

**Dr Maciej Lubiszewski**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8261-7917

e-mail: m.lubiszewski@uwm.edu.pl

# Status wykonawcy-oferenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

The tenderer's status in the public procurement procedure

## Streszczenie

Celem artykułu jest analiza statusu wykonawcy-oferenta na podstawie Prawa zamówień publicznych, a w szczególności: ustalenie granic temporalnych tego statusu, praw i obowiązków podmiotu, któremu przysługuje ten status, oraz zbadanie wewnętrznej dynamiki zachodzącej w grupie wykonawców-oferentów. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opartym na modelu przetargowym można wyróżnić trzy etapy: przedofertowy, ofertowy i przedkontraktowy. Z kolei art. 7 pkt 30 Pzp pozwala zidentyfikować cztery kategorie wykonawców, z których tylko dwie odnoszą się do uczestników postępowania. Status wykonawcy-kandydata łączy się z przedofertowym etapem postępowania, natomiast status wykonawcy-oferenta aktualizuje się wraz z rozpoczęciem etapu ofertowego, ustaje zaś z chwilą zakończenia etapu przedkontraktowego, a więc w momencie udzielenia zamówienia. Zarówno krąg wykonawców-oferentów, jak i ich prawa i obowiązki ulegają przeobrażeniom w momencie uprawnienia się wyniku postępowania ogłoszonego przez zamawiającego. O ile na etapie ofertowym wykonawcy-oferenci mają prawo aktywnie działać w kierunku utrzymania swojej oferty w postępowaniu lub wyeliminowania ofert konkurentów, o tyle na etapie przedkontraktowym niewybranym wykonawcom pozostaje oczekiwać na reaktywację etapu ofertowego, do czego może dojść w przypadku uchylania się wykonawcy, którego oferta została wybrana, od zawarcia umowy.

**Słowa kluczowe:** zamówienia publiczne, etapy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca, oferent

JEL: H57, H76

## Wprowadzenie

Zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 7 pkt 18 ustawy z 11.09.2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019, ze zm.), dalej jako Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest wszczynane poprzez ogłoszenie o zamówieniu albo zaproszenie do negocjacji lub do składania ofert, następnie jest prowadzone jako „uporządkowany ciąg czynności” w kierunku wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy, zaś kończy je zawarcie umowy albo jego unieważnienie.

## Abstract

The purpose of the study is to analyze the status of the tenderer under the Public Procurement Law, in particular: determining the temporal limits of this status, the rights and obligations of the entity entitled to this status, and to examine the internal dynamics in the group of tenderers. In a public procurement procedure based on a tender model, three stages can be distinguished: pre-bid, bid and pre-contract. Article 7.30 of the Public Procurement Law enables the identification of four categories of economic operators, only two of which refer to participants in the procedure. The status of the candidate is linked to the pre-bid phase of the procedure, while the status of the tenderer is activated with the start of the bidding phase, and ends with the completion of the pre-contractual phase i.e. the award of the contract. The composition of the group of bidders as well as their rights and obligations are changed when the result of the procedure announced by the contracting authority becomes final. While at the bidding stage, tenderers have the right to actively act to maintain their offer in the proceedings or eliminate competitors' offers, at the pre-contractual stage, non-selected contractors can only wait for the reactivation of the bidding stage, which may happen if the tenderer whose offer has been selected refuses to conclude the contract.

**Keywords:** public procurement, stages of the public procurement procedure, contractor, tenderer

Wprawdzie Pzp jest zaliczane do prawa publicznego, jednak ustawodawca oparł konstrukcję zamówienia publicznego i postępowania o jego udzielenie na rozwiązaniach cywilistycznych, sprawdzonych w obrocie powszechnym. Niemal wszystkie tryby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały oparte na modelu przetargu, który należy rozumieć tożsamo jak na gruncie prawa cywilnego, tj. jako wielostronny stosunek prawny o charakterze proceduralnym pomiędzy organizatorem (zamawiającym) a uczestnikami (wykonawcami), którego celem jest wybór oferty spośród ofert złożonych przez uczestników, w następstwie czego dochodzi do zawarcia umowy.

Tak rozumiany model przetargowy został wykorzystany nie tylko w trybach nazwanych przez ustawodawcę „przetargiem”, ale także w zdecydowanej większości<sup>1</sup> pozostałych trybów, w których po zakończeniu etapu negocjacyjnego zamawiający zaprasza do składania ofert, spośród których dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Mimo rezygnacji z formalnego prymatu trybów przetargowych<sup>2</sup> potoczne określenie „przetargi publiczne” nadal więc trafnie oddaje rzeczywistość prawną.

