

Adam Mika

Uniwersytet Wrocławski
e-mail: adam.mika@uwr.edu.pl

STATUS WYKONAWCY W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W POLSCE

THE STATUS OF ECONOMIC OPERATOR IN PUBLIC PROCUREMENTS IN POLAND

DOI: 10.15611/pn.2017.497.12

Streszczenie: W artykule opisano status wykonawcy i jego rolę w procedurze udzielania zamówień publicznych w Polsce. Zawarte w nim rozważania skupiają się na zmiennym znaczeniu tego statusu w zależności od etapu postępowania i rodzaju trybu udzielenia zamówienia. Ponadto w artykule zostały przedstawione wybrane zdarzenia prowadzące do uzyskania i utraty przymiotu wykonawcy. Kwestia ta w dalszym ciągu sprawia bowiem wiele problemów na etapie stosowania prawa. Autor wyjaśnia też, dlaczego status wykonawcy ma istotne znaczenie w procedurze udzielania zamówień publicznych.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, wykonawca, oferta, udzielenie zamówienia publicznego, prawo administracyjne.

Summary: This article describes the status of economic operator and his/her role in public procurements in Poland. The considerations focus on variable understanding of the meaning of economic operator depending on the stage of specific proceeding and sort of procedure. In the article, the occurrences are introduced which cause the obtainment and loss of the status of economic operator. This issue still makes a lot of problems during the application of the Polish public procurements law. In the final section, the author indicates why above-mentioned status is so important to an award of the contract.

Keywords: public procurements, economic operator, tender, award of the contract, administrative regulations.

1. Wstęp

Wykonawca to kluczowy podmiot uczestniczący w realizacji zamówienia publicznego¹. To on bowiem ostatecznie odpowiada za prawidłowe wykonanie zamówionej dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Znajduje to odzwierciedlenie w licznych

¹ Zob. J. Niczyporuk, *Podmioty uczestniczące w realizacji zamówień publicznych*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 98.

przepisach Prawa zamówień publicznych², które zostały mu poświęcone. Utożsamienie pojęcia wykonawcy jedynie z podmiotem ostatecznie wybranym do wykonania zamówienia jest jednak sporym uproszczeniem. Nie oddaje bowiem konstrukcji procedury udzielenia zamówienia publicznego, która w początkowej fazie za wykonawcę uważa, co do zasady, każdego zgłaszającego chęć i możliwości jego realizacji. Status wykonawcy będzie zatem zmienny na różnych etapach postępowania. W głównej mierze jego uzyskanie, a następnie utrzymanie pozostaje zależne od zaangażowania samego zainteresowanego, jak również od weryfikacji jego potencjału i proponowanego sposobu spełnienia świadczenia. Wymóg permanentnej weryfikacji statusu wykonawcy nastrocza jednak licznych problemów uczestnikom postępowania. W konsekwencji omawiana problematyka nieprzerwanie rodzi spory i tym samym staje się tematem kolejnych wypowiedzi Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) lub Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, czego najlepszym przykładem jest najnowsze orzecznictwo³. W niektórych sprawach wykazanie przymiotu wykonawcy wręcz przesądziło o sposobie rozstrzygnięcia⁴. Mając to na uwadze, celem niniejszego opracowania jest podjęcie próby usystematyzowania okoliczności, które decydują o statusie wykonawcy w zależności od trybu udzielenia zamówienia, etapu postępowania, oraz wyjaśnienie, dlaczego status ten ma tak doniosłe znaczenie.

2. Wykonawca w rozumieniu Prawa zamówień publicznych

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Ustawa zawiera definicję legalną wykonawcy, która stanowi asumpt do kolejnych rozważań. Zgodnie z art. 2 pkt 11 Pzp „przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”. Analizując powyższą definicję, wyszczególnić można dwa elementy, które każdorazowo przesądzają o statusie wykonawcy. Pierwszym z nich jest posiadanie podmiotowości prawnej, która obejmuje zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Podmiot nieposiadający tych atrybutów nie zwiąże się cywilnoprawną umową, jaką niewątpliwie jest każde zamówienie publiczne (art. 2 pkt 13 Pzp). Będzie jeszcze o tym mowa w kolejnym podpunkcie. Drugi element to aktualny etap procedury zainicjowanej przez zamawiającego. Definicja wskazuje bowiem, że o przymiocie wykonawcy decyduje ubieganie się o zamówienie, złożenie oferty, wreszcie zawarcie umowy z zamawiającym. Wyszczególnione przez ustawodaw-

² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1579), dalej: Pzp lub Ustawa.

