też zgodność z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców warunku, który nie obowiązuje w danym postępowaniu. Mimo to wydaje się jednak, że zamawiający powinien zadbać o proporcjonalność warunków zamówienia również w wymiarze wskazanym w zacytowanym wyżej wyroku. Nie chodzi przy tym wyłącznie o warunki udziału w postępowaniu. Cel w postaci zapewnienia konkurencyjności postępowania w rozumieniu jakościowym może być osiągnięty również za pomocą innych warunków proceduralnych (np. kryteriów oceny ofert) lub warunków związanych z realizacją zamówienia (np. obowiązek wykonania zamówienia przez odpowiednio wykwalifikowany i doświadczony personel).

## Warunki udziału w postępowaniu jako warunki zamówienia

**Udostępnienie warunków udziału w postępowaniu.** Warunki udziału w postępowaniu są proceduralnymi warunkami zamówienia i jako takie podlegają ujawnieniu w dokumentach zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu.

Jeżeli chodzi o ogłoszenie o zamówieniu, to w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (tzw. postępowania unijne) zamawiający, który zdecydował się określić co najmniej jeden warunek zamówienia jest obowiązany do wypełnienia odpowiedniej części sekcji III.1 „Warunki udziału” ogłoszenia o zamówieniu, którego formularz opracowała Komisja Europejska.

<sup>28</sup> Wyrok KIO z 6.2.2018 r., sygn. akt 127/18.

<sup>29</sup> Por. np. wyrok KIO z 4.8.2022 r. sygn. akt KIO 1890/22.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne (tzw. postępowania krajowe) warunki są publikowane w sekcji 5.4 ogłoszenia o zamówieniu, którego formularz został określony w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych<sup>30</sup>.

Z kolei jeżeli chodzi o dokument zamówienia, to najczęściej będzie nim specyfikacja warunków zamówienia, ponieważ występuje ona w najpowszechniej używanych trybach postępowania, tj. w przetargu nieograniczonym (postępowanie unijne) oraz w wariantach 1 i 2 trybu podstawowego (postępowanie krajowe)<sup>31</sup>.

W przetargu nieograniczonym obowiązek zamieszczenia w SWZ informacji o warunkach udziału w postępowaniu wynika z art. 134 ust. 1 pkt 8 Pzp. Przepis ten wskazuje elementy obligatoryjne specyfikacji, co mogłoby prowadzić do wniosku, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem zamawiającego w postępowaniach unijnych. Fakultatywny charakter warunków potwierdza jednak orzecznictwo Izby przywołane w poprzedniej części niniejszego opracowania oraz doktryna<sup>32</sup>. Treść art. 134 ust. 1 pkt 8 Pzp należy interpretować literalnie, tj. jako nakaz podania w SWZ „informacji o warunkach udziału w postępowaniu”. W praktyce oznacza to, że zamawiający jest obowiązany do wskazania, czy określa warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli tak – to jaką im nadaje treść. Jeżeli więc zamawiający rezygnuje ustalenia warunków udziału w postępowaniu wprowadza do taką informację SWZ.

Wskazane wyżej wątpliwości nie powstają w postępowaniach krajowych. Zgodnie z art. 281 ust. 2 pkt 2 Pzp, zamawiający wprowadza do SWZ „informacje o warunkach udziału w postępowaniu” wyłącznie wtedy, gdy takie warunki przewiduje. Jest to zatem element opcjonalny specyfikacji i nie pojawi się on w postępowaniach, w których nie obowiązują warunki udziału w postępowaniu.

W niektórych trybach, np. w wariantach 3 trybu podstawowego<sup>33</sup>, SWZ jest poprzedzona opisem potrzeb i wymagań. Opis ten również powinien zawierać informacje o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje, co wynika z art. 282 ust. 2 pkt 1 Pzp odsyłającego m.in. do art. 281 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Oprócz samego określenia warunków udziału w postępowaniu, ogłoszenie o zamówieniu, opis potrzeb i wymagań oraz specyfikacja warunków zamówienia powinny zawierać wykaz

<sup>30</sup> Dz.U. poz. 2439.

<sup>31</sup> Chodzi o postępowania prowadzone odpowiednio na podstawie art. 275 pkt 1 Pzp i art. 275 pkt 2 Pzp.

<sup>32</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 434.

<sup>33</sup> Chodzi o postępowanie prowadzone na podstawie art. 275 pkt 3 Pzp.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

podmiotowych środków dowodowych, służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu<sup>34</sup>. Warto w tym miejscu zasygnalizować, chociaż będzie jeszcze o tym mowa w dalszej części opracowania, że weryfikacja spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu za pomocą podmiotowych środków dowodowych nie jest obowiązkiem zamawiającego, co jednoznacznie wynika z art. 124 pkt 2 Pzp<sup>35</sup>. Wykaz podmiotowych środków dowodowych będzie zatem elementem opcjonalnym ogłoszenia o zamówieniu, opisu potrzeb i wymagań lub specyfikacji warunków zamówienia, który pojawi się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający zamierza sprawdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców.

Szczególnym przypadkiem jest tryb zamówienia z wolnej ręki, w którym nie występuje ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja warunków zamówienia, ani opis potrzeb i wymagań. Warunki udziału w postępowaniu oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych zawarte są w zaproszeniu do negocjacji. Kwestia ta zostanie omówiona w części 10 niniejszego opracowania.

Skoro warunki udziału w postępowaniu najczęściej ujawniane są w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ, kluczowe jest zachowanie tożsamości treści tych źródeł. Zamawiający nie powinien dopuścić do sytuacji, w której opis warunku opublikowany w ogłoszeniu różni się od opisu zamieszczonego w SWZ. Taka rozbieżność musi być uznana za istotną wadę postępowania, która może mieć wpływ na wynik postępowania. Nie dotyczy to jednak przypadków, w których rozbieżność wynika jedynie z faktu, iż treść ogłoszenia jest mniej precyzyjna od treści SWZ, tzn. obydwa źródła wskazują na taki sam warunek, jednak SWZ zawiera jego bardzo szczegółowy opis. Ocena takich sytuacji uzależniona jest od indywidualnych okoliczności i wymaga badania *ad casum*. Zamawiający powinni co do zasady<sup>36</sup> dosłownie powielać w ogłoszeniu określenie warunków udziału w postępowaniu z SWZ.

**Wyjaśnianie treści warunków udziału w postępowaniu.** Określenie warunków udziału w postępowaniu powinno być klarowne, jednoznaczne, wyczerpujące, co wynika z omówionej już zasady przejrzystości. W przypadku, gdy ich treść budzi wątpliwości wykonawcy, ma on prawo zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie. Jeżeli wniosek wpłynął w terminie określonym w art. 135 ust. 2 Pzp (w postępowaniu unijnym) lub art.

<sup>34</sup> Zgodnie z art. 7 pkt 17 Pzp, podmiotowe środki dowodowe to środki, które służą również potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia lub spełniania kryteriów selekcji. Z uwagi na tematykę niniejszego opracowania skupimy się jedynie na podmiotowych środkach dowodowych, które służą potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

<sup>35</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 470.

<sup>36</sup> Wyjątkiem mogłyby być np. względy techniczne (np. limit znaków), które uniemożliwiają dosłowne powielenie w ogłoszeniu o zamówieniu opisu warunku zawartego w SWZ



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

284 ust. 2 Pzp (w postępowaniu krajowym), jest zobowiązany do udzielenia wyjaśnień w terminie wynikającym z przywołanych przepisów. Treść wyjaśnień bez ujawniania źródła zapytania umieszczana jest na stronie internetowej prowadzonego postępowania, dzięki czemu każdy wykonawca uzyskuje do niej dostęp na równych prawach. W praktyce dość często zdarza się, że wnioski o wyjaśnienie treści SWZ zawiera uzasadnioną sugestię zmiany warunku udziału w postępowaniu. W takich przypadkach pozytywna odpowiedź zamawiającego będzie w istocie prowadziła do zmiany treści warunku.

**Zmiana treści warunków udziału w postępowaniu.** Warunki udziału w postępowaniu mogą zostać zmienione na takich samych zasadach, co pozostałe warunki zamówienia, tj. w uzasadnionych przypadkach i przed upływem terminu składania ofert. Inicjatorem zmian może być wykonawca (np. autor wniosku o wyjaśnienie treści SWZ) ale także sam zamawiający, co jest sytuacją rzadszą, ale całkowicie dopuszczalną. Zmiany warunków udziału w postępowaniu pociągają za sobą konieczność zmian ogłoszenia o zamówieniu, więc są objęte art. 286 ust 9 Pzp. Dodatkowo są to zmiany istotne w rozumieniu art. 271 ust. 3 Pzp. Prowadzi to do konkluzji, iż wprowadzenie zmian w warunkach udziału w postępowaniu pociąga za sobą konieczność przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach. W konsekwencji zamawiający dokonując omawianych zmian jest zobowiązany do:

- opublikowania treści zmiany warunków udziału w postępowaniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
- przedłużenia terminu składania ofert;
- opublikowania informacji o przedłużeniu terminu składania ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
- zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie treści warunków udziału w postępowaniu oraz przedłużonego terminu składania ofert.

Powyższe uwagi odnoszą się do postępowań krajowych. W odniesieniu do zmiany warunków udziału w postępowaniu unijnym właściwy będzie art. 137 ust. 4 Pzp, regulujący przypadek zmiany SWZ, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Przepis ten nie nakłada na zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert. Należy jednak uznać, iż zmiana warunków udziału w postępowaniu jest okolicznością istotną dla sporządzenia oferty, więc obejmuje ją art. 137 ust. 6 Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach.





### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W konsekwencji, zmiany warunków udziału w postępowaniu unijnym wiążą się z takimi samymi obowiązkami, jak w przypadku postępowań krajowych.

Należy jednak uwzględnić fakt, iż zamawiający nie publikuje samodzielnie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, lecz przekazuje go Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 137 ust. 5 Pzp udostępnienie zmian treści SWZ nie może nastąpić przed opublikowaniem ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wyjątkiem jest przypadek, w którym publikacja zmiany ogłoszenia o zamówieniu nie nastąpiła w ciągu 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania ogłoszenia. Ta reguła ogranicza lub wręcz wyłącza możliwość dokonania zmiany warunków udziału w postępowaniu unijnym w ostatnich dniach terminu składania ofert.

Należy też wspomnieć o obowiązku publikacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania wszystkich ogłoszeń publikowanych w ramach danego postępowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Dotyczy to również ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu.

#### **Warunki udziału w postępowaniu a warunki związane z realizacją zamówienia.**

Warunki zamówienia stanowią zróżnicowaną grupę warunków określających sposób prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wymagania związane z jego realizacją. Warunki udziału w postępowaniu różnią się od warunków przedmiotowych tym, że te pierwsze odnoszą się do właściwości podmiotowych, natomiast te drugie – do przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania<sup>37</sup>. Ponadto, warunki udziału w postępowaniu cechuje to, że muszą być spełnione podczas postępowania, podczas gdy warunki przedmiotowe – dopiero podczas realizacji zamówienia. Zamawiający określając warunki zamówienia kieruje się potrzebą zapewnienia należytego wykonania zamówienia, więc zmierza do wskazania tych właściwości podmiotowych (zdolności) wykonawców, które są niezbędne do osiągnięcia tego celu. Mimo niewątpliwego związku pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a warunkami realizacji zamówienia, przepisy ustawy, co do zasady, nie nakładają na wykonawcę wykorzystania zdolności wskazanych w postępowaniu w celu wykazania spełniania warunków udziału w nim. Oznacza to, że utrata tych zdolności po zawarciu umowy nie wywołuje z mocy ustawy żadnych skutków prawnych.

Wyjątkiem są przepisy art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp oraz art. 462 ust. 7 Pzp, które przywracają znaczenie prawne warunkom udziału na etapie wykonania zamówienia. Pierwszy

---

<sup>37</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 432.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

z nich dotyczy podmiotowej zmiany umowy i wymaga, aby nowy wykonawca, który zastępuje dotychczasowego spełniał warunki udziału obowiązujące w postępowaniu, które doprowadziło do zawarcia zmienianej umowy. Drugi z przywołanych przepisów uzależnia dopuszczalność zmiany podwykonawcy, który w postępowaniu udostępniał wykonawcy swoje zdolności od spełniania warunków udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż podmiot trzeci w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

W praktyce po zawarciu umowy może okazać się, że wykonawca nie posiada już środków finansowych w wysokości określonej w warunku udziału w postępowaniu lub środków technicznych czy też personelu wskazanego w podmiotowych środkach dowodowych przekazanych w trakcie postępowania. Przepisy ustawy nie zawierają przepisów, które regulowałyby konsekwencje takiej sytuacji<sup>38</sup>.