W tak ukształtowanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego można wyróżnić następujące etapy:

a) etap przedofertowy, trwający od wszczęcia postępowania do upływu terminu składania ofert;

b) etap ofertowy, rozpoczynający się otwarciem ofert i trwający do ostatecznego (niezaskarżalnego)<sup>3</sup> wyboru najkorzystniejszej oferty oraz

c) etap przedkontraktowy, który otwiera ostateczny (niezaskarżalny) wybór najkorzystniejszej oferty, natomiast zamyka zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uczestnikami postępowania są: zamawiający, będący podmiotem prowadzącym postępowanie, oraz wykonawcy. Ustawowa definicja wykonawcy (art. 7 pkt 30 Pzp) obejmuje cztery kategorie podmiotów. Do pierwszej z nich należą podmioty, które „oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług”. Jest to kategoria odpowiadająca pojęciu wykonawcy zdefiniowanemu w art. 2 ust 1 pkt 10 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 65, z późn. zm.). Podobnie jak na gruncie prawa unijnego (Sołtysińska & Talago-Sławoj 2016, s. 140, Hartung i in. 2015, s. 141) ta kategoria nie uwzględnia wykonawców będących już uczestnikami toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>4</sup>. W praktyce będzie więc chodziło o wykonawców, którzy angażują się w przygotowanie postępowania, np. poprzez udział we wstępnych konsultacjach rynkowych (art. 84 Pzp). Do drugiej kategorii wykonawców zaliczane są podmioty, które „ubiegają się o udzielenie zamówienia”, a zatem takie, które można określić mianem „kandydatów” (Sołtysińska & Talago-Sławoj, 2016, s. 140). Ubieganie się o zamówienie publiczne następuje poprzez uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie takiego zamówienia (Nowicki & Kołecki, 2019, s. 72). Podmiot uzyska tak rozumiany status wykonawcy (wykonawcy-kandydata) dopiero po wszczęciu postępowania i pozostanie nim objęty do momentu złożenia oferty. Trzecią kategorię

wykonawców stanowią podmioty, które złożyły oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Będą to więc oferenci, których status jest przedmiotem analizy niniejszego opracowania. W tym miejscu należy jedynie wskazać, że granice czasowe statusu wykonawcy-oferenta wyznaczają złożenie oferty (nabycie statusu) oraz zakończenie postępowania (utrata statusu), aczkolwiek status ten może ustać wcześniej. Wreszcie w czwartej kategorii wykonawców mieszczą się strony zawartej z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie jak w przypadku pierwszej kategorii, wykonawca-kontrahent nie jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż to zakończyło się udzieleniem zamówienia, a więc zawarciem umowy (art. 7 pkt 25 Pzp).

Omówiona pokrótce definicja wykonawcy uwzględnia dynamikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dzierżanowski i in., 2018, s. 55). Krąg wykonawców ulega stopniowemu zawężeniu wraz z przechodzeniem przez poszczególne etapy cyklu zamówienia publicznego: od planowania i przygotowania, poprzez poszczególne etapy postępowania, aż do realizacji zamówienia.

Wyróżnione etapy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pokrywają się dokładnie ze wskazanymi kategoriami wykonawców. Należy bowiem zauważyć, że o ile uczestnikami etapu przedofertowego postępowania o udzielenie zamówienia są wykonawcy-kandydaci (druga kategoria wykonawców wskazana w definicji z art. 2 pkt 30 Pzp), o tyle wykonawcy-oferenci (kategoria trzecia) biorą udział w etapach ofertowym i przedkontraktowym.

Ta konstatacja ujawnia szereg interesujących problemów badawczych, których próba rozwikłania stanowi zasadniczy cel niniejszego artykułu. Pierwszy z nich dotyczy granic statusu wykonawcy-oferenta: w których momentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego status ten powstaje, a w których się kończy? Drugi problem badawczy można sprowadzić do pytania o treść statusu wykonawcy-oferenta, a więc o to, jakie prawa przysługują podmiotowi, który zaliczany jest do badanej grupy, oraz jakie obowiązki na nim ciążyą. Wreszcie zbadania domaga się wewnętrzna dynamika zachodząca w grupie wykonawców-oferentów. Dynamika ta dotyczy nie tylko składu grupy, co jest prostą konsekwencją eliminacyjnego charakteru postępowania przetargowego, ale także sytuacji prawnej wykonawców-oferentów, która ulega zróżnicowaniu na skutek wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez zamawiającego.

