

WACŁAWA STARZYŃSKA

e-mail: wacstar@uni.lodz.pl

*Warunki udziału w postępowaniu  
i sposób ich spełnienia przez wykonawców  
a zasada uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych*

Participation criteria and models of their fulfilment by suppliers and principle of fair competition in the public procurement

**Słowa kluczowe:** racjonalne wydatkowanie środków publicznych, konkurencyjność rynku zamówień publicznych, ryzyko wyboru niezetelnego wykonawcy

**Keywords:** rational expenses of public sector, competitiveness of public procurement, risks of choice of unreliable supplier

## **Wstęp**

P. Samuelson, twórca teorii dóbr publicznych, uważa, że niezbędne wydatki publiczne określone są przez dobra publiczne i dobra pożądane, które mają na celu zaspokajanie potrzeb społecznych [Samuelson, 1954, s. 387].

Obowiązujące w Polsce od 2004 r. Prawo zamówień publicznych respektuje zasady oszczędnego oraz celowego wydatkowania środków publicznych [Prawo zamówień publicznych, 2004]. Jednak niejednokrotnie zdarza się, że postępowanie o zamówienie publiczne realizowane przez podmiot zamawiający prowadzi do nieprawidłowości lub wręcz patologii.

Celem niniejszego artykułu jest ocena funkcjonowania systemu zamówień publicznych w obszarze czynności zamawiającego związanych z przygotowaniem postępowania, a dotyczących ważnego elementu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakimi są kryteria podmiotowe, czyli warunki, jakie powinien spełniać

wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w świetle obowiązujących przepisów i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Celem ustawodawcy w zakresie czynności zamawiającego związanych z precyzyjnym określeniem wymagań stawianych wykonawcom jest z jednej strony minimalizowanie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do należytego wykonania zamówienia, a z drugiej nieutrudnianie ubiegania się o zamówienie żadnemu zainteresowanemu wykonawcy. Te pozornie sprzeczne cele często prowadzą do nieporozumień i nadużywania środków ochrony prawnej, w tym odwołań przez wykonawców, którzy nie są w stanie spełnić stawianych przez zamawiających wymagań.

### **1. Prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne a obszary nieprawidłowych czynności podmiotów zamawiających**

Zamówienia publiczne, z założenia stanowiące płaszczyznę transferu publicznych środków finansowych do podmiotów prywatnych, są szczególnie narażone na zjawiska o charakterze patologicznym. Dotyczy to działań wynikających z braku wystarczającej wiedzy uczestników procedur zamówieniowych oraz celowych naruszeń prawa związanych z uzyskiwaniem korzyści majątkowych. Zjawisko to odnosi się zarówno do wykonawców, jak i zamawiających. Ryzyko manipulacji prawnych jest nieuniknione i wynika z niedoskonałości języka naturalnego, w którym są formułowane akty prawne. Daje to możliwość poruszania się na granicy prawa, w przestrzeni, która nie została jednoznacznie określona i jest różnie interpretowana. Obok subtelnego wykorzystania ułomności przepisów, luk prawnych może także nastąpić rażące naruszenie prawa, w różnym stopniu ukryte wśród czynności zamawiającego lub wykonawcy. Ze względu na konieczność wykonywania przez zamawiającego wielu czynności wstępnych przed uruchomieniem procedury do większości działań mogących prowadzić do omińnięcia przepisów prawnych zamawiający może przystąpić na długo przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu. W związku z powyższym łatwo określić podmiot, od którego powinna wyjść inicjatywa przeprowadzenia nieformalnych działań na linii wykonawca–zamawiający mająca charakter korupcyjny. W przypadku zamówień, które się powtarzają, inicjatywa może wyjść od wykonawcy. Jeżeli mają one charakter incydentalny, ewentualne kroki korupcyjne musi podjąć zamawiający, ponieważ żaden inny uczestnik potencjalnej procedury do chwili ogłoszenia o zamówieniu nie ma wiedzy o istnieniu zamówienia. Oczywiście nie można wykluczyć możliwości niewłaściwego prowadzenia procedury w późniejszych jej etapach.