Nie oznacza to, że wprowadzanie warunków udziału w postępowaniu jest pozbawione sensu. W wielu przypadkach wykonawca zapewne wykorzysta wykazane zdolności do prawidłowej realizacji zamówienia, jednak zamawiający, który chciałby mieć pewność, że do tego dojdzie, np. z uwagi na specyficzny charakter tych zdolności, powinien tak ukształtować warunki realizacji zamówienia, a precyzyjniej rzecz ujmując – postanowienia umowy, aby wykorzystanie zdolności wskazanych przez wykonawcę w trakcie postępowania było obowiązkiem wykonawcy zastrzeżonym w kontrakcie. Taka praktyka ma miejsce często w przypadku uprawnień: zamawiający określa warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania przez wykonawcę koncesji (np. na obrót paliwami ciekłymi), natomiast w umowie nakłada na wykonawcę obowiązek utrzymywania ważności tej koncesji przez cały okres realizacji zamówienia, w tym odnawiania jej i przedkładania jej kopii zamawiającemu. Niejednokrotnie umowa przewiduje również konsekwencje nieprzedłużenia koncesji.

Tego typu rozwiązanie powinno być przeniesione także na grunt innych zdolności wykonawcy stanowiących warunki udziału w postępowaniu. Dotyczy to zwłaszcza takich zdolności, które odnoszą się do materialnych i kadrowych zasobów wykonawców. Cechą tych zasobów jest ich doraźność, polegająca na tym, że wykonawca może je wygenerować wyłącznie na potrzeby udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co sprawia, że po uzyskaniu tego zamówienia istnieje ryzyko utraty tych zdolności. Na przykład, jeżeli sprawne wykonanie zamówienia uzależnione jest od specjalistycznego sprzętu, którym powinien

---

<sup>38</sup> M. Lubiszewski, *Warunki udziału w postępowaniu a właściwości wykonawcy niezbędne do realizacji zamówienia*, „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 2/2020, s. 69.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

dysponować wykonawca, zamawiający może określić warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej. Zwykle – o czym będzie jeszcze mowa – spełnianie tak określonego warunku weryfikowane jest na podstawie wykazu sprzętu, którym dysponuje wykonawca. Jeżeli zamawiający poprzestanie na wprowadzeniu warunku udziału w postępowaniu i sprawdzeniu, czy wykonawca go spełnia, udzielenie zamówienia nie stworzy po stronie wykonawcy obowiązku wykorzystania sprzętu, który został wymieniony w wykazie. Dopiero odpowiednie postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego – wprowadzone już na etapie przygotowania postępowania – będą źródłem takiego obowiązku. Taką samą konfigurację podmiotowych i przedmiotowych warunków zamówienia można zastosować również w przypadku zasobów kadrowych.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na szczególną konsekwencję zbieżności warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych z warunkami związanymi z realizacją zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu są weryfikowane na podstawie podmiotowych środków dowodowych. Zasady ich składania i uzupełniania zostaną omówione w części 8 niniejszego opracowania. Warunki przedmiotowe są weryfikowane za pomocą przedmiotowych warunków zamówienia. Omówienie reguł ich składania i uzupełniania wykraczałoby poza zakres tego opracowania, więc ograniczmy się jedynie do ogólnej uwagi, że środki te składane są wraz z ofertą, a możliwość ich uzupełnienia zachodzi wyłącznie wtedy gdy przewidziano to w dokumentach zamówienia, pod warunkiem, że przedmiotowe środki dowodowe nie stanowią podstawy dla przyznania ofercie punktów w ramach kryteriów oceny ofert<sup>39</sup>.

Jak wcześniej powiedziano, zamawiający może w ramach tego samego postępowania wprowadzić warunki zamówienia dotyczące zasobów kadrowych lub technicznych nadając im jednocześnie charakter warunków udziału w postępowaniu i warunków przedmiotowych. Będzie to wyraz woli zamawiającego, by zasoby wskazane przez wykonawcę w postępowaniu zostały wykorzystane przy realizacji zamówienia. Weryfikacja tych warunków za pomocą podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych może jednak w znacznym stopniu skomplikować postępowanie. Może bowiem okazać się, że np. wykaz personelu będzie składany jako przedmiotowy środek dowodowy wraz z ofertą przez każdego wykonawcę oraz jako podmiotowy środek dowodowy składany na wezwanie zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona. Rola, w jakiej wystąpi wykaz w składany w postępowaniu będzie rozstrzygała

---

<sup>39</sup> Por. art. 107 Pzp.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

o możliwości uzupełnienia środka dowodowego oraz o składzie osobowym personelu, którego wykorzystanie podczas realizacji zamówienia będzie obowiązkiem wykonawcy. Sytuacja ta może być nieczytelna dla wykonawcy (który może nie rozumieć, dlaczego musi składać dwukrotnie ten sam wykaz), ale także dla samego zamawiającego (dla którego może być niejasne, dlaczego treść tych wykazów może się różnić).

Dość częstym problemem praktycznym, z którym muszą mierzyć się zamawiający jest określenie charakteru dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. Zamawiający może przewidzieć warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, który będzie weryfikowany przez odpowiedni podmiotowy środek dowodowy. W takim przypadku polisa będzie potwierdzała, że w trakcie postępowania wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej pozwalającej na wykonanie zamówienia. Z warunku udziału w postępowaniu nie wynika jednak obowiązek posiadania takiego ubezpieczenia w trakcie realizacji zamówienia<sup>40</sup>. Taki obowiązek może być wprowadzony, jako warunek przedmiotowy, tj. związany z wykonaniem zamówienia. Co do zasady jego spełnienie powinno nastąpić dopiero w ramach formalności związanych z zawarciem umowy. Zamawiający przygotowując postępowanie musi zatem rozstrzygnąć, czy wymóg posiadania polisy OC będzie warunkiem udziału w postępowaniu (wówczas polisa nie musi obowiązywać w trakcie wykonywania zamówienia), czy będzie warunkiem związanym z realizacją zamówienia (wówczas wykonawca może zawrzeć umowę ubezpieczenia dopiero przed zawarciem umowy, a polisa będzie obowiązywała na etapie realizacyjnym).

## Warunek dotyczący zdolności do występowania w obrocie gospodarczym

Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 1 Pzp warunek udziału w postępowaniu może dotyczyć zdolności do występowania w obrocie gospodarczym. Rozwinięciem tego przepisu jest art. 113 Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa ten warunek jako wymóg, aby wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową byli wpisani do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Ta kategoria warunków nie występowała we wcześniejszych polskich aktach prawnych z dziedziny zamówień publicznych. Została wprowadzona dopiero do obecnie obowiązującej ustawy, co było wyrazem implementacji art. 58 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> M. Jaworska (red.), *op.cit.*, s. 391.

<sup>41</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 437.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Ubieganie się o zamówienie publiczne najczęściej jest przejawem prowadzenia przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej, a więc ciągłej i zorganizowanej działalności zarobkowej prowadzonej we własnym imieniu, na własny rachunek i własne ryzyko<sup>42</sup>. Działalność zawodowa, o której mowa w art. 113 Pzp jest podkategorią działalności gospodarczej polegającej na wykonywaniu przez osobę fizyczną wolnego zawodu, do którego niezbędne jest posiadanie stosownych kwalifikacji zawodowych określonych w przepisach szczególnych<sup>43</sup>. Skoro wykonywanie wolnego zawodu jest rodzajem prowadzenia działalności gospodarczej, przedstawiciele wolnych zawodów są przedsiębiorcami.

Zdecydowana większość wykonawców ma status przedsiębiorcy, co wiąże się z obowiązkiem wpisania działalności gospodarczej do odpowiedniego rejestru. W Polsce takim rejestrem jest Krajowy Rejestr Sądowy (KRS), w którym ujawniani są przedsiębiorcy będący osobami prawnymi oraz jednostkami organizacyjnymi nie posiadającymi osobowości prawnej, którym przepisy przyznają zdolność prawną. Z kolei osoby fizyczne zamierzające prowadzić działalność gospodarczą muszą uzyskać wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG).

Omawiany warunek udziału w postępowaniu umożliwia zamawiającemu zidentyfikowanie wykonawcy, który jest przedsiębiorcą, a zwłaszcza ustalenie, czy podmiot ten jest wpisany do odpowiedniego rejestru. Wprowadzenie tego warunku nie oznacza jednak, że o dane zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie przedsiębiorcy. Uzyskanie statusu wykonawcy nie jest uzależnione od faktu prowadzenia przez dany podmiot działalności gospodarczej, zatem wykonawcy, którzy nie są przedsiębiorcami nie muszą wykazywać spełniania tego warunku<sup>44</sup>.

W praktyce warunek dotyczący zdolności do występowania w obrocie gospodarczym jest rzadko wykorzystywany przez zamawiających. W wielu przypadkach właściwszym okazuje się być warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, który zostanie omówiony w kolejnej części niniejszego opracowania. Poza tym, rejestry przedsiębiorców są jawne i zamawiający nie musi wprowadzać żadnego warunku udziału w postępowaniu, aby uzyskać do nich dostęp. Jeżeli wgląd do danych rejestrowych wynika z potrzeby ustalenia, czy osoba działająca w imieniu wykonawcy jest umocowana do jego reprezentowania, samodzielną podstawę prawną do żądania od wykonawcy odpisu lub informacji

<sup>42</sup> M. Lubiszewski, *Przedsiębiorca, działalność gospodarcza oraz przedsiębiorstwo* /w:/ J.J. Zięty (red.), *Podstawowe zagadnienia prawa handlowego*, Olsztyn 2022, s. 56 i n.

<sup>43</sup> Ibidem, s. 57.

<sup>44</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 437.





### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

z KRS, CEIDG lub innego właściwego rejestru stanowi § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy<sup>45</sup>.

Zgodnie z § 6 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych, środkiem służącym weryfikacji spełniania omawianego warunku jest dokument potwierdzający, że wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w kraju w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem. Jak już wskazano wcześniej, podmiotowym środkiem dochodowym identyfikującym wykonawców, którzy mają siedzibę lub miejsce zamieszkania w Polsce odpis lub informacja z KRS lub CEIDG. W odniesieniu do wykonawców zagranicznych zamawiający może wymagać wpisu do odpowiedniego rejestru zawodowego lub handlowego prowadzonego w ich kraju pochodzenia. Jeżeli tym krajem jest jedno z państw członkowskich UE, właściwym będzie rejestr określony w załączniku XI do dyrektywy 2014/24/UE. Przydatność załącznika XI jest obecnie ograniczona, ze względu na nieaktualność zawartych w nim danych<sup>46</sup>. Warto więc skorzystać z systemu *e-Certis* – bazy dokumentów, która jest stale aktualizowana przez zespoły krajowe. Należy przy tym pamiętać, że wynik przeszukania tej bazy nie jest prawnie wiążący<sup>47</sup>.

## Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej

Podstawą ustroju gospodarczego jest społeczna gospodarka rynkowa, której jednym z trzech filarów, obok własności prywatnej i solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych, jest wolność działalności gospodarczej<sup>48</sup>. Z wolności tej wynika norma, zgodnie z którą każdy ma prawo do podejmowania, prowadzenia i zakończenia działalności gospodarczej. Działalność gospodarcza powinna być zatem wolna od ingerencji państwa, aczkolwiek za wyjątkiem przypadków określonych w ustawie, gdy przemawia za tym ważny interes publiczny<sup>49</sup>.

Do takich wyjątków należy tzw. reglamentacja działalności gospodarczej. Polega ona na tym, że ustawodawca wprowadza w danej dziedzinie zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, lecz jednocześnie określa warunki uchylenia tego zakazu, co następuje w drodze indywidualnego

<sup>45</sup> Dz.U. z 2020 r., poz. 2415, z 2023 r., poz. 1824. Dalej jako rozporządzenie o podmiotowych środkach dowodowych.

<sup>46</sup> Polskim rejestrem przedsiębiorców wskazanym w tym załączniku jest jedynie KRS.