Tak zarysowane problemy badawcze nie były dotąd przedmiotem refleksji naukowej, co uzasadnia podjęcie badań w tym zakresie, tym bardziej że ich rozwiązanie może mieć przełożenie na praktykę udzielania zamówień publicznych.

### **Status wykonawcy-oferenta na ofertowym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**

Etap ofertowy postępowania rozpoczyna otwarcie ofert przez zamawiającego, ponieważ dopiero w tym momencie może on zapoznać się z ich treścią (Szostak, 2005, s. 84).

Z tą chwilą dotychczasowi wykonawcy-kandydaci, których oferty zostały otworzone, uzyskują status wykonawcy-oferenta, co *prima facie* może być nie do pogodzenia z treścią definicji z art. 7 pkt 30 Pzp, zgodnie z którą wykonawcą jest podmiot, który „złożył ofertę”. Teoria doręczenia, wynikająca z art. 61 k.c. i obowiązująca w sferze przetargów publicznych przesądza jednak o tym, że samo złożenie oferty może być traktowane co najwyżej jako czynność techniczna. Skutki w postaci zawarcia porozumienia przetargowego oraz stanu związania oferenta wywoła zapoznanie się zamawiającego z treścią oferty, co nastąpi dopiero po jej otwarciu (Boratyńska, 2001, s. 145). W konsekwencji wykonawca, który wprawdzie złożył ofertę, ale ją wycofał przed upływem terminu składania ofert — na co pozwala mu art. 219 ust. 2 Pzp — nie uzyska statusu wykonawcy-oferenta. Jego sytuacja będzie tożsama z sytuacją wykonawcy-kandydata, który w ogóle nie złożył oferty — takie podmioty tracą prawa i obowiązki wynikające ze statusu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Szczególny charakter będą miały przypadki, gdy wykonawca z przyczyn technicznych nie był w stanie złożyć oferty elektronicznej, tj. wprowadzić jej do systemu teleinformatycznego, albo gdy wykonawca wprawdzie wprowadził ofertę do systemu teleinformatycznego, jednak z przyczyn technicznych oferta ta nie została otwarta przez zamawiającego. Tacy wykonawcy nie uzyskają statusu oferentów, gdyż ich oferty nie zostały skutecznie doręczone zamawiającemu, jednak będzie im przysługiwało roszczenie o unieważnienie postępowania<sup>5</sup>. Roszczenie to będzie refleksem statusu wykonawcy-kandydata, który wprawdzie wygaś na skutek przejścia postępowania do etapu ofertowego, jednak źródłem tego roszczenia są okoliczności, które wystąpiły przed otwarciem ofert.

Status wykonawcy-oferenta jest rezultatem skutecznego złożenia (doręczenia) oferty w postępowaniu przetargowym, jest to zresztą jedyny sposób nabycia tego statusu. To pozwala postawić hipotezę, że los statusu wykonawcy-oferenta jest nierozzerwalnie powiązany z jego ofertą, co oznaczałoby, że jej upadek implikowałby utratę tego statusu. W konsekwencji można wstępnie założyć, że podmiot, który złożył ofertę, utraci status wykonawcy-oferenta na skutek upływu terminu związania ofertą, odrzucenia oferty lub wyboru oferty najkorzystniejszej, przy czym ten ostatni przypadek będzie dotyczył tylko ofert niewybranych.

Upływ terminu związania ofertą nie stanowi przeszkody w dalszym udziale w postępowaniu. Co więcej, zgodnie z art. 252 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy „termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty”. Przytoczony przepis jednoznacznie dowodzi, że po upływie terminu związania, nadal mamy do czynienia z wykonawcami-oferentami (Lubiszewski, 2021a, s. 47).

Jeżeli chodzi o odrzucenie oferty i wybór oferty najkorzystniejszej, dla skuteczności tych czynności wymagane jest doręczenie zawiadomienia o odrzuceniu ofert i o wyniku postępowania oraz upływ terminu na wniesienie odwołania do KIO, a w razie wniesienia takiego odwołania — jego od-

dalenie lub odrzucenie. Należy zauważyć, że obie te czynności (odrzućenie oferty i wybór oferty najkorzystniejszej) staną się ostateczne w tym samym momencie, co jest konsekwencją reaktywowanej mocą art. 253 ust. 1 Pzp zasady koncentracji środków ochrony prawnej. Będzie to jednocześnie moment, w którym postępowanie przechodzi z etapu ofertowego do przedkontraktowego.