Potencjalne nielegalne czynności podmiotu udzielającego zamówień publicznych mogą występować:

- 1) w fazie przygotowania procedury i dotyczyć:
  - a) warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu ich spełnienia;
  - b) opisu przedmiotu zamówienia:

- i. niewłaściwej interpretacji przesłanek koniecznych do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- ii. możliwości składania ofert częściowych, wydzielenia pakietów,
- iii. pozacenowych kryteriów oceny ofert,
- c) sposobu oszacowania wartości zamówienia i uruchomienia postępowania w procedurze uproszczonej;
- d) związania zamawiającego z wykonawcą prawami autorskimi w celu umożliwienia zastosowania trybu z wolnej ręki;
- e) manipulacji maksymalną wartością, jaką może przeznaczyć zamawiający na realizację zadania;
- f) skrócenia czasu prowadzenia procedury nieadekwatnie do możliwości przygotowania oferty (ograniczenie kręgu wykonawców);
- 2) w trakcie prowadzenia procedury i dotyczyć:
  - a) wyjaśnienia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacji treści w celu „ustawienia zamówienia” pod konkretnego wykonawcę;
  - b) zmów przetargowych;
- 3) po udzieleniu zamówienia, w toku realizacji i dotyczyć:
  - a) akceptacji zrealizowania zamówienia w sposób niepełny lub niewłaściwy – produkt niepełnowartościowy;
  - b) wywierania presji na wykonawcę poprzez wstrzymywanie płatności i zawyżenie wymogów w zakresie sposobu realizacji zamówienia, jakości dostawy;
  - c) rażąco niskiej ceny;
  - d) unieważnienia zamówień publicznych z winy wykonawców.

Zaprezentowany katalog możliwości związanych z łamaniem prawa nie jest kompletny. Corocznie służby państwowe informują o występowaniu nieprawidłowości w systemie zamówień publicznych. Działania kontrolne i analiza uchybień dają możliwość uszczelnienia systemu poprzez modyfikację aktów prawnych.

## **2. Warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne i sposoby ich spełnienia w Prawie zamówień publicznych**

Przez warunki udziału w postępowaniu należy rozumieć nie tylko te określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, ale również w art. 24 ust. 1. Z reguły zamawiającemu trudności przysparza określenie pierwszej grupy, którą to właśnie, w zależności od specyfiki i złożoności przedmiotu zamówienia, ma obowiązek doprecyzować. Chodzi tutaj w szczególności o:

- posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- posiadanie wiedzy i doświadczenia;

- dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania;
- sytuację ekonomiczną i finansową.

Opis warunków udziału w postępowaniu powinien być adekwatny do stawianego przez podmiot zamawiający celu. Chodzi o to, aby nastąpił wybór takiego podmiotu, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jeżeli zachodzi potrzeba, to zamawiający może skorzystać z uprawnienia sformułowania i doprecyzowania warunków, o których mowa w art. 22 ust. pkt 2 i 3 Pzp.

Drugą grupę warunków udziału w postępowaniu określa się jako przesłanki do wykluczenia nierzetelnego wykonawcy.

Artykuł 24 ust. 1, pkt 1 zakłada, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można wykluczyć „wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania”.

### **3. Spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy udziale zasobów podmiotów trzecich w ustawodawstwie polskim i dyrektywach UE**

Jedną z ważniejszych zmian dokonanych w ustawie Prawo zamówień publicznych nowelizacją z 5 listopada 2009 roku było wprowadzenie możliwości korzystania przez wykonawców z zasobów innych podmiotów już na etapie wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp: „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”.

Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż dopuszcza on, aby wykonawca przy wykazywaniu spełnienia warunków polegał na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań. W art. 48 ust. 3 dyrektywa klasyczna wskazuje, iż wykonawca, który sam nie ma odpowiednich predyspozycji lub kompetencji, może polegać na potencjale podmiotów trzecich. Zgodnie ze zdaniem drugim cytowanego przepisu dyrektywy „musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,

na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów”. Odzwierciedleniem cytowanego artykułu dyrektywy na gruncie Pzp jest właśnie art. 26 ust. 2 b ustawy, w którym dodano jeszcze zwrot „na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. Z analizy przepisów dyrektywy oraz implementujących je przepisów Pzp, a szczególnie art. 26 ust. 2b, wynika, iż celem wprowadzenia warunków udziału w postępowaniu, opisu i żądanych dokumentów nie jest wyłącznie ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, ale przede wszystkim ocena spełnienia warunków pod kątem zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego [Adamowicz, Sadowy, 2012].

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp wymienia następujące obszary, w których zakresie wykonawca może powołać się na potencjał podmiotów trzecich: wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowe, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Jak zatem widać, możliwość opierania się na potencjale podmiotów trzecich nie obejmuje wszystkich warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 Pzp. Z treści art. 26 ust. 2b wynika, iż pominięte zostały zapisy dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz odnoszące się do potencjału ekonomicznego. O ile warunek podany w art. 22 ust. 1 Pzp jest jasny, to wątpliwości budzi możliwość powołania się przez wykonawcę na potencjał ekonomiczny innego podmiotu. Rezygnacja przez ustawodawcę z bezpośredniego uregulowania tej kwestii w art. 26 ust. 2b wydaje się niezrozumiała, szczególnie że ten przepis miał wprowadzić do krajowego porządku prawnego rozwiązanie obowiązujące w prawie wspólnotowym, zaś art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE wyraźnie taką możliwość dopuszcza.

Rozstrzygnięciem przywołanego problemu zajęła się Krajowa Izba Odwoławcza (KIO). Zwycięzył pogląd, zgodnie z którym dopuszczalne jest powoływanie się na inny podmiot również w zakresie zdolności ekonomicznej. W wyrokach KIO z 23 lutego 2011 r. (KIO/269/2011) oraz z 7 listopada 2011 r. (KIO/2255/11, KIO/2260/11, KIO/2283/11) jako podstawę takiej interpretacji wskazano wykładnię pronijną. Przepisy dyrektywy nie ograniczają bowiem możliwości skorzystania z zasobów podmiotów trzecich tylko w kontekście ich sytuacji ekonomicznej lub finansowej, ale dopuszczają posłużenie się obu rodzajami zasobów, czyli tak w zakresie sytuacji ekonomicznej, jak i finansowej. Zdaniem KIO, wyrażonym w wyroku z 23 lutego 2011 r. (KIO/269/2011), zakres art. 26 ust. 2b Pzp, w którym pomija się możliwość polegania na zdolności ekonomicznej innych podmiotów, mimo że przepis ten miał wdrożyć do porządku prawnego postanowienia art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE i zwiększyć konkurencyjność postępowań o udzielenie zamówienia, nie stanowi „w ogóle implementacji art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, a więc przepisu, którego wdrożenie miało nastąpić”. Jednocześnie takie rozumienie art. 26 ust. 2b Pzp ogranicza uprawnienia wykonawców, gdyż nie uwzględnia możliwości powołania się na ich sytuację ekonomiczną. Jak stwierdzono w ww. orzeczeniu z 23 lutego 2011 r.: „[...] mając na uwadze okoliczność osiągnięcia rezultatu zakładanego

przez dyrektywę, sformułowanie zawarte w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, iż wykonawca może polegać jedynie na zdolnościach finansowych innych podmiotów, należy rozumieć jako zdolność dotyczącą zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej wykonawcy” [Kołodziejak, 2013].

Z uwagi na fakt, że zasoby ekonomiczne są ściśle związane z podmiotem, którego dotyczą, stwierdzić należy, iż do wykazania okoliczności rzeczywistego dysponowania tymi zasobami nie jest wystarczające samo oświadczenie o oddaniu ich do dyspozycji. Wykonawca powinien zatem wykazać za pomocą stosownych dokumentów, jakie zasoby są mu udostępnione przez podmiot trzeci oraz fakt, iż będzie mógł z nich korzystać.