<sup>47</sup> <https://www.gov.pl/web/uzp/e-certis>

<sup>48</sup> A. Powalowski (red.), *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2022, s. 58.

<sup>49</sup> Art. 22 Konstytucji RP.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

aktu kompetentnego organu władzy. Typowymi przejawami reglamentacji działalności gospodarczej są: koncesja, zezwolenie oraz wpis do rejestru działalności regulowanej<sup>50</sup>. Tego typu uprawnienia stanowią prawny warunek prowadzenia działalności gospodarczej w dziedzinie objętej reglamentacją.

Na gruncie prawa zamówień publicznych oznacza to nie tylko zakaz wykonywania określonych zamówień (np. dostawy paliw ciekłych) przez wykonawcę, który nie posiada odpowiednich uprawnień (np. koncesji na obrót paliwami ciekłymi), ale również spoczywający na zamawiającym zakaz udzielania takiemu wykonawcy zamówień objętych reglamentacją.

Przestrzeganiu tego zakazu służy m.in. warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej wynikający z art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp i rozwinięty w art. 114 Pzp. Zamawiający wprowadzając go do warunków zamówienia w istocie dąży do zweryfikowania, czy wykonawca posiada prawne zdolności do realizacji zamówienia. Z zasady proporcjonalności należy wywieść wnioszek, iż przy określaniu tego warunku chodzi wyłącznie o uprawnienia niezbędne do wykonania zamówienia. Przygotowując postępowanie, zamawiający powinien zatem ustalić, czy realizacja zamówienia wchodzi w obszar działalności reglamentowanej. Jeżeli nie, to wprowadzenie wymogu posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jest niedopuszczalne, gdyż narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza zasadę proporcjonalności, ale również uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby okazało się że wykonanie zamówienia wymaga uprawnień, zamawiający określając omawiany warunek jest zobowiązany do precyzyjnego wskazania, jakimi uprawnieniami powinni wykazać się wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ogólnikowy wymóg posiadania uprawnień bez ich konkretyzacji będzie nie do pogodzenia z zasadą przejrzystości.

Spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej powinno być wykazane przez wykonawcę w trakcie postępowania, co ma zapewnić udzielenie zamówienia objętego reglamentacją ją podmiotowi uprawnionemu do jego wykonania. Zamawiający powinien jednak zadbać również o to aby wykonawca posiadał wymagane uprawnienia przez cały okres realizacji zamówienia. W tym celu konieczne jest wprowadzenie odpowiednich postanowień do umowy w sprawie zamówienia publicznego, z których będzie wynikał obowiązek utrzymania uprawnień w okresie obowiązywania

---

<sup>50</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2023, s. 271.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

kontraktu a w razie potrzeby ich przedłużenia, jak również przedkładania zamawiającemu dokumentów potwierdzających posiadanie tych uprawnień.

Mogłoby się wydawać, że skoro wykonanie danego zamówienia jest uzależnione od posiadania przez wykonawcę uprawnień, to zamawiający jest zobowiązany do wprowadzenia stosownego warunku udziału w postępowaniu. Należy jednak pamiętać, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest zawsze uprawnieniem zamawiającego. W przypadku pilności udzielenia zamówienia i potrzeby maksymalnego uproszczenia postępowania, zamawiający może zrezygnować z określania warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Wspomniany wcześniej zakaz udzielania zamówienia objętego działalnością reglamentowaną podmiotowi nieuprawnionemu oznacza jednak, iż zamawiający powinien wprowadzić do warunków zamówienia obowiązek przedłożenia dokumentu potwierdzającego posiadanie uprawnień przed zawarciem umowy, z zastrzeżeniem, że niewykonanie tego obowiązku zostanie uznane za okoliczność uniemożliwiającą zawarcie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Warto również dodać, że w omawianym warunku chodzi o uprawnienia przyznawane przedsiębiorcom. Należy je odróżnić od uprawnień przyznawanych osobom fizycznym do wykonywania określonych czynności (np. prawo jazdy), zawodów (np. wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej), czy też pełnienia pewnych funkcji (np. uprawnienia budowlane) – wymaganie tego rodzaju uprawnień może być elementem warunku dotyczącego zdolności zawodowej, o którym będzie mowa w części 7 niniejszego opracowania.

W praktyce warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jest najczęściej określany przez zamawiających jako wymaganie posiadania:

- koncesji – np. w postępowaniu na dostawę paliw, wykonawca może być zobowiązany do wykazania, że posiada koncesję na obrót paliwami ciekłymi;
- zezwolenia – np. w postępowaniu na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt zamawiający ma prawo żądać od wykonawców posiadania zezwolenia w zakresie prowadzenia schronisk dla bezdomnych zwierząt;
- wpisu do rejestru działalności reglamentowanej – np. w postępowaniu na świadczenie usług telekomunikacyjnych właściwym warunkiem udziału w postępowaniu może być obowiązek posiadania przez wykonawcę wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych;



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Art. 114 pkt 3 Pzp pozwala zamawiającemu na określenie omawianego warunku poprzez postawienie wymagania, aby wykonawca zamawianych usług był członkiem danej organizacji, o ile członkostwo w niej jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Warunek ten znajdzie zastosowanie w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia, którego wykonanie może zostać powierzone wyłącznie członkowi samorządu zawodowego. Za przykład mogą służyć usługi prawnicze, które mogą być świadczone przez radców prawnych lub adwokatów. Obserwacja praktyki dowodzi, że wielu zamawiających nie wykorzystuje tego warunku koncentrując się na postawieniu wymagań (wpis na listę adwokatów lub radców prawnych, ale również odpowiednie doświadczenie) osobie, która będzie faktycznie świadczyła usługi na rzecz zamawiającego. Osoba ta nie musi być wykonawcą, lecz pracownikiem wykonawcy (co jest dozwolone w przypadku radców prawnych). Trudno odmówić takiej praktyce racjonalności.

Usług dotyczy również art. 114 pkt 2 Pzp, który przewiduje, że zamawiający może żądać zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepis obejmuje swoim zakresem wykonawców zagranicznych, którzy czasowo świadczą usługi na terytorium RP. Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy z 6.03.2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej<sup>51</sup> wymaganie od takich usługodawców koncesji, zezwolenia lub wpisu do rejestru działalności regulowanej jest dopuszczalne wyłącznie, gdy przepisy odrębnych ustaw nakładają taki obowiązek ze względu na porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne, bezpieczeństwo państwa, zdrowie publiczne lub ochronę środowiska naturalnego. Co do zasady więc, wymaganie od wykonawcy zagranicznego uprawnień jest dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy są one wymagane w kraju w którym wykonawca ten ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przykładowo, jeżeli w Polsce do wykonania zamówienia jest potrzebna koncesja, zaś w kraju, w którym wykonawca zagraniczny ma swoją siedzibę taka koncesja nie jest wymagana, zamawiający nie może domagać się od tego wykonawcy posiadania koncesji pod warunkiem, że wykonawca ten świadczy swoje usługi na terenie Polski czasowo.

**Podmiotowe środki dowodowe.** Katalog podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu spełniania warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności

---

<sup>51</sup> Dz.U. 2022 poz. 470.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

gospodarczej lub zawodowej zawiera § 7 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych. Wykaz tych środków opracowany przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania jest pochodną sposobu określenia tego warunku. Najczęściej środkiem takim będzie koncesja, zezwolenie, licencja lub wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpowiadającym warunkowi określoneemu przez zamawiającego. W odniesieniu do wykonawcy zagranicznego któryś w powyższych środków może być wymagany jeżeli posiadanie określonych uprawnień jest niezbędne do świadczenia usług w kraju, w którym ten wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Jeżeli omawiany warunek polega na obowiązku posiadania przez wykonawcę statusu członka danej organizacji, podmiotowym środkiem dowodowym będzie dokument potwierdzający taki status.

## Warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej

Możliwość określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy wynika z art. 112 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przykładowe metody określenia tego warunku zostały przewidziane w art. 115 ustawy.

Zamawiający określając warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej powinien zmierzać do ograniczenia kręgu wykonawców ubiegających się o zamówienie do podmiotów, których sytuacja finansowo-ekonomiczna pozwala na wykonanie udzielonego zamówienia. Warunki należące do omawianej kategorii będą zatem właściwe w tych postępowaniach, których realizacja zamówienia wiąże się ze znacznym obciążeniem finansowym wykonawcy. Innymi słowy, wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia dużych nakładów finansowych, aby prawidłowo (w tym również terminowo) wykonać zamówienie. Chodzi tu zwłaszcza o konieczność zakupu materiałów, opłacenia pracowników i podwykonawców zaangażowanych do realizacji zamówienia, ale również zdolność do ponoszenia odpowiedzialności za ewentualną szkodę wyrządzoną zamawiającemu lub osobom trzecim w związku z wykonywaniem zamówienia<sup>52</sup>.

Prawidłowe określenie warunku przez zamawiającego uzależnione jest od jego wiedzy o sposobie i kosztach wykonania zamówienia. Tylko wtedy możliwe jest, po pierwsze, podjęcie racjonalnej decyzji o przydatności warunku oraz, po drugie, zachowanie jego proporcjonalności.

<sup>52</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 441.





### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Jeżeli chodzi o pierwszy aspekt, zamawiający powinien ocenić, czy wysokość wymaganych nakładów jest na tyle duża, że wykracza poza możliwości przeciętnego wykonawcy działającego w branży objętej udzielanym zamówieniem. Gdy okaże się, że koszty wykonania zamówienia jest w stanie ponieść każdy z wykonawców realizujących w swojej codziennej działalności zamówienia zbliżone zakresem do zamówienia, którego zamierza udzielić zamawiający, wprowadzanie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej może niepotrzebnie komplikować postępowanie. Okaże się bowiem, że warunek na poziomie określonym przez zamawiającego spełnia każdy podmiot oferujący na rynku zamawiane świadczenia, zatem jego wykazanie będzie stanowiło jedynie formalny, aczkolwiek uciążliwy obowiązek.

Wiedza zamawiającego o sposobie i kosztach wykonania udzielanego zamówienia pozwala również określić warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej na poziomie proporcjonalnym do przedmiotowych warunków zamówienia, co stanowi jedną z fundamentalnych zasad określania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający określa omawiany warunek jako minimalny poziom zdolności niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Niedopuszczalne jest zatem wymaganie od wykonawców wykazania się sytuacją ekonomiczną lub finansową pozwalającą na poniesienie ciężarów finansowych większych niż te, które wiążą się z realizacją udzielanego zamówienia. Stanowiłoby to nieuzasadnione ograniczenie dostępu do postępowania, dotkliwe zwłaszcza dla wykonawców zaliczanych do sektora mikro-, małych i średnich przedsiębiorców<sup>53</sup>.

Ponadto, zamawiający określając omawiany warunek musi uwzględnić nie tylko całkowitą wysokość obciążeń finansowych wykonawcy realizującego zamówienie, ale również harmonogram ich ponoszenia. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielanie zaliczek lub płatności częściowe, powinien to wziąć pod uwagę wyznaczając minimalne poziomy zdolności ekonomicznych lub finansowych<sup>54</sup>.

Ustawodawca wskazał cztery sposoby określania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Katalog ten ma charakter przykładowy, o czym świadczy wyrażenie „w szczególności” użyte w art. 115 ust. 1 Pzp. W praktyce katalog ten jest zupełnie wystarczający dla zdecydowanej większości zamawiających. Trudno znaleźć przykłady określenia omawianego warunku w sposób odmienny od wskazanego przez ustawodawcę w art. 115 ust. 1 pkt 1-4 Pzp.

---

<sup>53</sup> Ibidem, s. 442.

<sup>54</sup> Ibidem, s. 444.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Jedną z najczęściej wykorzystywanych metod opisanego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej jest **wymaganie, aby wykonawca posiadał zdolność kredytową lub środki finansowe w określonej wysokości** (art. 115 ust. 1 pkt 4 Pzp). Popularność tej metody wynika zapewne z faktu, że stanowi ona przejaw najprostszej możliwej implementacji celów omawianego warunku. Jeżeli bowiem zamawiający uznaje, że do wykonania zamówienia niezbędna jest określona kwota, żąda, aby wykonawca wykazał, że posiada dostęp do środków finansowych w tej wysokości. Obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie w opisie warunku udziału w postępowaniu konkretnej kwoty minimalnej, która musi być proporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Należy w tym miejscu powtórzyć, że kwota ta musi uwzględniać rzeczywistą wysokość niezbędnych nakładów finansowych. Oznacza to, że nie powinna to być równowartość szacunkowej wartości zamówienia, która – jak wiadomo – odpowiada szacowanemu całkowitemu wynagrodzeniu wykonawcy, zatem obejmuje nie tylko koszt wykonania zamówienia, ale także słuszny zarobek wykonawcy. Ponadto, zamawiający powinien uwzględnić czynniki, które obniżają stopień koniecznego zaangażowania finansowego wykonawcy, takie jak płatności częściowe lub zaliczki.