Skutkiem ostatecznej czynności odrzucenia oferty będzie definitywna utrata statusu wykonawcy-oferenta, w tym sensie, że wykonawca ten przestanie być uczestnikiem postępowania i nie weźmie już udziału w przedkontraktowym etapie postępowania. *A contrario*, w przypadku, gdy oferta nie zostanie odrzućona, ale jednocześnie nie zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, wykonawca-oferent zachowa swój status na etapie przedkontraktowym.

Jedynym przypadkiem, w którym wykonawca-oferent utraci swój status w trakcie ofertowego etapu postępowania, będzie złożenie przez niego wniosku o zwrot wadium po tym, jak otrzymał od zamawiającego zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty lub o wyborze oferty konkurenta. Zgodnie z art. 98 ust. 3 Pzp złożenie takiego wniosku „prowoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej”. Stosunkiem prawnym, o którym mowa w przywołanym przepisie, jest stosunek przetargowy będący podstawą statusu wykonawcy-oferenta. Ustanie on z chwilą złożenia wniosku o zwrot wadium, który w istocie stanowi akceptację wyniku postępowania i rezygnację z dalszego udziału w tym postępowaniu (Lubiszewski, 2021b, s. 186). W przypadku wykonawcy, którego oferta została odrzućona, wniosek niewątpliwie przyspieszy zwrot wadium, ale dodatkowo sprawi, że czynność odrzucenia oferty stanie się niezaskarżalna przed upływem terminu na wniesienie odwołania do KIO. Dalej idące skutki będą dotyczyły wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, ale nie została też odrzućona. Rozwiązanie stosunku przetargowego na podstawie art. 98 ust. 3 Pzp spowoduje utratę statusu wykonawcy-oferenta na przedkontraktowym etapie postępowania, co będzie miało swoje konsekwencje w przypadku, gdy wybrany wykonawca będzie uchylał się od zawarcia umowy.

Ze statusem wykonawcy-oferenta wiążą się prawa i obowiązki. Wynikają one ze stosunku przetargowego, którego podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego i zaakceptowane przez wykonawców w drodze złożenia oferty (Gordon, 2012, s. 39). Czynności zamawiającego podejmowane na ofertowym etapie postępowania ogniskują się na badaniu i ocenie ofert, zmierzając do wyboru oferty najkorzystniejszej. To na zamawiającym jako organizatorze postępowania spoczywa ciężar jego prowadzenia, a więc to on jest głównym podmiotem zobowiązanym w ramach wielostronnego stosunku przetargowego (Horubski, 2008, s. 46). Treść powinności obligacyjnych zamawiającego wpływa na zakres praw i obowiązków wykonawców-oferentów.

Do obowiązków wykonawcy-oferenta aktualizujących się podczas etapu ofertowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zastosowanie się do wezwań zamawiającego i stosownie do okoliczności: uzupełnienie

tw. oświadczenia wstępnego<sup>6</sup>, uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, złożenie podmiotowych środków dowodowych, uzupełnienie tych środków, udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, wyliczenia ceny lub złożonych środków dowodowych oraz wniesienie wadium na przedłużony termin związania ofertą. Sankcją za naruszenie tych obowiązków jest eliminacja wykonawcy z postępowania, co następuje poprzez odrzucenie jej oferty.

Zasadniczym prawem wykonawcy-oferenta na tym etapie postępowania jest prawo do wykazywania, że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu. Oznacza to, że ma on prawo do domagania się od zamawiającego, aby ten wykonał swój obowiązek i wezwał go do złożenia lub uzupełnienia oświadczenia wstępnego, przedmiotowych lub podmiotowych środków dowodowych bądź też do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. W stosownych sytuacjach wykonawca-oferent może oczekiwać również wezwania do wyjaśnień treści oferty lub podmiotowego środka dowodowego<sup>7</sup>. Innym przejawem takiego prawa do „obrony” swojej oferty będzie żądanie unieważnienia wadliwej czynności jej odrzucenia lub żądanie unieważnienia czynności porównania ofert, która doprowadziła do nieprawidłowej lokaty w rankingu ofert. Wykonawca-oferent ma również prawo do dostępu do ofert, środków dowodowych i innych oświadczeń lub dokumentów składanych przez konkurentów. Wprawdzie prawo to ma charakter powszechny i przysługuje nie tylko wykonawcom, jednak wyłącznie wykonawcy-oferenci mogą zaskarżać zaniechanie udostępnienia ofert, korzystając ze środków ochrony prawnej przyznanej przez Prawo zamówień publicznych, w szczególności z odwołania do KIO<sup>8</sup>. Kolejnym uprawnieniem wykonawcy-oferenta na ofertowym etapie postępowania jest możliwość kwestionowania rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia poprzez podważanie oferty konkurenta. W praktyce przybierze to postać żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia tej oferty.