W przypadku wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich w zakresie sytuacji, potencjału technicznego (np. sprzętu) czy też osób zdolnych do realizacji zamówienia za wystarczające może być uznane zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępniania odpowiednich zasobów na rzecz wykonawcy. Konieczność udowodnienia dysponowania nimi niekoniecznie musi się wiązać z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania udzielenia wykonawcy np. pożyczki, wydzierżawienia określonego sprzętu czy też udostępnienia pracownika, co dla wykazania spełnienia odpowiednich warunków i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia może okazać się wystarczające.

Poza wyżej opisanymi możliwościami, jakie wynikają z przepisu art. 26 ust. 2 b Pzp, należy wskazać, iż dopuszczalna jest zmiana podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia, na których zasobach wykonawca opierał się, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kierując się jednak art. 7 ust. 1 Pzp oraz uznając istotność dokonywanych zmian w świetle art. 144 ust. 1 Pzp, zmianę taką należy uznać za dopuszczalną pod warunkiem, że została ona dopuszczona na etapie przetargu, a nowy podmiot trzeci (podwykonawca) wykaże spełnienie warunków w zakresie nie mniejszym niż wskazany na etapie postępowania o zamówienie publiczne dotychczasowy podmiot trzeci (podwykonawca). Jak widać, wprowadzenie przepisu art. 26 ust. 2b Pzp z jednej strony jest ogromnie pomocne dla wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, z drugiej zaś stwarza duże problemy interpretacyjne oraz naraża zamawiającego na ryzyko powierzenia realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy, który nie ma odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Faktem jest, że dzięki umożliwieniu większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na rynku zamówień publicznych zwiększyła się konkurencyjność, jednak obawa i ryzyko powierzenia realizacji przedmiotu zamówienia nieprofesjonalnemu wykonawcy w dalszym ciągu jest wysokie.

#### 4. Funkcjonowanie kryteriów podmiotowych i sposób ich spełnienia w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

Do 29 stycznia 2010 r. system ochrony prawnej w zamówieniach publicznych funkcjonował na bazie trójstopniowego mechanizmu odwoławczego. Pierwszym etapem był protest kierowany bezpośrednio do zamawiającego odpowiedzialnego za zgodne z prawem udzielenie zamówienia. W sytuacji niezadowolającego rozstrzygnięcia protestu zamawiający uprawniony był do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), powołanej wraz z nowelizacją Pzp z 13 kwietnia 2007 r., która zastąpiła wcześniej rozpatrujące odwołania zespoły arbitrów. KIO, w przeciwieństwie do arbitrów, którzy byli wpisani na listę prowadzoną przez prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jest instytucją stałą, o charakterze zbliżonym do stałego sądu polubownego.

Ostatni, trzeci element systemu stanowiła możliwość złożenia skargi do sądu na orzeczenie wydane przez KIO.

Wprowadzona w życie ustawa z 2 grudnia 2009 roku nowelizująca Pzp pozostawiła wyłącznie dwie instytucje środków ochrony prawnej, wyłączając z porządku prawnego protest. W efekcie zmian ustawodawczych podstawowym narzędziem ochrony interesów wykonawców stało się odwołanie do KIO. Liczbę odwołań i skarg wniesionych do sądów w latach 2009–2013 prezentuje poniższa tabela.

Tabela 1. Liczba odwołań i skarg do sądu wnoszonych przez interesariuszy zamówień publicznych w latach 2009–2013

Lata	Liczba odwołań	Liczba skarg	Liczba udzielonych zamówień publicznych
2009	1 985	316	190 486
2010	2 823	225	195 555
2011	2 820	148	186 232
2012	2 942	152	188 478
2013	3 044	144	210 352

Źródło: na podstawie [*Sprawozdania Prezesa UZP...*, 2013 oraz *Sprawozdania Prezesa UZP...*, 2014].