Omawiana metoda, mimo swojej prostoty, ma pewien mankament, ponieważ odnosi się do zasobów finansowych istniejących w danym czasie, zwłaszcza w momencie istotnym z punktu widzenia kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Wykonawca może te zasoby zwiększyć jedynie na potrzeby wygenerowania podmiotowego środka dowodowego, natomiast już w czasie analizy tego środka przez zamawiającego sytuacja finansowa wykonawcy może być odmienna. Należy zatem mieć świadomość, że tak określony warunek odnosi się do właściwości wykonawcy, która jest bardzo podatna na zmiany, czego może nie zrekompensować nawet możliwość żądania zaktualizowanych podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 3 Pzp. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca może podjąć kroki zmierzające do choćby chwilowego podniesienia zdolności finansowej, w celu otrzymania środka dowodowego formalnie potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Nie zmienia to faktu, że art. 115 ust. 1 pkt 4 Pzp zezwala zamawiającemu na wprowadzenie warunku posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych. Jeżeli, mimo wskazanych wyżej wad, zamawiający uzna, że warunek ten pomoże mu wyselekcjonować wykonawców zdolnych do poniesienia finansowych ciężarów realizacji zamówienia, to może skorzystać z tej metody.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Podmiotowym środkiem dowodowym, który służy potwierdzeniu posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych jest informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem<sup>55</sup>. Informacja ta może być wygenerowana przez system informatyczny banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, co oznacza, że wykonawca może uzyskać odpowiedni dokument bez konieczności wizyty w placówce banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Informacja dotycząca zdolności kredytowej wykonawcy może zawierać zastrzeżenie, że nie stanowi promesy udzielenia kredytu<sup>56</sup> – nie jest to powód do uznania, że taki podmiotowy środek dowodowy nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej może być określony także jako **wymaganie, aby wykonawca posiadał minimalne roczne przychody, w tym minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem**. Wysokość tych przychodów określa zamawiający w dokumentach zamówienia, przy czym co do zasady nie może ona przekraczać dwukrotności wartości zamówienia<sup>57</sup>.

Podobnie jak w przypadku wymagania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w określonej wysokości, omawiany sposób określenia warunku udziału w postępowaniu odnosi się do pewnego wycinka sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy. Przychód z działalności jest jednym z parametrów, który wprawdzie jest związany ze zdolnością wykonawcy do poniesienia kosztów realizacji zamówienia, aczkolwiek należy przyznać, że ujawnia on tylko jeden z elementów kondycji finansowej wykonawcy. Wysokim przychodom przecież mogą towarzyszyć jeszcze większe koszty ich uzyskania. Omawiany parametr może być natomiast przydatny do oceny aktywności wykonawcy, zwłaszcza w dziedzinie objętej zamówieniem. Zamawiający może oczekiwać, aby wykonawca wykazał, że w przeszłości uzyskał przychody z tytułu wykonania zamówienia zbliżonego rodzajem i wartością do zamówienia objętego postępowaniem. Będzie to stanowiło pośredni dowód, że udźwignął on finansowy ciężar tej realizacji. Jak widać, przydatność tej metody do oceny zdolności finansowych wykonawców jest niewielka<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych.

<sup>56</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 446.

<sup>57</sup> Por. art. 115 ust. 2 Pzp.

<sup>58</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 442.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Jej słabość dodatkowo pogłębia sposób weryfikacji spełniania tak określonego warunku.

Podmiotowym środkiem dowodowym jest jedynie oświadczenie wykonawcy o rocznym przychodzie wykonawcy lub o przychodzie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem, za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. Zamawiający nie jest uprawniony do żądania dokumentów uwiarygadniających oświadczenie wykonawcy, np. dowodów zapłaty wykonawcy należnego mu wynagrodzenia, kopii wystawionych faktury, informacji z banku o uzyskanych przychodach itp.

Inną metodą weryfikacji sytuacji ekonomiczno-finansowej wykonawców jest **wymaganie, aby przedstawili oni informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań**. Z brzmienia art. 115 ust. 1 pkt 2 Pzp wynika, że spełnienie tak określonego warunku sprowadza się do złożenia przez wykonawcę odpowiednich dokumentów finansowych. W rzeczywistości chodzi tu o sprawdzenie, czy sytuacja ekonomiczno-finansowa wykonawcy, wyrażająca się w odpowiednich wskaźnikach, pozwala mu na wywiązanie się z zobowiązań finansowych wynikających z realizacji zamówienia. Z punktu widzenia zamawiającego najistotniejsze są wskaźniki płynności finansowej, które określają zdolność wykonawcy do regulowania bieżących zobowiązań. Podstawowym wskaźnikiem płynności finansowej jest wskaźnik bieżącej płynności finansowej, czyli tzw. *current ratio*. Oblicza się go dzieląc wartość aktywów obrotowych (tj. wartość środków pieniężnych, aktywów finansowych, należności krótkoterminowych i zapasów) przez wartość zobowiązań krótkoterminowych (tj. rachunków, faktur, podatków i innych danin publicznych z terminem zapłaty nie dłuższym niż 12 miesięcy). Przyjmuje się, że optymalna wartość wskaźnika bieżącej płynności finansowej powinna mieścić się w przedziale 1,2 – 2,0. Niższa wartość wskaźnika jest przejawem problemów wykonawcy z regulowaniem bieżących zobowiązań (np. zapłatą za materiały, opłaceniem pracowników lub podwykonawców). Wartość mniejsza niż 1 jest interpretowana jako utrata płynności finansowej. Zbyt wysoki wskaźnik może świadczyć o tzw. nadpłynności finansowej wynikającej z obniżonej efektywności funkcjonowania wykonawcy. Pełniejszy obraz kondycji finansowej wykonawcy daje analiza historyczna, uwzględniająca wskaźniki płynności za wcześniejsze okresy (lata) sprawozdawcze, ponieważ umożliwia określenie tendencji: wzrostu, stagnacji albo spadku płynności.

Ocena zdolności finansowych wykonawcy za pomocą wskaźników odnoszących się do stosunku aktywów do zobowiązań jest trudniejsza niż kierowanie się jedynie zdolnością kredytową wykonawcy lub wysokością środków finansowych posiadanych przez niego, ponieważ wymaga



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wiedzy z zakresu ekonomii i rachunkowości. Jest jednak bardziej miarodajna, gdyż opiera się na obiektywnie ustalonej kondycji finansowej wykonawcy, a nie na zasobach finansowych istniejących w chwili generowania informacji banku o wysokości posiadanych środków lub zdolności kredytowej. W przeciwieństwie do badania wysokości minimalnych przychodów rocznych wykonawcy, omawiana metoda określenia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy pozwala na wszechstronniejszą i przez to dokładniejszą ocenę jego zdolności do poniesienia ciężarów finansowych realizacji zamówienia.

Zamawiający zamierzający wykorzystać ten sposób określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy jest zobowiązany określić:

- wskaźnik (lub wskaźniki), który będzie brany pod uwagę przy ocenie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy – obok omówionego wyżej wskaźnika bieżącej płynności finansowej, istnieją mniej uniwersalne statyczne wskaźniki płynności finansowej natychmiastowej i szybkiej oraz wskaźniki płynności w ujęciu dynamicznym, wykorzystujące dane o przepływach pieniężnych. Zamawiający może oprzeć swoją ocenę na konfiguracji kilku wskaźników, jeżeli to pozwoli mu określić zdolności finansowe wykonawców precyzyjniej niż w oparciu o najczęściej wykorzystywany wskaźnik bieżącej płynności finansowej<sup>59</sup>;
- sposób obliczenia wskaźnika (lub wskaźników) – zgodnie z art. 115 ust. 3 Pzp zamawiający wykorzystując wskaźniki uwzględniające stosunek aktywów do zobowiązań musi określić w dokumentach zamówienia „obiektywne metody” tego uwzględnienia. Z całą pewnością wykonaniem tego obowiązku będzie wskazanie danych, które będą wstawiane do wzorów opisujących wybrany przez zamawiającego wskaźnik;
- minimalną wartość wskaźnika (lub wskaźników) – w przypadku wskaźnika bieżącej płynności finansowej najniższą dopuszczalną wartością będzie 1, aczkolwiek w wielu przypadkach uzasadnione będzie żądanie, by wskaźnik ten nie był mniejszy niż 1,2 albo 1,5. Określanie górnej dopuszczalnej wartości wskaźnika trudno pogodzić z celem wprowadzenia omawianego warunku udziału w postępowaniu, tj. zapewnieniem, aby wykonawca był w stanie sfinansować realizację zamówienia – nadpłynność finansowa nie świadczy o braku zdolności finansowych;
- okresy, za które będą wyliczane wskaźniki – nie ma przeszkód, aby zamawiający kierował się wskaźnikami z ostatniego roku obrotowego. Zamawiający może jednak rozciągnąć

<sup>59</sup> W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 373.





### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

omawiany warunek na wcześniejsze lata, przy czym w grę wchodzi okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, co wynika z § 8 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych.

Podmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym tak określony warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy jest sprawozdanie finansowe albo jego część, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Jeżeli sprawozdanie to podlega badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, środkiem dowodowym jest również sprawozdanie z badania sprawozdania finansowego. W przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, środkami dowodowymi są inne dokumenty określających w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania.

Wskazane wyżej sprawozdania finansowe lub ich części, sprawozdania firmy audytorskiej lub inne dokumenty powinny obejmować okres wskazany przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, jednak nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – ten okres.

Ostatnim sposobem określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej jest **wymaganie, aby wykonawca posiadał odpowiednie ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej**. Jest on dość często wykorzystywany przez zamawiających, chociaż w wielu przypadkach wynika to z niezrozumienia rzeczywistego sensu wymagania ubezpieczenia OC w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ma potwierdzać, że jest on zdolny do poniesienia ciężarów finansowych związanych z realizacją zamówienia. Związek ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ze zdolnością finansową do wykonania zamówienia jest – delikatnie rzecz ujmując – nieoczywisty. Niekiedy przyjmuje się, że zawarcie umowy ubezpieczenia dowodzi, że wykonawcę stać było na opłaceniu składki, a więc znajduje się on w dobrej kondycji finansowej<sup>60</sup>. Według innego zapatrywania ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej świadczy o rzetelności i profesjonalizmie wykonawcy, który należycie dba o bezpieczeństwo swoje i swoich kontrahentów<sup>61</sup>. Można też uznać, że jest to pośredni dowód dobrej sytuacji ekonomicznej

<sup>60</sup> Por. wyrok KIO z 7.06.2019 r., sygn. akt KIO 943/19.

<sup>61</sup> M. Sieradzka, *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2019, s. 54 i cytowane tam orzecznictwo KIO.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

ubezpieczonego wykonawcy, co wynika z faktu, iż ubezpieczyciel szacuje poziom ryzyka ubezpieczeniowego analizując tę sytuację przed udzieleniem ochrony ubezpieczeniowej<sup>62</sup>.