Wymienione wyżej uprawnienia przysługujące wykonawcy-oferentowi na ofertowym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego korzystają z ochrony prawnej, ponieważ wynikające z tych uprawnień roszczenia mogą przybrać postać odwołania do KIO. Wykonawca-oferent do upływu terminu na wniesienie środków ochrony prawnej może zaskarżyć przed Izbą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, twierdząc, że w zależności od okoliczności odrzucenie jego oferty było przedwczesne, ofercie przyznano zbyt małą liczbę punktów, zamawiający bezprawnie odmówił dostępu do konkurencyjnych ofert i towarzyszących im dokumentów czy też zaniechał odrzucenia wybranej oferty konkurenta.

### **Status wykonawcy-oferenta na przedkontraktowym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**

Jak wcześniej wskazano, etap przedkontraktowy rozpoczyna się wraz z „uprawnieniem się” wyboru najkorzystniejszej oferty. Od tego momentu rozstrzygnięcie za-

mawiającego — również w zakresie odrzucenia ofert — staje się ostateczne i niezaskarżalne do KIO. Jest to ostatni etap postępowania, więc trwa on do jego definitywnego zakończenia, czyli do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą.

Etap przedkontraktowy różni się od ofertowego pod względem podmiotowym. Przede wszystkim nie biorą w nim udziału wykonawcy-oferenci, którzy utracili swój status wraz z zakończeniem etapu ofertowego, tj. ci, których oferty zostały ostatecznie odrzucone, ale także tacy, których oferty wprawdzie nie zostały odrzucone, jednak złożyli oni wniosek o zwrot wadium na warunkach określonych w art. 98 ust. 3 Pzp. Ponadto na przedkontraktowym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego różna jest sytuacja prawna wykonawców-oferentów. Oferta jednego<sup>9</sup> z nich została wybrana przez zamawiającego, co poskutkowało nawiązaniem specyficznego stosunku przedumownego, którego treść wyznacza art. 702 § 3 k.c. Temu wykonawcy przysługuje roszczenie wobec zamawiającego o zawarcie umowy<sup>10</sup>. Roszczenie o zawarcie umowy — wykonawcy, ale również zamawiającego — może być zabezpieczone wadium, które usprawnia dochodzenie odpowiedzialności wobec strony uchylającej się od zawarcia umowy (Szostak, 2018, s. 75). Ta funkcja wadium jest szczególnie ważna z uwagi na fakt, że po wyborze oferty odpowiedzialność zamawiającego i wykonawcy z tytułu uchylania się od zawarcia umowy finalnej jest ograniczona do ujemnego interesu umownego z racji jej przedkontraktowego charakteru (Moras, 2021, s. 431; Szostak, 2018, s. 79).

Pozostali wykonawcy-oferenci są w dalszym ciągu uczestnikami postępowania, aczkolwiek nie przysługują im żadne roszczenia w stosunku do zamawiającego, ponieważ na tym etapie postępowania wybór oferty najkorzystniejszej jest już niezaskarżalny. Jedyny sens pozostawiania tych wykonawców-oferentów w postępowaniu jest zakodowany w art. 263 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wybrany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego jej wykonania, zamawiający ma prawo „dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie”.

Art. 263 Pzp przyznaje zamawiającemu całkowitą swobodę decyzji, czy postępowanie będzie nadal prowadzone, czy też zostanie zakończone unieważnieniem<sup>11</sup>. Oznacza to, że nawet gdy cena oferty zajmującej kolejne miejsce w rankingu mieści się w możliwościach finansowych zamawiającego, ten jest uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 7 Pzp, a wykonawcy-oferentowi nie przysługuje roszczenie wobec zamawiającego o wybranie jego oferty (Skubiszak-Kalinowska & Wiktorowska, 2017, s. 877; Gordon, 2018, s. 25)<sup>12</sup>.