Po gwałtownym wzroście liczby odwołań w 2010 r., wynikającym z likwidacji protestu, można mówić o pewnej stabilizacji tej formy ochrony prawnej.

Ponadto warto posłużyć się wskaźnikiem liczby odwołań w ogólnej liczbie udzielonych zamówień publicznych. I tak w 2009 r. odsetek ten wyniósł zaledwie 1,04%, podczas gdy w 2010 r. wzrósł do 1,44%. W kolejnych latach analizowany miernik wyniósł od 1,59% w 2011 r. do 1,44% w 2013 r.

Skargi do sądu w liczbie nieprzekraczającej 160 w latach 2011–2013 (w okresie wcześniejszym było ich znacznie więcej, bo nawet 316 w 2009 r.), stanowiły około 4–5% wniesionych odwołań. W praktyce okazuje się, że około 50% skarg jest przez sądy odrzucanych, głównie z powodu niewniesienia opłaty przez wykonawcę. Na prawie 3000 odwołań wniesionych w 2012 r. do sądów okręgowych wpłynęły 152 skargi, z których tylko w 16 przypadkach sąd uchylił lub zmienił orzeczenie KIO [*Sprawozdanie Prezesa...*, 2013]. Rok 2013, w świetle statystyki UZP, wypada jeszcze korzystniej, zwłaszcza pod względem malejącej liczby skarg do sądów, przy ogólnej wyższej liczbie zamówień publicznych (wzrost o blisko 12% w stosunku do roku poprzedniego).

Bardziej szczegółowej analizie poddano orzecznictwo KIO za 2013 r. dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia (por. tabela 2).

Tabela 2. Liczba odwołań wykonawców do KIO ze względu na kryteria podmiotowe w 2013 r.

Łączna liczba odwołań	Liczba odwołań, w tym wyroki KIO			
	Dotyczące postanowień SIWZ w zakresie opisu, sposobu oceny spełnienia warunków wynikających z art. 22 ust. 1		Dotyczące oceny ofert w zakresie nieprawidłowego wykluczenia wykonawcy bądź zaniechania wykluczenia wykonawcy	
3044	uwzględnione	oddalone	uwzględnione	oddalone
		24	25	110
Ogółem	49		247	

Źródło: opracowanie własne na podstawie indeksu tematycznego orzeczeń KIO 2013 [<http://www.uzp.gov.pl/cms/ws/page/?F:338>].

Jak wynika z zaprezentowanych danych, na ogólną liczbę odwołań wynoszącą 3044 w 2013 r. 296 dotyczyło warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia, co stanowiło blisko 10% wszystkich wyroków KIO. 49 odwołań wniesionych przez wykonawców dotyczyło postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeń o zamówieniu – uwzględniono 24 odwołania, a 25 zostało oddalonych.

Znacznie więcej odwołań odnosiło się do nieprawidłowości w ocenie ofert, nieuzasadnionego wykluczenia wykonawcy bądź zaniechania jego wykluczenia z postępowania; łącznie było ich 247, z czego 110 zostało uwzględnionych, oddalono zaś 137.

Zamawiający najczęściej narażają się na zarzut ograniczania konkurencji w związku z nieprawidłowym (nadmiernym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia) formułowaniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego i technicznego, sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ponadto stawiają bardzo szczegółowe warunki, które nie są możliwe do



spełnienia przez tylu wykonawców, aby zagwarantować konkurencyjność w określonym postępowaniu.

Na przykład zamawiający określali wymagania dotyczące potencjału technicznego w postaci zaplecza technicznego obejmującego urządzenia bądź narzędzia nieprzydatne do realizacji zamówienia, które może mieć do dyspozycji tylko kilka największych podmiotów działających na danym rynku. Jeśli idzie o warunki odnoszące się do sytuacji ekonomiczno-finansowej wykonawców, brak jest uzasadnienia, aby stawiać wymagania co do ubezpieczenia w ramach prowadzonej działalności gospodarczej za pomocą klauzuli wyłączającej ryzyko, która nie ma uzasadnienia w odniesieniu do rodzaju usług/robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.