Trudności w opisanu relacji pomiędzy posiadaniem ubezpieczenia a zdolnością do sfinansowania realizacji zamówienia nie ułatwiają właściwego opisanego warunku udziału w postępowaniu, tym bardziej, że art. 115 ust 1 pkt 4 Pzp wymaga, aby to ubezpieczenie było „odpowiednie”. Nie chodzi więc o jakąkolwiek polisę OC, lecz o polisę o minimalnych parametrach określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Nieco światła rzuca na tę kwestię treść § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych. Zgodnie z tym przepisem, w celu weryfikacji, czy wykonawca spełnia omawiany warunek udziału w postępowaniu, zamawiający może żądać od niego dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

„Odpowiednim” ubezpieczeniem będzie zatem ubezpieczenie, którego zakres obejmuje działalność wykonawcy związaną z przedmiotem zamówienia. Nie chodzi przy tym o dokładne pokrywanie się zakresu ochrony ubezpieczeniowej z przedmiotem zamówienia, lecz raczej z elementami niezbędnymi do jego realizacji<sup>63</sup>. Ponadto, okres obowiązywania ubezpieczenia musi pokrywać się z czasem prowadzenia postępowania, zwłaszcza z okresem od dnia, w którym upłynął termin składania ofert do dnia zakończenia postępowania. Zamawiający nie może wymagać, aby ubezpieczenie OC wymagane jako warunek udziału w postępowaniu obowiązywało w trakcie realizacji zamówienia. Wreszcie należy pamiętać, że zamawiający powinien określić w dokumentach zamówienia minimalną sumę gwarancyjną ubezpieczenia, zachowując przy tym proporcjonalność i związek z przedmiotem zamówienia. Jest to zadanie karkołomne, zwłaszcza przy uwzględnieniu faktu, że ubezpieczenie OC żądane w ramach warunku udziału w postępowaniu nie służy ubezpieczeniu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Suma gwarancyjna nie powinna więc odnosić się do charakteru i wartości szkód, do których może dojść w trakcie realizacji udzielanego zamówienia.

Nie oznacza to, że zamawiający nie jest uprawniony do żądania, aby wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w trakcie wykonywania zamówienia. W wielu przypadkach, takie wymaganie świadczy o roztropności zamawiającego i zasługuje na pełną

<sup>62</sup> M. Lubiszewski, *Warunki udziału w postępowaniu a właściwości wykonawcy niezbędne do realizacji zamówienia*, „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 2/2020, s. 74.

<sup>63</sup> Tak np. wyrok KIO z wyr. z 29.04.2016 r., sygn. akt KIO 572/16.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

aprobatę. Zamawiający może wprowadzić warunek zamówienia polegający na obowiązku posiadania ubezpieczenia OC o określonej sumie gwarancyjnej (odpowiedniej do wielkości spodziewanych roszczeń odszkodowawczych wobec wykonawcy) i terminie obowiązywania (pokrywającym się z terminem realizacji zamówienia). Będzie to jednak warunek związany z realizacją zamówienia, a nie warunek udziału w postępowaniu. Składając ofertę wykonawca zobowiązuje się do zawarcia wymaganego ubezpieczenia przed przystąpieniem do wykonania zamówienia, natomiast stosowny dokument (polisa) jest składany zamawiającemu w ramach formalności związanych z zawarciem umowy.

Omówione wyżej metody określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej zostały wskazane w art. 115 ust. 1 Pzp, rozwinięte w dalszych ustępach i dopełnione regulacją § 8 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych. Ustawowy katalog tych metod (jak również podmiotowych środków dowodowych) ma charakter otwarty, co oznacza, że zamawiający może określić warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej w inny sposób. Musi przy tym kierować się celem warunku, którym jest weryfikacja, czy wykonawca będzie w stanie sfinansować realizację zamówienia, oraz zachować związek z przedmiotem zamówienia i proporcjonalność względem tego przedmiotu.

## Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej

Możliwość określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wynika z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp. Metody określenia tego warunku zostały przewidziane w art. 116 ustawy, który uzupełnia § 9 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych. Zamawiający musi określić warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w taki sposób, aby móc zweryfikować jego spełnianie na podstawie środka dowodowego wskazanego w § 9 wskazanego wyżej rozporządzenia. Katalog tych środków jest dość obszerny, więc zamawiający może opisać warunek na wiele sposobów. W praktyce najczęściej omawiany warunek jest określany jako wymaganie, aby wykonawca:

- posiadał doświadczenie niezbędne do zrealizowania udzielanego zamówienia;
- dysponował personelem umożliwiającym prawidłowe wykonanie zamówienia lub
- dysponował zasobami technicznymi niezbędnymi do zrealizowania zamówienia.

W dalszej części zostaną omówione trzy wymienione wyżej metody. Ponadto, krótkiej analizie zostanie poddane żądanie spełniania wymagań odpowiednich norm zarządzania jakością oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jak również możliwość żądania próbek,



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

opisów lub fotografii produktów na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Dość często wykonanie zamówienia wymaga od wykonawcy pewnych szczególnych umiejętności. W takiej sytuacji zamawiający może zmierzać do ograniczenia kręgu wykonawców ubiegających się o dane zamówienie do podmiotów, które mogą wykazać się takimi umiejętnościami, a dodatkowo umiejętności te zostały ugruntowane w praktyce. Zamawiający jest uprawniony do postawienia warunku dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych, który polega na **wymaganiu od wykonawcy doświadczenia w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług zbliżonych swoim charakterem do przedmiotu zamówienia**. Celem tak określonego warunku udziału w postępowaniu jest sprawdzenie, czy dotychczasowa aktywność wykonawcy pozwala uznać, iż zachodzi duże prawdopodobieństwo, że prawidłowo wykona on zamówienie. Można zatem stwierdzić, że omawiana metoda określania warunku udziału w postępowaniu odnosi się do zdolności zawodowych wykonawcy. Nie chodzi przy tym o zdolności zawodowe (np. doświadczenie) personelu wykonawcy, tj. osób, które będą realizowały zamówienie, lecz o doświadczenie samego wykonawcy, a więc podmiotu, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający powinien określić warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy w sposób związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do tego przedmiotu. W praktyce oznacza to, że zamawiający powinien w pierwszej kolejności ustalić, jakiego rodzaju umiejętności warunkują prawidłowe wykonanie zamówienia. Stosownie do tych ustaleń, zamawiający powinien następnie ustalić charakter prac, których wykonanie potwierdza te umiejętności. Z tego powodu, warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowych, który polega na wykazaniu się przez wykonawcę doświadczeniem w realizacji takich samych zamówień, co przedmiot udzielanego zamówienia, bywa uznawany za nadmierny. Okazuje się bowiem, że wykonanie zamówień zbliżonych swym charakterem do przedmiotu zamówienia, lecz nieidentycznych lub o nieco mniejszym zakresie, może skutecznie dowodzić posiadania przez wykonawcę wystarczających zdolności zawodowych.

Dość często zamawiający wskazują minimalną wartość zamówień zrealizowanych wcześniej przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Jest to dopuszczalne w świetle § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych. Określenie minimalnego rozmiaru robót budowlanych, dostaw lub usług wykonanych przez wykonawcę powinno być jednak ograniczone do przypadków, w których rozmiar udzielanego zamówienia jest



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

na tyle duży, że sam w sobie może być wyzwaniem dla wykonawcy. Obok zwielokrotnienia świadczeń wchodzących w zakres zamówienia, w grę wejdą obowiązki związane z zarządzaniem dużym projektem, np. z rozbudowaną logistyką.

Badanie doświadczenia wykonawcy wiąże się z wglądem w jego przeszłą aktywność. Przywołane przepisy rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych narzucają zamawiającemu limity w tym zakresie. Jeżeli chodzi o roboty budowlane, zamawiający może badać praktykę wykonawcy z ostatnich 5 lat, natomiast w przypadku dostaw lub usług – 3 lat. Jeżeli okres prowadzenia przez wykonawcę działalności jest krótszy, badaniu podlega cały ten okres.

Podmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym doświadczenie wykonawcy w wykonywaniu robót budowlanych jest wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

Natomiast w przypadku udzielania zamówienia na usługi lub dostawy, odpowiednim podmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym doświadczenie wykonawcy jest wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.





### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Jak widać, podmiotowym środkiem dowodowym jest w istocie zestaw dokumentów składający się z oświadczenia własnego wykonawcy (wykazu), który uwiarygadniają dokumenty wystawione przez odbiorcę wykazanych robót budowlanych, dostaw lub usług. Formularz wykazu najczęściej przygotowuje zamawiający i dołącza go do dokumentów zamówienia. Zadaniem wykonawcy jest jedynie wypełnienie formularza danymi, podpisanie go odpowiednim podpisem elektronicznym i przesłanie zamawiającemu za pomocą środka komunikacji elektronicznej. Dokumentami, które potwierdzają prawidłowe wykonanie wykazanych zamówień są tzw. referencje lub inny dokument, z którego będzie wynikało, że wykazane roboty budowlane, dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Mogą to być np. protokoły odbioru, wpisy do dziennika budowy, zaś w przypadku, gdy wykazane roboty budowlane, dostawy lub usługi były realizowane na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego – ogłoszenie o wykonaniu umowy<sup>64</sup>. Co istotne, referencje lub inne dokumenty powinny odnosić się do robót budowlanych, dostaw lub usług wyszczególnionych w wykazie, jednak nie muszą zawierać tych samych danych, co wykaz. W szczególności zamawiający nie może domagać się potwierdzenia w referencjach wartości zrealizowanego zamówienia.

Warto krótko omówić różnice zachodzące pomiędzy podmiotowymi środkami dowodowymi potwierdzającymi wykonanie robót budowlanych a środkami dowodzącymi realizację dostaw lub usług.

Po pierwsze, inny jest okres podlegający badaniu. W przypadku robót budowlanych jest to 5 lat, natomiast w przypadku dostaw lub usług – 3 lata. Należy tu dodać, że zamawiający jest uprawniony do badania okresów dłuższych, niż wskazane wyżej, o ile przemawia za tym zapewnienie odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu. Wynika to z § 9 ust. 4 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych. Przepis ten nie pozwala jednak zamawiającemu skrócić wskazanych wyżej terminów, zatem niedopuszczalne będzie badanie doświadczenia w realizacji zamówień np. wyłącznie w ostatnim roku. Terminy te liczy się co do zasady od dnia, w którym upływa termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wyjątki od tej reguły określa § 9 ust. 2 pkt 2 i 3 rozporządzenia podmiotowych środkach dowodowych.

Po drugie, w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane wykonawca może wykazać jedynie roboty ukończone w badanym okresie. Wyjątkiem są

---

<sup>64</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 449.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

ukończone i odebrane roboty budowlane stanowiące wydzieloną, osobną część większego zamówienia<sup>65</sup>. Jeżeli chodzi o dostawy i usługi wykonawca może powoływać się na świadczenia aktualnie realizowane (a więc jeszcze nie ukończone), o ile są to świadczenia powtarzające się lub ciągle. Za przykład mogą posłużyć sukcesywne dostawy (np. dostawy leków stosownie do bieżącego zapotrzebowania) lub usługi ciągle (np. usługi prawnicze).

W wielu przypadkach na jakość wykonania zamówienia publicznego w istotny sposób wpływa personel wykonawcy, który to zamówienie realizuje. Zdolność zawodowa wykonawcy jest wtedy w dużej mierze uzależniona od wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia osób, które mogą zostać skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia. W takich sytuacjach zamawiający jest uprawniony do określenia warunku udziału w postępowaniu jako **wymagania, aby wykonawca dysponował osobami posiadającymi wskazane w dokumentach zamówienia wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, uprawnienia lub doświadczenie**. Konfigurację tych cech, ich minimalne poziomy oraz minimalną liczbę osób wyznacza zamawiający kierując się obowiązkiem zachowania związku z przedmiotem zamówienia i proporcjonalności do tego przedmiotu.

W praktyce najczęściej omawiany warunek występuje w postaci wymagania, aby wykonawca dysponował osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w określonym zakresie. Dodatkowo, zamawiający wymagają niekiedy, aby osoba ta miała określone minimalne doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi. Podobnie skonstruowany warunek występuje w zamówieniach na usługi szkoleniowe (warunek dotyczy właściwości wykładowców, którymi dysponuje wykonawca), czy też usługi informatyczne (właściwości informatyków). Stosunkowo rzadko zamawiający wykorzystują omawianą metodę w postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy.

Dysponowanie osobami skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego nie zachodzi wyłącznie w przypadku zatrudnienia ich przez wykonawcę na podstawie stosunku pracy. Wykonawca jest uprawniony do wskazania personelu, którym dysponuje również na innych podstawach, zwłaszcza na podstawie umów cywilnoprawnych (np. umów zlecenia). Jeżeli taka umowa zawarta została pomiędzy wykonawcą a osobą skierowaną do realizacji zamówienia, osoba ta wchodzi w skład personelu wykonawcy. Gdy umowę tę zawiera inny podmiot, który następnie udostępnia tak zorganizowany personel wykonawcy, dochodzi do polegania na zdolności

---

<sup>65</sup> Ibidem, s. 448.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zawodowej innego podmiotu, a więc niesamodzielnego wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o czym będzie mowa w części 9 niniejszego opracowania. Niekiedy wykazywanym personelem może być sam wykonawca (np. rzemieślnik), który ubiega się o udzielenie zamówienia w ramach tzw. jednoosobowej działalności gospodarczej.