Warto nadmienić, że art. 263 Pzp nie wyczerpuje katalogu możliwych rozwiązań. W przypadku, gdy wybrany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, zamawiającemu przysługuje prawo do dochodzenia zawarcia umowy. Jest to jednak wariant mało prawdopodobny z praktycznego punktu widzenia, ponieważ zamawiającemu najpewniej bardziej będzie zależało na udzieleniu i wykonaniu zamówienia aniżeli

na wicklaniu się w czasochłonne spory z niełojalnym wykonawcą (Szostak, 2018, s. 75).

Jeżeli zamawiający podejmie decyzję o kontynuacji postępowania, konieczne będzie: zwolnienie pierwotnie wybranego wykonawcy z obowiązku zawarcia umowy (Szostak, 2005, s. 192–193), uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty<sup>13</sup> i reaktywacja etapu ofertowego postępowania.

Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku złożenia odrębnego oświadczenia o zwolnieniu wykonawcy z obowiązku zawarcia umowy. Dotychczasowa praktyka pokazuje, że uznanie przez zamawiającego, że wykonawca uchylił się od zawarcia umowy lub nie wnosi należytego zabezpieczenia wykonania umowy, podlega zaskarżeniu do KIO<sup>14</sup>. Wobec milczenia ustawodawcy trzeba uznać, że takie zawiadomienie jest dopuszczalne, a nawet pożądane, gdyż jego doręczenie rozpocznie bieg terminu na wniesienie odwołania przez rzekomo uchylającego się wykonawcę. W przypadku braku takiego zawiadomienia za początek biegu terminu na wniesienie odwołania należy uznać doręczenie informacji o ponownym wyborze oferty spośród pozostałych w postępowaniu wykonawców. To jednak skomplikuje postępowanie, ponieważ we wznowionym etapie ofertowym powinni brać udział wyłącznie wykonawcy-oferenci z etapu przedkontraktowego z wyłączeniem wykonawcy, który — w opinii zamawiającego — uchylił się od zawarcia umowy. Mimo to zamawiający będzie musiał powiadomić go o ponownym wyborze, aby umożliwić mu zaskarżenie odmowy zawarcia z nim umowy pomimo wcześniejszego wyboru jego oferty.

Najlepszym rozwiązaniem będzie zatem powiadomienie wykonawcy o zwolnieniu z obowiązku zawarcia umowy, co uruchomi bieg terminu na wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Upływ tego terminu lub rozstrzygnięcie Izby niekorzystne dla wykonawcy sprawi, że powrót do etapu ofertowego stanie się ostateczny i wezmą w nim udział wykonawcy-oferenci, którzy zachowali swój status w etapie przedkontraktowym z wyjątkiem wykonawcy wybranego pierwotnie.

Należy dodać, że w reaktywowanym etapie ofertowym postępowania wezmą udział tylko wykonawcy-oferenci, których status był aktualny na etapie przedkontraktowym. Zamawiający nie będzie więc uprawniony do badania i oceny ofert odrzuconych na poprzednim etapie ofertowym oraz ofert złożonych przez wykonawców, którzy złożyli wniosek o zwrot wadium i wobec których wystąpił skutek określony w art. 98 ust. 3 Pzp. Powrót do etapu ofertowego nie oznacza zatem unieważnienia części postępowania ze skutkiem *ex tunc*, a utrata statusu wykonawcy-oferenta, do której doszło z chwilą przejścia postępowania z etapu ofertowego do przedkontraktowego, jest nieodwracalna.

Uprawnienia wykonawców-oferentów w trakcie reaktywowanego etapu ofertowego są tożsame z uprawnieniami przysługującymi podczas pierwotnego etapu ofertowego, zatem nie ma powodu do ich ponownego omawiania. Powtórzony etap ofertowy zakończy ponowny wybór oferty najkorzystniejszej, przy czym tu również konieczne będzie jego uprawomocnienie się. To oczywiście oznacza konieczność zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 253 Pzp. W przypadku gdy wykonawca, który

uchylił się od zawarcia umowy, został wcześniej zawiadomiony o zwolnieniu go z obowiązku zawarcia umowy i ta czynność stała się już niezaskarżalna, nie ma potrzeby zawiadamiania go o wyniku postępowania, ponieważ utracił on już status wykonawcy i nie przysługują mu już żadne uprawnienia zabezpieczone środkami ochrony prawnej.