Odwolania oddalone przez KIO dotyczyły głównie sposobów oceny warunków wymienionych w art. 22 ust. 1–4 Pzp. Według KIO zamawiający opisywali je prawidłowo, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i nie ograniczając konkurencji. W uzasadnieniu wyroków znalazło się m.in. sformułowanie, że sam fakt niespełnienia warunków przez określoną grupę wykonawców nie przesądza o tym, że zamawiający zastosował zapisy ograniczające konkurencję.

## **Zakończenie**

Przeprowadzona analiza określenia warunków udziału wykonawców w zamówieniach publicznych i opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia dowodzi, że są to jedne z ważniejszych czynności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Istotne jest, aby zamawiający potrafili odróżnić warunki udziału w postępowaniu od opisu sposobu ich spełnienia. Ustawodawca określił te warunki ogólnie, tak aby miały one zastosowanie we wszystkich wszczynanych postępowaniach. Ze względu na specyfikę danego zamówienia, jego przedmiot, wartość, wiedzę i technologię niezbędną do wykonania zamówienia, konieczność posiadania odpowiednich środków finansowych itp. zamawiający musi skonkretyzować warunki ogólnie określone w art. 22 ust. 1 Pzp. Z jednej strony chodzi o to, aby zminimalizować ryzyko wyboru wykonawcy niezdolnego do należytego wykonania zamówienia, z drugiej – aby do ubiegania się o zamówienie dopuścić wszystkich zainteresowanych wykonawców.

Wydaje się, że zbyt ogólne zapisy ustawy w art. 22 ust. 4 oraz w art. 25 ust. 1 powodują, że zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom trudno jest określić granicę uzasadnionego żądania spełnienia stawianych wymagań w taki sposób, by nie naruszyć podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych. Może się bowiem zdarzyć, że mamy do czynienia ze świadomym i celowym działaniem zamawiających ograniczającym konkurencję, a z drugiej strony – z nieświadomym i niezamierzonym jej ograniczaniem, co może być konsekwencją nieprzeprowadzenia starannej analizy postępowania w przedmiotowym zakresie.

Warto w tym miejscu powołać się na fragment uzasadnienia znajdującego się w treści wyroku KIO (sygn. akt 966/13), jak wydaje się, trafnie podsumowującego sytuację związaną z omawianą w artykule problematyką.

Zdaniem KIO nie istnieje wyraźna granica przesądzająca o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w kontekście zasady zachowania uczciwej konkurencji. W opinii orzeczników KIO zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z wyjątkiem najprostszycy dostaw lub usług, zawsze będą faworyzować lub dyskryminować niektórych wykonawców zamówień publicznych.

### Bibliografia

1. Adamowicz E., Sadowy J., *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk–Warszawa 2012.
2. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r., z późniejszymi zmianami; Dz. Urz. UE, polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7.
3. <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;338>.
4. Kołodziejak K., *Zasoby podmiotów trzecich*, „Przetargi Publiczne” 2013, styczeń.
5. Prawo zamówień publicznych z 2004 r. wraz z późniejszymi nowelizacjami.
6. Samuelson P., *The Pure Theory of Public Expenditure*, “The Review of Economic and Statistics” 1954, vol. 36, no. 4.
7. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, UZP, Warszawa 2012.
8. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r.*, UZP, Warszawa 2014.
9. Wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z lat 2011–2013.

### **Participation criteria and models of their fulfilment by suppliers and principle of fair competition in the public procurement**

Dynamic development of public procurement market in Poland, an increase of significance of public expenses with the use of the EU funds, and world economic crisis enforced public entities to act in rational way.

The aim of the paper is to assess functioning of public procurement system in the area of preparation of terms of participation in awarding procedures and models of their fulfilment by potential suppliers.

In the paper legal regulations connected with public procurement and judgements of National Apply Chamber in Poland are considered.

The results indicate ambiguity of terms of supplier's participation in the Public procurement law which instead of minimizing risks to choose unreliable supplier may lead to limitation of competitiveness of the public procurement.