

# Zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania – przegląd aktualnego orzecznictwa

AGNIESZKA ZABOROWSKA

## WPROWADZENIE

Analizując zaangażowanie wykonawców w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możemy mówić o kilku przepisach i kilku sytuacjach, w ramach których, przed wszczęciem postępowania, wykonawca może wykonywać określone czynności, w oparciu o które następnie będzie prowadzone właściwe postępowanie, które to czynności, przynajmniej potencjalnie, mogą powodować określone zakłócenie konkurencji we właściwym postępowaniu.

**Tak unijny, jak i krajowy ustawodawca wprowadził tutaj pewne formalne zabezpieczenia, w oparciu o które zamawiający każdorazowo powinien przynajmniej zweryfikować, czy zaangażowanie w przygotowaniu postępowania było takie, aby powodować w samej procedurze zakłócenie konkurencji.**

Regulacje prawne w przepisach krajowych, które mają zabezpieczać takie sytuacje, określone zostały nie tylko w ramach omawianej przesłanki do wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp<sup>1</sup>), ale również w innym przepisie, który nakłada na zamawiającego określone obowiązki na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które mają zabezpieczać właściwe postępowanie przed zaburzeniem uczciwej konkurencji (art. 85 ust. 1 Pzp).

## WCZEŚNIEJSZE ZAANGAŻOWANIE

**Art. 85 ust. 1** Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej – w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>2</sup> – doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji.

W takim przypadku zamawiający w szczególności: przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

**Podkreślić należy, że nawet jeżeli wykonawca wykonuje pewne czynności na etapie przygotowania postępowania i z tego tytułu pozyskuje informacje, które mogą być pomocne przy sporządzeniu oferty, to nie oznacza to jeszcze, że powinien on niejako z automatu podlegać wykluczeniu.**

Przede wszystkim fakt utrudnienia uczciwej konkurencji może się objawiać w uzyskaniu „przewagi czasowej” lub „przewagi informacyjnej”, którą wykonawca uzyska na rzecz złożenia oferty, a przewaga ta nie zostanie zniwelowana przez zamawiającego. Sam fakt, że ktoś powziął wcześniej informacje, które można wykorzystać do przygotowania oferty nie oznacza, że wykonawcę takiego należy wykluczyć i, że doszło do naruszenia uczciwej konkurencji.

Ustawodawca w tym zakresie, inaczej niż w starej ustawie<sup>3</sup>, przerzucił ciężar zabezpieczenia postępowania przed ewentualnym zakłóceniem konkurencji w związku z udziałem w przygotowaniu postępowania podmiotów, które następnie wezmą udział we właściwym postępowaniu.

<sup>1</sup> Ustawa Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej: „Pzp”.

<sup>2</sup> Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1689 ze zm.), dalej: „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej: „Pzp z 2004 r.”

**Zgodnie z Pzp to zamawiający ma przedsięwziąć określone środki, aby – w związku z samodzielnym udziałem w przygotowaniu postępowania jakiegoś podmiotu – umożliwić mu następnie złożenie oferty i aktywny udział w tym postępowaniu, jednocześnie bez utrudniania uczciwej konkurencji wobec innych wykonawców.**

Takie sposoby zabezpieczenia przed nieuczciwymi praktykami ustawodawca przykładowo wskazał w art. 85 Pzp, podkreślając, że zamawiający zabezpieczając postępowanie musi przekazać i informacje, i dokumenty, które przekazał konkretnemu wykonawcy w ramach przygotowania postępowania. Po drugie zaś musi przewidzieć odpowiedni czas na złożenie oferty, czyli co najmniej 1 dzień dłużej niż minimalny czas określony w Pzp.