## Wnioski

Status wykonawcy-oferenta przysługuje podmiotom, które złożyły ofertę w postępowaniu przetargowym. Na ofertowym etapie postępowania wykonawcy-oferenci mają prawo do bronięcia swojej oferty przed odrzuceniem. Przejawia się to poprzez składanie, uzupełnianie lub wyjaśnianie treści podmiotowych środków dowodowych, uzupełnianie lub wyjaśnianie treści oświadczeń i środków dowodowych składanych wraz z ofertą, w tym oświadczenia wstępnego o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania i o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i przedmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnianie treści oferty m.in. w zakresie ceny. Wykonawca może dokonać tych czynności z własnej inicjatywy, ale ma również prawo oczekiwać, że ze stosowną inicjatywą wystąpi zamawiający. Kolejna wiązka uprawnień wiąże się z prawem wykonawców-oferentów do podważania ofert konkurentów. Prawo to przybiera postać prawa do dostępu do ofert, środków dowodowych i innych oświadczeń lub dokumentów składanych przez konkurujących wykonawców oraz do domagania się od zamawiającego odrzucenia ich ofert ze względu na dostrzeżone uchybienia.

Ze statusem wykonawcy-oferenta wiąże się również obowiązek składania dokumentów na wezwanie zamawiającego w sytuacji, gdy zaniechanie ich złożenia spowodowałoby brak możliwości wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej. Wykonanie tego obowiązku jest zabezpieczone wadium.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przechodzi z etapu ofertowego do etapu przedkontraktowego w chwili, w której ogłoszony przez zamawiającego wynik postępowania staje się niezaskarżalny. W tym momencie krąg wykonawców-oferentów ulega zmianie, ponieważ wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, nieodwołalnie tracą swój status. Z kolei status pozostałych w postępowaniu wykonawców-oferentów różnicuje się, ponieważ niezaskarżalność wyboru oferty najkorzystniejszej skutkuje nawiązaniem z wybranym wykonawcą stosunku przedkontraktowego. Jego stronom przysługuje roszczenie o zawarcie umowy. Natomiast wykonawcy-oferenci, których oferty nie zostały wybrane, pozostają uczestnikami postępowania do chwili zawarcia umowy. Z ich statusu nie wynikają jednak żadne uprawnienia, które aktualizowałyby się na etapie przedkontraktowym. Sens sytuacji prawnej, w której znajdują się ci wykonawcy, sprowadza się do pozostawania w gotowości do aktywnego udziału w reaktywowanym etapie ofertowym postępowania w przypadku, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, uchylił się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

## Przypisy/Notes

<sup>1</sup> Jedynym trybem, który nie jest przetargiem w rozumieniu cywilistycznym jest zamówienie z wolnej ręki, w którym umowa zawierana jest po negocjacjach z wykonawcą, co odpowiada negocjacyjnemu sposobowi zawierania umów, o którym mowa w art. 72 i 721 ustawy z 23.04.1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740, 2320), dalej jako k.c.

<sup>2</sup> Ustawodawca nie powtórzył w nowym Pzp normy wyrażonej w dotychczasowej ustawie, zgodnie z którą trybami podstawowymi udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.

<sup>3</sup> Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty może być zaskarżona w trybie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO). Skuteczne podważenie tej czynności sprawi, że wybór oferty zostanie uchylony, natomiast postępowanie pozostanie na etapie ofertowym. Dopiero odrzucenie albo oddalenie odwołania bądź też upływ terminów na jego wniesienie spowoduje przejście do kolejnego, przedkontraktowego etapu postępowania.

<sup>4</sup> W prawie unijnym wykonawcy będący uczestnikami toczącego się postępowania określani są jako „kandydaci” albo „oferenci”.

<sup>5</sup> Dowodem na skuteczność takiego roszczenia jest m.in. wyrok KIO z 14.01.2020 r. w sprawie KIO 2603/19.

<sup>6</sup> Jest to oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, tymczasowo zastępujące stosowne podmiotowe środki dowodowe — por. art. 125 ust. 1 Pzp.

<sup>7</sup> Chodzi o sytuacje, w których wykonawca skutecznie zaskarżył czynność odrzucenia jego oferty ze względu na zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie oceniała odrzucenie oferty jako przedwczesne, uznając, że „w celu dochowania przez Zamawiającego należytej staranności przy czynnościach badania i oceny ofert, Zamawiający winien wystąpić do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty” — por. np. wyrok z 14.10.2019 r. w sprawie KIO 1926/19. Tożsame stanowisko Izba zajmuje wobec mechanizmu wyjaśniania treści oświadczeń lub dokumentów — por. wyrok z 9.06.2016 w sprawie KIO 905/16.