³ Zob. m.in. wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, sygn. C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358 oraz postanowienie KIO z dnia 24 października 2017 r., sygn. KIO 2145/17, cyt. za: S. Wikariak, *Jednak nie tak łatwo unieważnić przetarg*, 8 listopada 2017, Dziennik. Gazeta Prawna, nr 216, <http://www.legalis.pl> (8 listopada 2017).

⁴ Zob. wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r., sygn. KIO 2099/16, Legalis, nr 1544068.

cę zdarzenia pozostają ze sobą w związku przyczynowo-skutkowym. W pewnym modelowym uproszczeniu wykonawca, zanim zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego, wprawdzie musi złożyć ofertę, a jeszcze wcześniej uzewnętrznic wolę uczestnictwa w postępowaniu⁵. Jednocześnie definicja, wymieniając kolejne etapy procedury, nakazuje stałą aktualizację statusu wykonawcy. Gdyby zamiar ustawodawcy był inny, ten zabieg stałby się zbędny. Potwierdzają to także poszczególne przepisy Ustawy. Tym samym wykonawca uprawniony do wnioskowania o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na podstawie art. 38 Pzp to podmiot zainteresowany zamówieniem w początkowej fazie procedury. Z kolei przykładowo art. 90 Pzp dotyczy już tylko wykonawcy, który uprzednio złożył ofertę. Tylko w takim przypadku może on być bowiem wzywany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wreszcie wykonawcą żądającym wynagrodzenia w związku z rozwiązaniem umowy na podstawie art. 145b Pzp może być tylko ten uczestnik postępowania, któremu wcześniej powierzono realizację zamówienia. Krąg podmiotów uważanych zgodnie z ustawą za wykonawców jest więc każdorazowo determinowany przebiegiem procesu udzielenia zamówienia. Najczęściej też stopniowo się kurczy. Zgodzić należy się zatem, że definicja wykonawcy określona w art. 2 pkt 11 Pzp ma charakter dynamiczny⁶. Na marginesie warto zauważyć, że polski ustawodawca, posługując się jednolitym pojęciem „wykonawca” na określenie podmiotów zainteresowanych zamówieniem na różnych etapach postępowania, wybrał inny sposób definiowania wykonawcy niż chociażby ustawodawca europejski. Na gruncie obowiązujących dyrektyw klasycznej i sektorowej⁷ oprócz tego pojęcia wyszczególnia się dodatkowo „oferenta” i „kandydata”⁸.

3. Podmiotowość prawna wykonawcy

Jak wskazano powyżej, wykonawcą może być osoba fizyczna, prawna lub inna jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną. Osobą fizyczną będzie tutaj przede wszystkim podmiot prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą, choć należy zwrócić uwagę, że Ustawa wcale nie wymaga od wykonawcy legitymowania się

⁵ Zob. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Lex, 2014, komentarz do art. 2, teza 26.

⁶ Zob. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 58.

⁷ Odpowiednio: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/24/UE z dnia 26 lutego 2004 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.03.2004, s. 65) oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/25/UE z dnia 26 lutego 2004 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. L 94 z 28.03.2004, s. 243).

⁸ Zgodnie z dyrektywami klasyczną i sektorową „oferent” oznacza wykonawcę, który złożył ofertę, a „kandydat” oznacza wykonawcę, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w postępowaniu.