Określając warunek dotyczący zdolności zawodowej wykonawcy w omawiany sposób należy pamiętać, że zdolność ta jest badana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca wykazując zdolności w ramach kwalifikacji podmiotowej nie zobowiązuje się do ich wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający, który chciałby nałożyć na wykonawców taki obowiązek, musi wprowadzić do dokumentów zamówienia odpowiedni warunek związany z realizacją zamówienia. Z uwagi na istotne różnice pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a warunkami związanymi z realizacją zamówienia należy bardzo precyzyjnie określić charakter wymagania dysponowania personelem. Jeżeli ma to być warunek udziału w postępowaniu, w grę wejdą omawiane tu reguły wykazywania i weryfikacji spełniania tych warunków. Jeżeli zamawiający nada temu wymaganiu formę warunku przedmiotowego (związanego z realizacją zamówienia), zastosowanie znajdą odmienne reguły dotyczące składania przedmiotowych środków dowodowych oraz przepisy umożliwiające ocenę ofert na podstawie kryteriów dotyczących organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia<sup>66</sup>. Teoretycznie możliwe jest połączenie powyższych metod, co będzie polegało na tym, że wykonawca składając ofertę zobowiązuje się do zrealizowania zamówienia za pomocą osób wskazanych w ofercie. W ten sposób wykonawca wykaże, że spełnia jeden z warunków przedmiotowych, związanych z realizacją zamówienia. Dodatkowo, właściwości tych osób (wskazane w ofercie) mogą być przedmiotem oceny zamawiającego dokonywanej na podstawie kryteriów oceny ofert. Ponadto, zamawiający może żądać od wykonawcy, aby w toku kwalifikacji podmiotowej (a więc w ramach weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu), wskazał personel, którym dysponuje i który jest zdolny do wykonania zamówienia. Taka konfiguracja może prowadzić do niepotrzebnego i nadmiernego skomplikowania postępowania<sup>67</sup>. Właściwsze będzie określenie warunku

<sup>66</sup> Por. art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp.

<sup>67</sup> Wykaz osób jako przedmiotowy środek dowodowy jest składany w postępowaniu wraz z ofertą i – jeżeli jest podstawą oceny ofert – nie podlega uzupełnieniu. Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona (m.in. na podstawie wykazu osób) zostanie wezwany do złożenia wykazu osób w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Taki wykaz – stanowiący podmiotowy środek dowodowy – będzie podlegał uzupełnieniu. Wykonawca może mieć trudność ze zrozumieniem obowiązku składania dwukrotnie tego samego wykazu. Zamawiający może mieć problem z interpretacją sytuacji, w której te wykazy wymieniają różne osoby.

### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

dysponowania odpowiednim personelem alternatywnie: albo jako warunek udziału w postępowaniu albo jako warunek związany z realizacją zamówienia lub kryterium oceny ofert.

Podmiotowym środkiem dowodowym służącym potwierdzeniu spełniania omówionego wyżej warunku udziału w postępowaniu jest wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Kolejnym sposobem określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej jest **wymaganie dysponowania środkami technicznymi służącymi do wykonania udzielanego zamówienia**. Taki warunek odnosi się do zdolności technicznej wykonawcy i powinien być wprowadzony do warunków zamówienia wtedy, gdy prawidłowe realizowanie zamówienia uzależnione jest od użycia odpowiednich narzędzi lub urządzeń technicznych. Im bardziej specjalistyczny charakter mają wymagane środki techniczne, tym większa potrzeba zastosowania omawianego urządzenia, zatem określenie tego warunku wymaga od zamawiającego wiedzy o sposobie wykonania zamówienia.

Zamawiający może wykorzystać warunek zdolności technicznej do zapewnienia, aby zamówienie zostało wykonane na oczekiwanym przez niego poziomie, który może wykraczać ponad poziom standardowy<sup>68</sup>. Przykładowo, udzielając zamówienia na transport uczniów do szkół zamawiający może wymagać od wykonawcy dysponowania autobusem dopuszczonym do ruchu, posiadającym aktualne badania techniczne. Może jednak zażądać dysponowania autobusem o standardach wyższych niż minimalne dotyczących np. wyposażenia autobusu lub poziomu emisji spalin.

Podobnie jak w przypadku personelu, tu również może dojść do zbiegu warunku podmiotowego (warunku udziału w postępowaniu) z warunkiem przedmiotowym (warunkiem związanym z realizacją zamówienia). Wymaga to od zamawiającego rozważenia wszystkich dostępnych metod ukształtowania warunków zamówienia i ich weryfikacji. Jedną z nich jest ustalenie sposobu realizacji zamówienia za pomocą określonych narzędzi lub urządzeń technicznych i dostosowanie do niego minimalnego poziomu zdolności technicznych, które

---

<sup>68</sup> Oczywiście, o ile zamawiający wykaże, że taki ponadstandardowy poziom jest uzasadniony jego rzeczywistą i obiektywną potrzebą.

### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

stanowią warunek udziału w postępowaniu. W ten sposób zostanie zachowany związek z przedmiotem zamówienia i proporcjonalność względem tego przedmiotu. Należy przy tym zachować klarowne rozróżnienie pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a warunkami związanymi z realizacją zamówienia.

Podmiotowym środkiem dowodowym, który służy potwierdzeniu, że wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności technicznych polegający na dysponowaniu określonymi przez zamawiającego narzędziami lub urządzeniami technicznymi jest wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Spośród licznych pozostałych metod określania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych należy wskazać na dopuszczalne w świetle art. 116 Pzp **wymaganie, aby wykonawcy spełniali standardy odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego**, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy tak określony warunek był traktowany jako warunek przedmiotowy. Obecnie nadano mu charakter podmiotowy, co należy uznać za racjonalniejsze, ponieważ wdrożenie standardów zarządzania jakością lub zarządzania środowiskowego jest jedną z właściwości podmiotowych wykonawcy, a nie cechą jego produktów lub świadczeń.

W przypadku określenia warunku odnoszącego się do norm zarządzania jakością, podmiotowym środkiem podmiotowym będzie zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, w tym dostępności dla osób niepełnosprawnych, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zarządzania jakością opartych na odpowiednich seriach norm europejskich oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki. Z kolei, gdy zamawiający wprowadził warunek udziału w postępowaniu dotyczący wdrożenia norm zarządzania środowiskowego, podmiotowym środkiem dowodowym będzie zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemu ek zarządzenia i audytu, o którym mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ek zarządzenia i audytu we





### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Wspólnocie (EMAS), lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki.

Rozporządzenie o podmiotowych środkach dowodowych w § 9 ust. 1 pkt 11 lit.

a przewiduje również możliwość żądania od wykonawców złożenia **próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów**, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego. Tego typu środki dowodowe zwykle mają charakter przedmiotowy.

W aktualnym stanie prawnym przywołany przepis rozporządzenia może wywoływać wątpliwości co do dopuszczalności żądania próbek, opisów lub fotografii jako przedmiotowych środków dowodowych, tym bardziej, że nie zostały one *expressis verbis* wskazane w art. 104-106 Pzp.

Należy stwierdzić, iż żądanie wskazanych wyżej podmiotowych środków dowodowych nie stoi w sprzeczności z żądaniem próbek jako przedmiotowych środków dowodowych. Omawiane podmiotowe środki dowodowe mają służyć potwierdzeniu zdolności technicznych do wykonania produktów objętych przedmiotem zamówienia. Żądanie próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów (jako podmiotowych środków dowodowych) będzie dopuszczalne, w przypadku gdy zamawiający określi warunek udziału w postępowaniu polegający na obowiązku wykazania przez wykonawcę, że posiada on wiedzę i umiejętności pozwalające na wykonanie zamówienia polegającego na dostarczeniu produktów na odpowiednim poziomie jakości<sup>69</sup>.

## Weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu

Procedura sprawdzania, czy wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego jest dość szczegółowo uregulowana w przepisach Pzp.

W niemalym stopniu jej kształt jest uzależniony od trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym opracowaniu zostanie omówiony przebieg kwalifikacji podmiotowej (w zakresie warunków udziału w postępowaniu) w najczęściej prowadzonych trybach przetargowych: w trybie przetargu nieograniczonego oraz w wariantcie pierwszym trybu podstawowym. Z uwagi na specyficzny charakter, kwalifikacja podmiotowa wykonawców w trybie zamówienia z wolnej ręki będzie przedmiotem części 10 niniejszego opracowania. Pozostałe tryby, znacznie rzadziej wykorzystywane przez zamawiających, zostaną pominięte. Ponadto w tej części opracowanie omówieniu będzie podlegał podstawowy przypadek, w którym wykonawca samodzielnie wykazuje spełnianie udziału w postępowaniu.

<sup>69</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 451.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zasadnicza procedura badania, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu jest podzielona na dwie części. Pierwsza z nich obejmuje wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, jednak opiera się na tzw. oświadczeniu wstępnym, o którym mowa w art. 125 Pzp. Z tego powodu można ją określić mianem wstępnej kwalifikacji podmiotowej. Druga część opiera się na podmiotowych środkach dowodowych, a więc dokumentach potwierdzających prawdziwość informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym, przy czym zamawiający przeprowadza ją tylko wobec wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. Z uwagi na fakt, iż dokumenty te zawierają szczegółowe i kompletne informacje o wymaganych właściwościach wykonawcy, ten etap można nazwać pełną kwalifikacją podmiotową.

Oświadczenie wstępne, o którym mowa w art. 125 Pzp stanowi dowód potwierdzający m.in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Nie jest jednak podmiotowym środkiem dowodowym, lecz jedynie tymczasowo zastępuje podmiotowe środki dowodowe, których wymaga zamawiający. W postępowaniach krajowych jest najczęściej składane na prostym formularzu, którego wzór opracowuje zamawiający i dołącza do dokumentów zamówienia. Takie oświadczenie ma zwykle charakter ogólny – wykonawca potwierdza w nim, że spełnia warunki udziału w postępowaniu bez przywoływania ich zakresu. Niekiedy formularz oświadczenia jest zintegrowany z formularzem oferty, co pozwala uniknąć sytuacji, w której wykonawca składając ofertę nie składa oświadczenia wstępnego lub składa go w nieprawidłowej formie.

W przypadku postępowań unijnych oświadczenie wstępne jest składane na rozbudowanym formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia<sup>70</sup>. Co do zasady, wykonawca wypełniając JEDZ jest zobowiązany do podania dość szczegółowych informacji na temat spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający może jednak pozwolić wykonawcom na złożenie oświadczenia generalnego, przewidzianego w sekcji α części IV JEDZ bez konieczności wypełniania żadnej z pozostałych sekcji w części IV. Taka możliwość nie jest obwarowana żadnymi przesłankami z wyjątkiem przewidzenia jej w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Nie oznacza bowiem rezygnacji ze sprawdzenia, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, lecz przenosi tę weryfikację na późniejszy etap badania właściwości wykonawcy na podstawie podmiotowych środków dowodowych.

---

<sup>70</sup> Dalej jako JEDZ.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W postępowaniach unijnych JEDZ może być złożony wyłącznie w formie elektronicznej. Z kolei w postępowaniach krajowych oświadczenia wstępne składane są, stosownie do wyboru wykonawcy, w jednej z następujących form:

- w formie elektronicznej,
- w postaci elektronicznej z podpisem zaufanym,
- w postaci elektronicznej z podpisem osobistym.

W przypadku niezłożenia oświadczenia wstępnego wraz z ofertą zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia brakującego oświadczenia w wyznaczonym terminie, co wynika z art. 128 Pzp. W przypadku gdy oświadczenie jest niekompletne lub zawiera błędy, przepis ten nakazuje zamawiającemu wezwać wykonawcę odpowiednio do uzupełnienia oświadczenia lub jego poprawienia w wyznaczonym terminie. Termin ten określa zamawiający. Złożone, poprawione lub uzupełnione oświadczenie wstępne ma być aktualne na dzień składania ofert. Art. 128 ust. 4 Pzp dopuszcza również możliwość żądania od wykonawcy wyjaśnienia treści oświadczenia wstępnego.