<sup>8</sup> Katalog podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania zawiera art. 505 Pzp.

<sup>9</sup> Szczególnym przypadkiem jest postępowanie podzielone na części, w którym zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych (art. 91 Pzp). W takim przypadku wykonawców, których oferty zostały wybrane, może być więcej niż jeden.

<sup>10</sup> Biorąc pod uwagę fakt, że oferta wybranego wykonawcy przeobraziła się w element stosunku przedkontraktowego, można zastanawiać się, czy nie straciła ona odrębnego bytu prawnego. W takim przypadku trudno będzie określać wybranego wykonawcę mianem wykonawcy-oferenta, gdyż nieistniejąca już oferta nie może stanowić podstawy jego statusu prawnego. Taka konkluzja prowokuje dalsze pytania, zwłaszcza o to, czy wykonawca, którego oferta została wybrana, mieści się w definicji z art. 7 pkt 30 Pzp. Poruszone tu zagadnienia wymagają osobnych, pogłębionych badań, które będą przedmiotem innego opracowania. Do tego czasu przyjmijmy uproszczające założenie, że wykonawca, którego oferta została wybrana, jest wykonawcą-oferentem, chociaż jego sytuacja prawna jest odmienna od sytuacji, w której znajdują się pozostali (niewybrani) wykonawcy-oferenci.

<sup>11</sup> Warto dodać, że kontynuacja postępowania nie gwarantuje jego pozytywnego wyniku, ponieważ rezultatem ponownego badania i oceny ofert, o którym mowa w art. 263 Pzp, może być unieważnienie postępowania.

<sup>12</sup> Stanowisko to znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie KIO — por. np. wyrok z 9.3.2017 w sprawie KIO 338/17.

<sup>13</sup> Wydaje się, że wymagane jest w tym przypadku powołanie się na wadę oświadczenia woli na podstawie art. 82–88 k.c.

<sup>14</sup> Por. orzecznictwo zapadłe na gruncie art. 94 ust. 3 poprzednio obowiązującej ustawy, np. wyrok z 26.11.2018 r. w sprawie KIO 2332/18.

## Bibliografia/References

- Boratyńska, M. (2001). *Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne*. Dom Wydawniczy ABC.
- Dzierżanowski, W., Jerzykowski, J., & Stachowiak, M. (2018). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Gordon, Z. (2012). Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. *Prawo zamówień publicznych*, (3), 30–40.
- Gordon, Z. (2018). Konsekwencje poprzetargowego obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. *Prawo Zamówień Publicznych*, (1), 17–27.
- Hartung, W., Baglaj, M., Michalczyk, T., Wojciechowski, M., Krysa, J., & Kuźma, K. (2015). *Dyrektywa 2014/24/UE sprawie zamówień publicznych. Komentarz*. C.H.Beck.
- Horubski, K. (2008). Odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego za naruszenie reguł udzielania zamówień publicznych. *Przegląd Prawa Handlowego*, (1), 44–50.
- Lubiszewski, M. (2021a). Skutki upływu terminu związania ofertą w świetle przepisów nowego Prawa zamówień publicznych. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (4), 44–49. <https://doi.org/10.33226/0137-5490.2021.4.6>
- Lubiszewski, M. (2021b). Upływ terminu związania ofertą a zwrot wadium w świetle Prawa zamówień publicznych. *Studia Iuridica Toruniensia*, (XXIX), 177–192. <https://doi.org/10.12775/SIT.2021.028>
- Moras, M. (2021). Konsekwencje uchylania się od obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne — wybrane zagadnienia. *Studia Prawnoustrojowe*, (54), 423–438. <https://doi.org/10.31648/sp.6901>
- Nowicki, J. E., & KołECKI, M. (2019). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Skubiszak-Kalinowska, I., & Wiktorowska, E. (2017). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Sołtyśńska, A., & Talago-Sławoj, H. (2016). *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Szostak, R. (2005). *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*. Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Krakowie.
- Szostak, R. (2018). *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*. Urząd Zamówień Publicznych.

### Dr Maciej Lubiszewski

Adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych.

### Dr Maciej Lubiszewski

Assistant professor at the Faculty of Law and Administration of the University of Warmia and Mazury in Olsztyn specialized in public procurement law.