statusem przedsiębiorcy⁹. Osobami prawnymi zainteresowanymi uzyskaniem zamówienia publicznego są przeważnie spółki kapitałowe prawa handlowego, tj. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne. Nic nie stoi na przeszkodzie, by status wykonawcy uzyskały także spółdzielnie czy instytuty badawcze. Wreszcie innymi jednostkami organizacyjnymi, które nie posiadają osobowości prawnej, są w głównej mierze spółki osobowe, tj. jawna, partnerska, komandytowa i komandytowo-akcyjna. Zakres potencjalnych wykonawców został zatem określony szeroko. Mimo to wprowadza pewne ograniczenia, na które nie zawsze zwraca się należyta uwaga. Choć nie wynika to wprost z definicji ustawowej, wykonawcą nie może być jednostka organizacyjna gminy, np. samorządowy zakład budżetowy, i to zarówno w postępowaniach organizowanych przez macierzystą, jak i inną jednostkę samorządu terytorialnego. W pierwszym przypadku jest to pokłosiem braku odrębności prawnej od własnej gminy, co uniemożliwia udzielenie zamówienia publicznego, które, na co już zwrócono uwagę wcześniej, jest niczym innym jak umową. W drugim, barierą w równym stopniu jak brak zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych są ograniczenia zawarte w ustawie o gospodarce komunalnej¹⁰. Ustawa ta nie dopuszcza prowadzenia przez samorządowe zakłady budżetowe działalności poza sferą użyteczności publicznej. Odmienny pogląd zmierzałby do obejścia powszechnie obowiązujących przepisów prawa w tym zakresie¹¹. Rozwijając wątek, warto wskazać, że za wykonawcę nie może być uznana spółka cywilna¹². Zgodnie z art. 860 § 1 k.c. przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, działając w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Spółkę cywilną traktować zatem należy jedynie jako umowę zobowiązującą, na mocy której poszczególni wspólnicy formalizują wzajemną współpracę gospodarczą. Mając to na uwadze, to właśnie osoby, które taką spółkę tworzą, mogą stać się wykonawcami na gruncie Pzp. Z podobnych przyczyn za odrębnego wykonawcę nie można uznać konsorcjum¹³. Termin „konsorcjum” nie jest wprawdzie terminem ustawowym, niemniej jednak jego użycie do określenia grup wykonawców zostało powszechnie przyjęte¹⁴. Głównym motywem jego utworzenia jest łączenie środków i potencjałów, by spełniać wszystkie warunki udziału w postępowaniu i złożyć najbardziej konkurencyjną ofertę. W relacjach z zamawiającym konsorcjum jest obligatoryjnie reprezentowane przez pełnomocnika (lidera),

⁹ Zob. wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 21 lipca 2006 r., sygn. UZP/ZO/0-2103/06, Legalis, nr 80923.

¹⁰ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 827).

¹¹ Zob. wyrok KIO z dnia 28 października 2009 r., sygn. KIO/UZP 1313/09, Legalis, nr 183715.

¹² Zob. wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2016 r., sygn. KIO 420/16, Legalis, nr 1472543.

¹³ Zob. wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 25 września 2006 r., sygn. UZP/ZO/0-2481/06, Legalis, nr 1402644.

¹⁴ Zob. P. Wójcik, *Konsorcjum w przetargu publicznym, czyli razem można więcej*, 12 maja 2016, <http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl> (15 listopada 2017). Na ten temat piszą również: K. Błachut *et al.*, *Zamówienia publiczne ścieżki postępowania*, Wrocław 2013, s. 95 i n.

który upoważniony jest również w imieniu wszystkich członków do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 2 Pzp). Powyższe nie zmienia jednak faktu, że to poszczególni założyciele konsorcjum uzyskują status wykonawców, a warunki wzajemnej współpracy regulują odrębną umową (art. 23 ust. 4 Pzp). Co do zasady, wykonawcą nie będzie także nabywca przedsiębiorstwa wykonawcy¹⁵. Nie ma bowiem przeszkód, by dany przedsiębiorca kontynuował prowadzenie działalności gospodarczej mimo zbycia przedsiębiorstwa innemu podmiotowi. Złożenie oferty wskazuje na wolę dalszego funkcjonowania w konkretnym postępowaniu i przesądza o kwalifikacji jako wykonawcy. Warto też pamiętać, że osoby prawne powiązane ze sobą stosunkiem zależności na gruncie Pzp będą zawsze traktowane jako odrębne podmioty¹⁶. Jeżeli więc zamawiający przewidział dwa warunki udziału w postępowaniu, a spółka X spełnia jedynie pierwszy z nich, nie uzyska ona zamówienia. Nie zmienia tego fakt, że spółka X posiada 100% udziałów w spółce Y, która spełnia warunek udziału nr 2. Aby skutecznie rywalizować o dane zamówienie, spółki te powinny razem przystąpić do postępowania, tworząc konsorcjum.