Obowiązek wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia wstępnego nie zachodzi, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu nawet gdyby oświadczenie wstępne zostało złożone, poprawione lub uzupełnione (np. gdy oferta została złożona w niewłaściwej formie) lub postępowanie podlega unieważnieniu (np. gdy najniższa z zaoferowanych cen przekracza możliwości finansowe zamawiającego i nie jest one w stanie zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia).

Ponieważ składanie JEDZ wiąże się z pewną uciążliwością po stronie wykonawców, zamawiający może skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 139 Pzp. Uregulowana w nim tzw. procedura odwrócona może być zastosowana wyłącznie w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. Polega ona na tym, że zamawiający przewiduje w ogłoszeniu lub w SWZ, że w pierwszej kolejności dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W praktyce oznacza to, że wykonawca będzie wezwany do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia JEDZ tylko wtedy, kiedy jego oferta okaże się najwyżej ocenioną. Najdalej idące uproszczenie procedury przewiduje art. 139 ust. 2 Pzp, który pozwala zamawiającemu określić w SWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu, że wykonawcy nie są zobowiązani do składania JEDZ wraz z ofertą, a wezwanie do złożenia tego oświadczenia zostanie skierowane wyłącznie wobec wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Po wstępnej kwalifikacji podmiotowej oraz ocenie i badaniu ofert zamawiający opracowuje (na podstawie kryteriów oceny ofert) listę rankingową ofert, które nie podlegają odrzuceniu. Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona jest wzywany do tzw. pełnej kwalifikacji podmiotowej opierającej się – jak już wcześniej wskazano – na analizie podmiotowych środków dowodowych, które mają potwierdzać prawdziwość oświadczenia wstępnego. Wykonawca ten jest wzywany do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ. Zamawiający wskazuje termin na złożenie tych dokumentów, przy czym nie może być on krótszy niż minimalne terminy ustawowe. W postępowaniach unijnych termin ten nie może być krótszy niż 10 dni, natomiast w postępowaniach krajowych – 5 dni. Dokumenty te mają być aktualne na dzień ich złożenia, aczkolwiek mają potwierdzać okoliczności wskazane w oświadczeniu wstępnym. Przykładowo, polisa OC ważna dopiero od dnia jej złożenia nie potwierdza, że wykonawca posiadał ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w dniu składania ofert.

W przypadku niezłożenia podmiotowego środka dowodowego zamawiający jest zobowiązany do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia go w wyznaczonym terminie. W przypadku gdy podmiotowy środek dowodowy jest niekompletny lub zawiera błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do uzupełnienia środka lub jego poprawienia w wyznaczonym przez siebie terminie. Złożone, poprawione lub uzupełnione podmiotowe środki dowodowe muszą być aktualne na dzień ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Art. 128 ust. 4 Pzp dopuszcza również możliwość żądania od wykonawcy wyjaśnienia treści podmiotowego środka dowodowego. Zgodnie z art. 128 ust. 5 Pzp zamawiający, który ma wątpliwości co do treści podmiotowego środka dowodowego może zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który posiada informacje lub dokumenty istotne w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. W praktyce przepis ten wykorzystywany bywa do wyjaśniania treści referencji lub innych dokumentów potwierdzających zrealizowanie robót budowlanych, dostaw lub usług. Adresatem takiego wezwania jest wówczas wystawca referencji lub innych dokumentów.

Obowiązek wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego nie zachodzi, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na złożenie, poprawienie lub uzupełnienie środka lub postępowanie podlega unieważnieniu.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Jeżeli zamawiający ma uzasadnione podstawy do uznania, że złożone podmiotowe środki dowodowe utraciły już aktualność, może w każdym czasie wezwać do złożenia środków aktualnych na dzień (ponownego) złożenia.

Zgodnie z art. 127 i 274 ust. Pzp zamawiający nie jest uprawniony do żądania od wykonawcy złożenia podmiotowego środka dowodowego, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, zwłaszcza rejestrów publicznych (np. KRS, CEIDG), o ile wykonawca wskazał w oświadczeniu wstępnym dane umożliwiające dostęp do tych środków. Art. 127 Pzp pozbawia również zamawiającego prawa do żądania od wykonawcy złożenia podmiotowego środka dowodowego, jeżeli jego treść odpowiada zakresowi JEDZ. Będzie to miało zastosowanie w przypadkach, w których zamawiający zobowiązał wykonawców do wypełnienia szczegółowej części IV formularza JEDZ, bez możliwości złożenia ogólnego oświadczenia zawartego w sekcji  $\alpha$  tej części.

Wykonawca może odmówić złożenia podmiotowego środka dowodowego na wezwanie zamawiającego wskazując, że taki środek zamawiający posiada i potwierdzając, że jest on prawidłowy i aktualny. Taka sytuacja może wystąpić, gdy podmiotowy środek dowodowy był złożony zamawiającemu we wcześniejszym postępowaniu lub nawet w tym samym postępowaniu (w innej jego części lub wraz z ofertą).

Ostatnią kwestią wymagającą omówienia są formy podmiotowych środków dowodowych. Wynikają one z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie<sup>71</sup>. Wymagana forma podmiotowego środka dowodowego uzależniona jest od tego, kto jest wystawcą danego dokumentu oraz w jakiej formie (postaci) ten dokument został pierwotnie wytworzony.

Podmiotowe środki dowodowe, które wytworzył wykonawca w postaci elektronicznej (np. wykaz robót budowlanych, wykaz dostaw, wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, wykaz narzędzi i urządzeń technicznych) składa się w postaci elektronicznej przy czym w postępowaniu krajowym opatruje podpisem zaufanym, osobistym albo kwalifikowanym wykonawcy, z kolei w postępowaniu unijnym – wyłącznie jego podpisem kwalifikowanym. Jeżeli wykonawca wytworzył podmiotowy środek dowodowy w formie pisemnej, jego złożenie musi być

---

<sup>71</sup> Dz. U. poz. 2452. Dalej jako rozporządzenie o dokumentach elektronicznych.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

poprzedzone wykonaniem odwzorowania cyfrowego tego dokumentu (np. zeskanowaniem) i potwierdzeniem zgodności tego odwzorowania z oryginałem dokonany przez złożenie podpisu kwalifikowanego (w postępowaniach unijnych) albo podpisu kwalifikowanego, zaufanego albo osobistego (w postępowaniach krajowych). Poświadczenia może dokonać również notariusz.

Jeżeli podmiotowe środki dowodowe wytworzył podmiot inny niż wykonawca w postaci elektronicznej (np. referencje, koncesje, zaświadczenia niezależnego podmiotu o wdrożeniu standardów zarządzania jakością lub zarządzania środowiskowego, raport firmy audytorskiej z badania sprawozdania finansowego, informacja banku lub SKOKu o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej, dokument potwierdzający ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej) wykonawca jest zobowiązany do przekazania zamawiającemu tego dokumentu elektronicznego. Natomiast gdy podmiot inny niż wykonawca wytworzył dokument w formie pisemnej, wykonawca składa odwzorowanie cyfrowe tego podmiotowego środka dowodowego potwierdzone za zgodność z papierowym oryginałem podpisem kwalifikowanym (w postępowaniach unijnych) albo podpisem kwalifikowanym, zaufanym albo osobistym (w postępowaniach krajowych) wykonawcy. Poświadczenia takiego może dokonać również notariusz.

## Metody niesamodzielnego wykazywania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu

Skoro warunki udziału w postępowaniu służą ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, to co do zasady wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien wykazać, że spełnia je samodzielnie. Ten podstawowy przypadek został omówiony w poprzedniej części niniejszego opracowania.

Wykonawca, który nie ma zdolności wystarczających do wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu nie musi rezygnować z ubiegania się o zamówienie publiczne. Prawo zamówień publicznych – zarówno krajowe jak i unijne – przyznaje mu uprawnienie do polegania na zdolnościach innych podmiotów. Podmioty te są nazywane przez ustawodawcę „podmiotami udostępniającymi zasoby”. W praktyce dość często używane jest określenie „podmioty trzecie”.

Zasadniczym celem udostępniania zasobów przez podmiot trzeci jest umożliwienie wykonawcy potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej<sup>72</sup>. Celem dodatkowym

---

<sup>72</sup> Wykonawca nie może polegać na uprawnieniach podmiotu trzeciego do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej ani jego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

może być wsparcie wykonawcy w realizacji zamówienia, aczkolwiek ten cel jedynie towarzyszy celowi zasadniczemu. Wykonawca samodzielnie spełniający warunki udziału w postępowaniu, któremu zależy jedynie na pomocy innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia, zaangażuje ten podmiot w charakterze podwykonawcy bez konieczności dowodzenia w toku postępowania, że polega na zdolnościach podmiotu trzeciego.

W trakcie postępowania wykonawca składa oświadczenie wstępne, w którym poświadcza, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wraz z tym oświadczeniem wykonawca składa oświadczenie wstępne podmiotu trzeciego o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby<sup>73</sup>. Ponadto, wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. Treść tego zobowiązania ma potwierdzać rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów jak również określać zakres udostępnionych zasobów, sposób i okres ich udostępnienia oraz zakres zaangażowania podmiotu trzeciego przy ewentualnej realizacji zamówienia<sup>74</sup>. Jeżeli oferta wykonawcy polegającego na zdolnościach podmiotu trzeciego zostanie najwyżej oceniona, zamawiający wezwie tego wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających prawdziwość oświadczeń wstępnych, w tym środków dowodowych dotyczących podmiotu udostępniającego swoje zasoby. W przypadku gdy złożone środki nie potwierdzą spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający, działając na podstawie art. 122 Pzp, wezwie wykonawcę do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem albo wykazania, że samodzielnie spełnia te warunki.

Co do zasady wykonawca, który polega na zdolnościach podmiotów trzecich musi wykazać, że będzie nimi dysponował, a więc będzie miał rzeczywisty dostęp do nich na etapie realizacji zamówienia. Nie jest jednak zobowiązany do wykorzystania tych zdolności w trakcie wykonywania zamówienia, co jest rozwiązaniem analogicznym względem przypadku samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę.

Wyjątkiem od tej zasady jest poleganie na zdolnościach podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub

---

<sup>73</sup> Art. 125 ust. 5 Pzp.

<sup>74</sup> Art. 118 ust. 3 i 4 Pzp.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

doświadczenia. Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp, „wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Jak widać, ustawodawca wprowadził tu obowiązek wykorzystania udostępnionych zdolności przy wykonywaniu zamówienia. W praktyce oznacza to, że wykonawca jest zobowiązany zaangażować podmiot trzeci udostępniający wskazane wyżej zdolności do wykonania części zamówienia w charakterze podwykonawcy<sup>75</sup>. Należy w tym miejscu dodać, że zgodnie z art. 462 ust. 7 Pzp zmiana lub rezygnacja z podwykonawcy, który w postępowaniu odgrywał rolę podmiotu trzeciego jest dopuszczalna pod warunkiem, że proponowany inny podwykonawca lub sam wykonawca posiada zdolności na poziomie wystarczającym do wykazania spełniania warunków obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przewidziane w art. 121 Pzp uprawnienie zamawiającego do zastrzeżenia osobistego obowiązku wykonania kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi bądź – w przypadku zamówień na dostawy – prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją może w istotny sposób wpłynąć na możliwość skorzystania przez wykonawcę z mechanizmu polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego. Jeżeli zamawiający wprowadzi do warunków zamówienia takie zastrzeżenie, wykonawca realizujący zamówienie nie będzie mógł polegać na podwykonawcach w zakresie, którego dotyczy zastrzeżenie. Tym samym ograniczy to prawo wykonawcy do polegania na wykształceniu, kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu podmiotu trzeciego wyłącznie do przypadków, w których zdolności te nie są niezbędne do wykonania usług lub robót budowlanych określonych przez zamawiającego jako kluczowe. Zważywszy na fakt, iż warunki dotyczące zdolności zawodowych lub technicznych zwykle dotyczą zdolności do wykonania świadczeń kluczowych dla całości zamówienia, zastrzeżenie obowiązku osobistego ich wykonania będzie prowadziło w rzeczywistości do amputowania prawa wykonawcy do polegania na zdolnościach podmiotów trzecich<sup>76</sup>.