4. Status wykonawcy a tryb udzielenia zamówienia

O uzyskaniu i utracie statusu wykonawcy w dużej mierze decydować będzie tryb udzielenia zamówienia. Zamknięty katalog trybów został przewidziany w art. 10 Pzp. W pierwszej kolejności są to tryby przetargowe, tj. przetarg nieograniczony i ograniczony – nazwane przez ustawodawcę podstawowymi z uwagi na możliwość ich zastosowania bez wystąpienia dodatkowych przesłanek¹⁷. Pozostałe tryby to negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, partnerstwo innowacyjne oraz licytacja elektroniczna. Wybór jednego z nich nastąpić może jedynie w ściśle przewidzianych w Ustawie sytuacjach¹⁸.

Przetarg nieograniczony to tryb, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (art. 39 Pzp). Istotą przetargu nieograniczonego jest prawo do złożenia oferty przez nieograniczony krąg podmiotów¹⁹. Uzyskanie statusu wykonawcy zależy zatem wyłącznie od podmiotu zainteresowanego zamówieniem. Wystarczy, że zamiar swój zmanifestuje przez pobranie SIWZ ze strony internetowej zamawiającego, co zgodnie z art. 42 Pzp powinno być możliwe od chwili zamieszczenia ogłoszenia o za-

¹⁵ Zob. postanowienie KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. KIO/UZP 244/08, Legalis, nr 292333.

¹⁶ Zob. wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 17 kwietnia 2007 r., sygn. UZP/ZO/0-403/07, Legalis, nr 85514.

¹⁷ Dotyczy to tzw. zamówień „klasycznych”.

¹⁸ Zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis/el., komentarz do art. 10, teza 5.

¹⁹ Zob. J. Sadowy, *Charakterystyka trybów udzielania zamówień publicznych oraz dopuszczalności ich stosowania*, [w:] J. Sadowy (red.), *op. cit.*, s. 181.

mówieniu w odpowiednim publikatorze. Przetarg nieograniczony można uznać za tryb prosty pod tym względem, że nie przewiduje wieloetapowości postępowania. Po wszczęciu procedury pierwszym momentem, w którym *de facto* może nastąpić utrata statusu wykonawcy, jest termin na złożenie ofert. Ten podmiot, który oferty nie złoży, wyeliminuje się z dalszego udziału w postępowaniu. Z kolei wykonawcy, którzy oferty przedstawili, jeżeli tylko nie zostaną wcześniej wykluczeni albo ich oferty nie zostaną odrzucone, zachowają swój status aż do podpisania przez zamawiającego umowy ze zwycięzcą przetargu. Uczestnik, któremu udzielono zamówienia, pozostanie wykonawcą także na etapie realizacji.

W porównaniu z trybem opisanym powyżej przetarg ograniczony zawiera dodatkowy etap procedury, polegający na możliwości dopuszczenia do składania ofert tylko niektórych zainteresowanych. Uznać można, że uzyskanie statusu wykonawcy następuje w chwili przekazania zamawiającemu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Badanie wniosków ma na celu zweryfikowanie warunków podmiotowych, a więc zdolności wykonawców do wykonania zamówienia. Etap ten może zakończyć się zakwalifikowaniem wykonawcy do dalszej części procedury albo jego wyeliminowaniem. Brak kwalifikacji nastąpi zarówno dlatego, że wykonawca nie spełnia wymaganych warunków udziału w postępowaniu, jak i wtedy, gdy inni wykonawcy lepiej poradzą sobie z kryteriami selekcji, tym samym znajdują się wyżej na liście rankingowej i zajmą wszystkie premiowane miejsca. Brak zaproszenia do złożenia oferty pozbawi statusu wykonawcy²⁰. Następny etap dotyczący złożenia ofert przebiega podobnie jak w przetargu nieograniczonym. Brak jej przekazania zamawiającemu w wyznaczonym terminie również eliminuje wykonawcę z przetargu. Ten, który ofertę jednak złoży, zachowa swój status aż do końcowego rozstrzygnięcia, a w przypadku zwycięstwa także na etapie realizacji umowy.

Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 54 Pzp). W tym przypadku, podobnie jak w przetargu ograniczonym, każdy zainteresowany może zgłosić swój akces do postępowania, składając wniosek o dopuszczenie do udziału. Temu, kto przejdzie ten etap weryfikacji, dalej przysługiwał będzie status wykonawcy. W porównaniu z poprzednio omówionymi trybami swoiste *novum* stanowią dalsze etapy procedury, a więc możliwość złożenia ofert wstępnych (niezawierających jeszcze ceny) oraz prowadzenie rokowań z zamawiającym. Zarówno niezłożenie oferty wstępnej, jak i nieprzystąpienie do negocjacji pozbawia statusu wykonawcy. Dalsze etapy związane z wyborem oferty i podpisaniem umowy przebiegają podobnie jak w trybach podstawowych.

²⁰ Formalnie następuje to w drodze wykluczenia takiego wykonawcy. Podobnie uregulowano w trybach negocjacyjnych kwestię niezaproszenia do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp).

Bardzo zbliżone do negocjacji z ogłoszeniem pod względem poszczególnych etapów postępowania jest partnerstwo innowacyjne, a więc nowy tryb dodany do Ustawy wskutek dużej nowelizacji z 2016 r.²¹, którego przedmiotem jest opracowanie innowacyjnego produktu, usług lub robót budowlanych niedostępnych na rynku oraz ich sprzedaż. W tym przypadku również występuje możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie przez każdego zainteresowanego, zaproszenie wybranych wykonawców do składania ofert wstępnych, negocjacje oraz etap składania ofert ostatecznych. Uwagi dotyczące statusu wykonawcy poruszone przy omawianiu negocjacji z ogłoszeniem pozostają zatem w pełni aktualne.

Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. W tym przypadku uzyskanie statusu wykonawcy również następuje przez złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Pozbawia go z kolei brak zaproszenia przez zamawiającego do dialogu, niepodjęcie tego dialogu przez wykonawcę, brak złożenia oferty, wreszcie podpisanie umowy z innym wykonawcą.

Licytacja elektroniczna jest kolejnym trybem wymagającym publicznego ogłoszenia. Charakteryzuje się tym, że oferty (przystąpienia) składa się w formie elektronicznej, może ich być więcej niż jedna od tego samego wykonawcy, a jedynym kryterium wyboru zwycięskiej oferty jest cena. Tryb ten nie ma też zastosowania do tzw. zamówień nadprogowych²². Podmiot zainteresowany udziałem w postępowaniu staje się wykonawcą po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału. Inaczej jednak niż w przetargu ograniczonym zamawiający nie może w tym przypadku narzucić maksymalnej liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert. Licytacja może mieć także strukturę jednoetapową lub wieloetapową. Druga z wymienionych opcji daje zamawiającemu możliwość niezakwalifikowania do kolejnego etapu wykonawcy, który np. w przystąpieniu zażądał najwyższej ceny. Brak promocji do dalszej fazy licytacji nie oznacza *a limine* utraty statusu wykonawcy²³. W praktyce wiąże się jednak z pozbawieniem szans na uzyskanie zamówienia.

Powyższej omówione tryby mają niewątpliwie istotną cechę wspólną. Wszystkie one umożliwiają uzyskanie statusu wykonawcy w drodze własnego działania zainteresowanego zamówieniem. Każdy taki podmiot może zatem swobodnie w odpowiedzi na ogłoszenie zgłosić swój akces do procedury. Ustawa przewiduje jednak tryby, które od samego początku ograniczają prowadzenie postępowania jedynie do wybranych wykonawców. Są to negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki oraz zapytanie o cenę.

²¹ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016, poz. 1020).

²² Chodzi o kwoty wartości zamówień, o których mowa w art. 11 ust. 8 Pzp.

²³ Zob. I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Lex/el., 2017, komentarz do art. 79.

Negocjacje bez ogłoszenia to taki tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert, przy czym nie może być ich mniej niż trzy (art. 61 i 63 ust. 3 Pzp). W tym przypadku to zamawiający decyduje, do kogo wyśle zaproszenie, wyznaczając tym samym krąg wykonawców. Podmiot przez niego niezaproszony nie uzyska więc statusu wykonawcy i nie będzie mógł skutecznie złożyć oferty w postępowaniu. Wykonawca, który z kolei zaproszenie otrzymał, wyeliminuje się z postępowania, nie przystępując do rokowań bądź nie składając oferty. Ostatecznie realizacja dostawy, usługi lub roboty budowlanej przypadnie temu podmiotowi, który zwiąże się umową z zamawiającym.