Kolejnym mechanizmem prawa zamówień publicznych, który pozwala na niesamodzielne wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu jest **wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne**. Takie związki (grupy) wykonawców określane są w żargonie praktyków mianem „konsorcjum”, chociaż w rzeczywistości w grę wejdą różne

<sup>75</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *op.cit.*, s. 463.

<sup>76</sup> A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 395 i przywołane tam stanowisko Prezesa UZP.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

umowne konstrukcje regulujące współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne<sup>77</sup>.

Zasadniczym celem tworzenia konsorcjów jest wspólna realizacja zamówienia<sup>78</sup>. Ten wspólny cel gospodarczy motywuje wykonawców do zawiązania grupy, w ramach której następuje podział ról (w tym zadań realizacyjnych), repartycja kosztów, ryzyka i innych ciężarów związanych z wykonywaniem zamówienia<sup>79</sup>. Zawiązanie konsorcjum pozwala wykonawcom wspólnie wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trudno jednak uznać to za cel konsorcjum, a już na pewno – za cel główny. Konsorcja podejmują różnorodne działania zmierzające do osiągnięcia celu gospodarczego, którym jest wykonanie zamówienia publicznego. Wśród tych działań niewątpliwie duże znaczenie mają takie, które są związane z ubieganiem się o to zamówienie, ponieważ warunkują uzyskanie powodzenia przez konsorcjum. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wykazanie spełniania warunków udziału w tym postępowaniu może być postrzegane jako przejaw aktywności konsorcjum ukierunkowanej na jego zasadniczy cel, jednak nie powinno być utożsamiane z tym celem. To tłumaczy nierzadkie przypadki występowania konsorcjów (np. spółek cywilnych) w postępowaniach, w których zamawiający nie określił żadnego warunku udziału. Wykonawcy, którym nie przyświeca cel gospodarczy w postaci wspólnej realizacji zamówienia, a jedynie potrzeba zwiększenia swoich zdolności, nie tworzyliby konsorcjum jedynie po to, aby wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Każdy z nich skorzystałby z omówionej wcześniej możliwości polegania na zdolnościach podmiotów trzecich.

Nie zmienia to jednak faktu, iż w toku postępowania konsorcjum jest zobowiązane wykazać, że jego członkowie wspólnie spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zasadniczymi dokumentami potwierdzającymi, że konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu są: oświadczenie wstępne, składane przez każdego z konsorcjantów i potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu<sup>80</sup> oraz podmiotowe środki dowodowe, które – stosownie do

<sup>77</sup> M. Czerwiński, *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2020, s. 179 i n.

<sup>78</sup> W. Dzierżanowski i in., *op.cit.*, 229.

<sup>79</sup> L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997, s. 49-55.

<sup>80</sup> W postępowaniu krajowym, w którym zamawiający oczekuje złożenia ogólnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz w tych postępowaniach unijnych, w których wykonawca może ograniczyć się do wypełnienia sekcji  $\alpha$  części IV JEDZ, każdy z konsorcjantów składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, nawet gdy żaden z nich nie spełnia tych warunków w całości.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przyjętej w ramach konsorcjum konfiguracji<sup>81</sup> – dotyczą jednego z konsorcjantów, niektórych z nich albo wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są zobowiązani do złożenia wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia o podziale obowiązków realizacyjnych pomiędzy członków konsorcjum<sup>82</sup>. Ponadto, po wyborze oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej, zamawiający może żądać kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Jeżeli w toku badania oferty konsorcjum okaże się, że zdolności jednego z konsorcjantów są niewystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, konsorcjanci nie będą uprawnieni do zmiany, którą dopuszcza art. 122 Pzp w odniesieniu do wykonawcy polegającego na zdolnościach podmiotu trzeciego.

## Warunki udziału w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców dokonywana jest w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na etapie poprzedzającym jego rozstrzygnięcie<sup>83</sup>.

W przypadku postępowań o charakterze przetargowym powinna ona nastąpić przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Mechanizm kwalifikacji podmiotowej został dostosowany do konstrukcji postępowania przetargowego oraz negocjacyjno-przetargowego, w których występują oferty złożone przez konkurujących ze sobą wykonawców. Powstaje pytanie o to, w jaki sposób powinna być dokonywana kwalifikacja podmiotowa, w tym sprawdzenie, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający typuje wykonawcę, którego zaprasza do negocjacji, negocjuje z nim postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego a następnie udziela mu zamówienia. Cechami charakterystycznymi tego trybu są jego negocjacyjny charakter (a więc brak ofert) oraz udział tylko jednego wykonawcy<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> W grę wejdą przypadki, w których: co najmniej jeden z konsorcjantów spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu; poszczególni konsorcjanci spełniają poszczególne warunki; dany warunek (o ile jest „podzielny”) jest spełniany łącznie przez co najmniej dwóch konsorcjantów.

<sup>82</sup> Art. 117 ust. 4 Pzp.

<sup>83</sup> M. Falkowska, *Rzetelność i wiarygodność wykonawcy warunkiem ubiegania się o zamówienie*, „Prawo zamówień publicznych” nr 1/2019, s. 75.

<sup>84</sup> W. Dzierżanowski i in., *op.cit.*, s. 560.





### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zgodnie z art. 217 ust. 2 Pzp wykonawca składa oświadczenie wstępne oraz podmiotowe środki dowodowe nie później niż wraz z zawarciem umowy. Z kolei art. 217 ust. 3 Pzp pozwala zamawiającemu na odstąpienie od żądania od wykonawcy złożenia oświadczenia wstępnego. Przywołane przepisy mają zastosowanie wyłącznie w postępowaniach unijnych. Ich celem jest odformalizowanie postępowania poprzez brak określonego ustawowo terminu dokonania kwalifikacji wstępnej oraz umożliwienie rezygnacji z żądania JEDZ. Nieco odmiennie sformułowany został przepis art. 306 ust. 2 Pzp, który ma zastosowanie do postępowań krajowych. W takich postępowaniach zamawiający „może żądać” od wykonawcy złożenia oświadczenia wstępnego lub podmiotowych środków dowodowych „przed udzieleniem zamówienia”.

Przywołane przepisy dowodzą, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki kwalifikacja podmiotowa nie musi być dokonywana na podstawie oświadczenia wstępnego, natomiast zamawiający są zobowiązani żądać od wykonawców złożenia podmiotowych środków dowodowych jedynie w postępowaniach unijnych. Moment oraz sposób przeprowadzenia kwalifikacji podmiotowej wyznacza zamawiający, określając go w zaproszeniu wykonawcy do negocjacji. Należy bowiem uznać, że obowiązujące w danym postępowaniu warunki udziału wraz z zasadami kwalifikacji podmiotowej, w tym wykaz oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych oraz terminy ich składania stanowią „informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania”, które zamawiający powinien przekazać wykonawcy wraz z zaproszeniem go do negocjacji, co wynika z art. 217 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wyznaczając czas przeprowadzenia kwalifikacji podmiotowej wykonawcy musi uwzględnić treść art. 217 ust. 2 i art. 306 ust. 2 Pzp. Przepisy te określają najpóźniejszy moment („wraz z zawarciem umowy” oraz „przed udzieleniem zamówienia”), w którym wykonawca składa oświadczenie wstępne lub podmiotowe środki dowodowe. Chodzi przy tym o takie oświadczenie lub środki dowodowe, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, więc nawet jeżeli są one składane „wraz z zawarciem umowy”, zamawiający powinien powstrzymać się z udzieleniem zamówienia do czasu wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości co do ich formy lub treści. Względy praktyczne nakazują zatem wyznaczenie terminu na złożenie oświadczenia wstępnego lub podmiotowych środków dowodowych w taki sposób, aby zamawiający mógł zareagować stosownie do treści złożonych dokumentów, tj. wezwać do złożenia wyjaśnień lub do uzupełnienia braków, a nawet odmówić zawarcia umowy i unieważnić postępowanie.



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W trybie zamówienia z wolnej ręki oddzielenie kwalifikacji wstępnej od pełnej nie jest niezbędne. Co więcej, ustawodawca – o czym była mowa wyżej – dopuścił możliwość odstąpienia od żądania od wykonawcy oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, co oznacza, że zamawiający może całkowicie pominąć wstępną kwalifikację podmiotową. Nawet w przypadku, w którym zamawiający nie korzysta z tego proceduralnego udogodnienia, oświadczenie wstępne może być złożone przez wykonawcę wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi.

Nie ma jednak przeszkód, aby zamawiający ukształtował proces kwalifikacji podmiotowej na wzór postępowań przetargowych oraz negocjacyjno-przetargowych i nałożył na wykonawcę obowiązek złożenia oświadczenia wstępnego przy przystępowaniu do negocjacji, natomiast po ich zakończeniu zobowiązał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Takie rozwiązanie nieco skomplikuje postępowanie, lecz może zmniejszyć ryzyko wnikania się w negocjacje z wykonawcą, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia.

## Konsekwencje niewykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu

Obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Wprawdzie przepisy ustawy pozwalają mu uchronić się przed negatywnymi konsekwencjami niezłożenia oświadczenia wstępnego wraz z ofertą lub podmiotowego środka dowodowego na pierwsze wezwanie zamawiającego, jednak niezłożenie tych dokumentów w odpowiedzi na ponowne wezwanie do złożenia albo wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia lub złożenie ich po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu będzie skutkowało wyeliminowaniem wykonawcy z postępowania.

W poprzednio obowiązującym stanie prawnym następowało to poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania. Obecnie ustawa nie przewiduje takiej czynności w postępowaniu (choć ustawodawca posługuje się pojęciem podstaw wykluczenia z postępowania). Eliminacja wykonawcy następuje poprzez odrzucenie jego oferty. Podstawą prawną odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp. Z kolei uchybienie obowiązkowi złożenia oświadczenia wstępnego lub podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę odrzucenia oferty określoną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

Po stwierdzeniu, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, zamawiający wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych kolejnego wykonawcę, którego oferta jest najwyżej



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

oceniona. Procedura ta jest prowadzona do czasu, gdy wezwany wykonawca wykaże, że spełnia warunki udziału w postępowaniu albo gdy okaże się, że postępowanie podlega unieważnieniu<sup>85</sup>.

O odrzuceniu oferty wykonawcy zamawiający zawiadamia dopiero wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, o czym przesądza treść art. 253 ust. 1 Pzp. Warto zauważyć, że informacja o ofertach odrzuconych nie podlega publikacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania, na której publikuje się jedynie szczegółową informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z kolei art. 295 Pzp nie nakłada na zamawiającego, który unieważnia postępowanie obowiązku poinformowania wykonawców o odrzuceniu oferty. Wydaje się jednak, że zasady przejrzystości i jawności postępowania sprzeciwiają się pominięciu tak ważnej informacji w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania. Jest to szczególnie ważne, gdy odrzucenie oferty było jedną z okoliczności prowadzących do unieważnienia postępowania, co może mieć miejsce np. w postępowaniu, w którym złożono tylko jedną ofertę.

Z odrzuceniem oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu wiąże się jeszcze jedna, dodatkowa sankcja. Otóż w przypadku, gdy wykonawca został wezwany do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia wstępnego bądź podmiotowego środka dowodowego i mimo to, nie złożył tego oświadczenia lub środka, co uniemożliwiło wybór jego oferty, zamawiający jest zobowiązany do zatrzymania wadium, o ile żądał jego wniesienia. Art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, który ustanawia taki obowiązek będzie miał zastosowanie w sytuacjach, gdy warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób klarowny, nie pozostawiający pola do interpretacji. W takich postępowaniach wykonawcy mają możliwość (i obowiązek) dokonania precyzyjnej oceny, czy spełniają te warunki. Negatywna ocena powinna stanowić wystarczającą przyczynę dla powstrzymania się przed złożeniem oferty. Wykonawca, który mimo to składa swoją ofertę ryzykuje, że w toku kwalifikacji podmiotowej nie wykaże spełniania warunków, co spowoduje nie tylko odrzucenie jego oferty, ale także utratę wniesionego wadium.

Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu i w toku kwalifikacji podmiotowej okazało się, że wykonawca go nie spełnia, negocjacje powinny zostać zakończone a postępowanie unieważnione na podstawie art. 255 pkt 8 Pzp.

---

<sup>85</sup> M. Jaworska (red.), *op.cit.*, s. 391.