Jedynym niekonkurencyjnym trybem przewidzianym przez Ustawę jest zamówienie z wolnej ręki, co jednak w żadnym razie nie wpływa na obowiązek przeprowadzenia transparentnego postępowania²⁴. W tym przypadku zamawiający zaprasza do negocjacji tylko jednego wybranego przez siebie wykonawcę. Co istotne, zamówienie jest udzielone jedynie po przeprowadzeniu negocjacji odnośnie do warunków wykonania umowy. Wykonawca nie musi zatem przygotowywać oferty. Zaproszony do negocjacji uczestnik postępowania utraci swój status po prostu wtedy, gdy do nich nie przystąpi. Z uwagi na specyfikę omawianego trybu nie ma także możliwości podpisania umowy z innym podmiotem. Fiasko podczas rokowań zakończy się więc nieudzieleniem zamówienia.

Ostatnim trybem pozostałym do omówienia jest zapytanie o cenę. Jest on stosowany w przypadku zakupów towarów i usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych, gdzie podobnie jak w licytacji elektronicznej jedynym kryterium wyboru ofert jest cena. Zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert. O uzyskaniu statusu wykonawcy zadecyduje zatem zaproszenie do złożenia oferty. Pozbawi go z kolei brak jej złożenia albo podpisanie przez zamawiającego umowy z konkurentem.

5. Wybrane przypadki utraty statusu wykonawcy

Nie tylko tryb postępowania i jego złożoność może decydować o utracie statusu wykonawcy. Duże znaczenie w tym zakresie należy również przypisać instytucjom wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, które co do zasady mają charakter uniwersalny²⁵. Wykluczenie stanowi jeden z elementów podmiotowej weryfikacji uczestników postępowania²⁶. Ma zapobiec udzieleniu zamówienia podmiotowi, któ-

²⁴ Zob. J. Pawelec (red.), *Zamówienia na roboty budowlane, usługi, dostawy w systemie in-house*, Warszawa 2016, s. 121.

²⁵ Wyjątek stanowi zamówienie z wolnej ręki, gdzie wykonawca nie składa oferty, w konsekwencji nie można jej odrzucić.

²⁶ Zob. M. Jaworska *et al.*, *Prawo zamówień publicznych*, Legalis/el. 2017, komentarz do art. 24, lit. A.

ry z wymienionych przez ustawodawcę przyczyn nie jest uznawany za odpowiedni do jego realizacji. Wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie w przypadkach wyszczególnionych w art. 24 Pzp, które tworzą katalog *numerus clausus*. Przesłanki wykluczenia zostały ponadto podzielone w Ustawie na obligatoryjne (ustęp 1) i fakultatywne (ustęp 5). Wystąpienie którejkolwiek przesłanki obligatoryjnej zawsze wiąże się z koniecznością wykluczenia zainteresowanego zamówieniem z postępowania. Przykładowo może to być prawomocne skazanie za przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów (270 k.k. i n.). Przesłanki fakultatywne wykluczenia będą miały znaczenie wtedy, gdy zamawiający uwzględni je w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji. Jednocześnie, jeśli któraś z nich zostanie przewidziana, jej wystąpienie będzie w toku postępowania przekładać się na obowiązek wykluczenia²⁷. Przykładowo może to być ogłoszenie upadłości lub likwidacji wykonawcy. Za szczególny przypadek skutkujący wykluczeniem wykonawcy uznać można niespełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Ustalenie tych warunków leży w gestii zamawiającego i nie musi mieć miejsca w każdej procedurze. Są to dodatkowe kryteria kwalifikacji, które mają gwarantować posiadanie przez wykonawcę odpowiedniego zaplecza organizacyjnego, w konsekwencji zapewnić prawidłową realizację przedmiotu zamówienia²⁸. Mogą one odnosić się zarówno do kompetencji i uprawnień dotyczących działalności zawodowej (np. potwierdzonych odpowiednią licencją), sytuacji ekonomicznej i finansowej (np. posiadanie zdolności kredytowej na określonym poziomie) oraz zdolności technicznej lub zawodowej (np. dysponowanie specjalistycznym sprzętem lub personelem). O czym należy pamiętać, warunki udziału nie mogą być dowolnie narzucone przez zamawiającego. Powinny być zawsze proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i z nim związane²⁹.

Odrzucenie oferty jest z kolei wynikiem jej negatywnej oceny przez zamawiającego i oznacza, że badana oferta pozostaje niezgodna z Ustawą albo nie odpowiada warunkom przedmiotowym ustalonym w SIWZ lub innym przesłankom enumeratywnie przewidzianym w art. 89 ust. 1 Pzp³⁰. Przesłanki te wiążą zamawiającego. Jeżeli wystąpi chociażby jedna z nich, będzie on zobligowany do podjęcia takiej czynności. Wykluczenie (odrzućenie oferty) za każdym razem spowoduje wyeliminowanie wykonawcy z danego postępowania. Nie nastąpi to jednak automatycznie wraz z otrzymaniem od zamawiającego powiadomienia o dokonaniu tej czynności,

²⁷ Zob. I. Skubiszak-Kalinowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *op. cit.*, komentarz do art. 24, teza 6.

²⁸ Zob. Urząd Zamówień Publicznych, *Opinie prawne dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji*, Warszawa 2016, s. 19. Na ten temat piszą również: A. Stawicki *et al.*, *Przewodnik po procedurach udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2006, s. 88-89.

²⁹ Zob. wyrok NSA z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. II GSK 5280/16, Legalis, nr 1599489; tak również m.in.: wyrok KIO z dnia 14 marca 2017 r., sygn. KIO 371/17, Legalis, nr 1581098; wyrok KIO z dnia 22 lutego 2017 r., sygn. KIO 245/17, Legalis, nr 1580836.

³⁰ Zob. P. Granecki, *op. cit.*, s. 821.

lecz dopiero w wyniku wyczerpania lub nieskorzystania z przewidzianych przez Ustawę środków zaskarżenia. Z drugiej strony warto pamiętać, że wykluczenie lub odrzucenie jest czynnością leżącą w gestii zamawiającego. Jeżeli zatem KIO w wyniku wniesionego odwołania nakaże następnie wykluczyć danego wykonawcę (odrzuć jego ofertę), dopóki zamawiający faktycznie tego nie uczyni, dopóty wykonawca zachowuje swój status³¹. Szczególny przypadek utraty przymiotu wykonawcy w trakcie trwania postępowania może wystąpić w wyniku upływu terminu związania ofertą, kiedy to wykonawca w porę tego terminu nie przedłuży. Wówczas będzie traktowany jako podmiot, który utracił zainteresowanie danym zamówieniem ze wszystkimi związanymi z tym konsekwencjami³².

6. Doniosłość statusu wykonawcy

Status wykonawcy ma niebagatelne znaczenie w procedurze udzielenia zamówienia publicznego. Po pierwsze, nie będąc wykonawcą, nie można takiego zamówienia w żadnym razie uzyskać. Jest to szczególnie widoczne w takich trybach, jak negocjacje bez ogłoszenia czy zamówienie z wolnej ręki. Podmiot kwestionujący zasadność wyboru takiego trybu przez zamawiającego w danej procedurze może co najwyżej doprowadzić do unieważnienia postępowania lub umowy³³. Sam jednak zamówienia nie uzyska. Po drugie, „aktywny” status wykonawcy umożliwia stałą kontrolę prawidłowości udzielenia zamówienia. Wykonawca jest powiadamiany o poszczególnych czynnościach podjętych przez zamawiającego, które może na bieżąco weryfikować. Dzięki temu jest w stanie skutecznie reagować na wcale nierzadko spotykane zachowania patologiczne, takie jak np. dzielenie zamówienia na części dla zmniejszenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia czy manipulowanie kryteriami oceny ofert³⁴. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości jest uprawniony m.in. do poinformowania o tym gospodarza procedury albo do wniesienia środka zaskarżenia. Po trzecie, tylko „aktywny” wykonawca (nie licząc zamawiającego) może mieć realny wpływ na ostateczny kształt przedmiotu zamówienia. Wnosząc np. o wyjaśnienie treści SIWZ, może doprowadzić do doprecyzowania, a nawet zmiany tego dokumentu przez zamawiającego. Ponadto, w zależności od trybu udzielenia zamówienia, wykonawca może w różnym stopniu oddziaływać na ostateczny kształt umowy na dostawę, usługę lub robotę budowlaną. Co prawda, jego wpływ w tym zakresie będzie ograniczony w procedurach przetargowych, ulegnie

³¹ Zob. wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 500/10, Legalis, nr 258387.

³² Zob. postanowienie KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. KIO 2288/13, Legalis, nr 762498.

³³ Zob. M. Śledziwska (red.), *Proces udzielania zamówień publicznych po nowelizacji Prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2017, s. 578.

³⁴ Zob. J. Gola, *Kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako instrument zapobiegania korupcji w administracji publicznej*, [w:] T. Kocowski, J. Sadowy (red.), *Kontrola zamówień publicznych*, Wrocław 2013, s. 136-137.

jednak zwiększeniu w trybach negocjacyjnych³⁵, nie wspominając już o zamówieniu z wolnej ręki. Przymiot wykonawcy może mieć wpływ także na poboczne kwestie, takie jak chociażby wyłączenie osób wykonujących czynności w postępowaniu.

7. Zakończenie

Analiza, komu dokładnie przysługuje status wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie nierzadko zabiegiem skomplikowanym. Każdorazowo wymaga bowiem uwzględnienia trybu i etapu, na którym postępowanie to się znajduje, jak również działań podejmowanych przez zamawiającego. Nie bez znaczenia jest też zachowanie podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia wyrażone np. przez wycofanie oferty lub przedłużenie okresu związania się z nią. Zmienny status wykonawcy jest konsekwencją specyfiki udzielania zamówień publicznych. Przyznanie tego statusu możliwie szerokiej grupie podmiotów w początkowej fazie postępowania czyni zadość wymogom zapewnienia bezstronności i powszechności w dostępie do niego. Ograniczanie kręgu wykonawców na dalszych etapach wynika z kolei z ciągle obecnego wysokiego formalizmu procedury i dążenia do wyboru (z punktu widzenia zamawiającego) najlepszej oferty lub zawarcia najkorzystniejszej umowy. Posiadanie statusu wykonawcy pozwala odgrywać ważną rolę w postępowaniu i wpływać na cały jego przebieg. Mając to na uwadze, weryfikacja tego statusu na każdym etapie procedury udzielenia zamówienia jest jednym z ważniejszych obowiązków jej uczestników.

Literatura

- Błachut K., Rybka I., Rybka J., Sługocki M., 2013, *Zamówienia publiczne ścieżki postępowania*, Wrocław.
- Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., 2014, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, komentarz do art. 2, teza 26.
- Gola J., 2013, *Kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako instrument zapobiegania korupcji w administracji publicznej*, [w:] T. Kocowski, J. Sadowy (red.), *Kontrola zamówień publicznych*, Wrocław.
- Granecki P., 2016, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa.
- Jaworska M., Grześkowiak-Stojek D., Jarnicka J., Matusiak A., *Prawo zamówień publicznych*, Legalis, 2017, komentarz do art. 24, lit. A.
- Niczyporuk J., 2013, *Podmioty uczestniczące w realizacji zamówień publicznych*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa.
- Pawelec J. (red.), 2016, *Zamówienia na roboty budowlane, usługi, dostawy w systemie in-house*, Warszawa.
- Pieróg J., 2017, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa, Legalis, komentarz do art. 10, teza 5.

³⁵ Zob. K. Wińska-Różewicz, *Rola wykonawcy jako podmiotu kontrolującego prawidłowość udzielenia zamówienia*, [w:] *ibidem*, s.169.

- Sadowy J., 2013, *Charakterystyka trybów udzielania zamówień publicznych oraz dopuszczalności ich stosowania*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa.
- Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., 2017, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, komentarz do art. 79.
- Stawicki A., Roliński J., Baehr J., Kwieciński T., 2006, *Przewodnik po procedurach udzielania zamówień publicznych*, Warszawa.
- Śledziwska M. (red.), 2017, *Proces udzielania zamówień publicznych po nowelizacji Prawa zamówień publicznych*, Warszawa.
- Wikariak S., 2017, *Jednak nie tak łatwo unieważnić przetarg*, Dziennik. Gazeta Prawna, nr 216, <http://www.legalis.pl>.
- Wińska-Różewicz K., 2013, *Rola wykonawcy jako podmiotu kontrolującego prawidłowość udzielenia zamówienia*, [w:] T. Kocowski, J. Sadowy (red.), *Kontrola zamówień publicznych*, Wrocław.
- Wójcik P., 2016, *Konsorcjum w przetargu publicznym, czyli razem można więcej*, 12 maja, <http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl>.