**Art. 108 ust. 1 pkt 6** Do całości art. 85 ust. 1 Pzp odwołuje się art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 Pzp, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

**Art. 85 ust. 2** Zgodnie z treścią art. 85 ust. 2 Pzp – przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Wskazany przepis oznacza, że nawet gdyby okazało się, że zamawiający nie był w stanie zapobiec utrudnieniu uczciwej konkurencji w związku z udziałem w przygotowaniu postępowania określonego podmiotu, w przypadku zaistnienia przesłanki do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający powinien jeszcze poprosić wykonawcę o stosowne wyjaśnienia zaistniałych okoliczności, które będą dawały szansę na niewykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

**Orzeczenie KIO z dnia 9 grudnia 2022 r. sygn. akt: KIO 3147/22 wskazuje na taką właśnie sytu-**

**ację. KIO przypomina, że w pierwszej kolejności, to zamawiający w myśl art. 85 ust. 1 Pzp ma podjąć czynności uniemożliwiające zakłócenie konkurencyjności. Zatem, aby wykazać, że udział wykonawcy wybranego zakłócił tę konkurencyjność, najpierw odwołujący powinien być wykazać, że środki podjęte przez zamawiającego były niewystarczające.**

Nadto w orzeczeniu tym zaznacza się, że odwołanie wskazujące na zaistnienie przesłanki do wykluczenia z postępowania konkretnego wykonawcy nie mogło być uznane za skuteczne, także z tego względu, że aby zamawiający mógł skutecznie odrzucić ofertę wykonawcy zaangażowanego w przygotowanie postępowania, musiałby wpieryw umożliwić temu wykonawcy udowodnienie, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji (art. 85 ust. 2 Pzp).

## ŁĄCZNE PRZESŁANKI

Z zestawienia ww. przepisów wyraźnie wynika, że zastosowanie sankcji wykluczenia danego wykonawcy możliwe jest tylko i wyłącznie:

- (1) gdy doradzał on lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, przez co uzyskał on nad innymi wykonawcami nieuzasadnioną przewagę prowadzącą do zakłócenia konkurencji,
- (2) spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

## ŚWIEŻYM OKIEM KIO

Z uwagi na analogiczne brzmienie art. 85 ust. 1 Pzp względem poprzednio obowiązującej Pzp z 2004 r., odnoszącej się do zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, aktualność zachowuje przy tym dorobek doktryny i orzecznictwa dotyczący tego zagadnienia.

**Konsekwentnie w tym orzecznictwie wskazywano, że przez zaangażowanie w przygotowanie postępowania rozumie się sytuację związaną bezpośrednio z danym projektem inwestycyjnym i oparciem się przez zamawiającego na efektach konkretnego wsparcia celem**

### **wszczęcia i przeprowadzenia danego postępowania.**

Poniżej zweryfikowano, na wrywkowych przykładach, czy dotychczasowa linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej pozostaje bez zmian.

## **KONSULTACJE RYNKOWE**

### **Art. 84**

W wyroku KIO z dnia 3 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 147/2022 podniesiono, że przepis art. 85 Pzp, ma na celu eliminację z postępowania tych wykonawców, którzy byli zaangażowani w przygotowanie postępowania, np. uczestniczyli we wstępnych konsultacjach rynkowych, a ich udział zakłócałby konkurencję w stopniu niemożliwym do naprawienia.

Intencją tego przepisu nie było więc wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy wykonali na rzecz inwestorów inne zamówienia pośrednio powiązane z bieżącym, a przede wszystkim zaangażowanych we wstępne konsultacje rynkowe dotyczące tego konkretnego zamówienia, np. poprzez doradztwo, udział w opisanie przedmiotu zamówienia, ustaleniu wartości zamówienia czy sporządzeniu specyfikacji warunków zamówienia.

**Wniosek zatem w tym zakresie jest jeden: udział w konsultacjach rynkowych prowadzonych przed oficjalnym wszczęciem postępowania nie oznacza mechanicznego braku możliwości udziału w przyszłej docelowej procedurze zakupowej.**

## **SZACOWANIE WARTOŚCI ZAMÓWIENIA**

W sprawie rozpatrywanej przez KIO, gdzie był wydany wyrok z dnia 8 marca 2023 r.; sygn. akt: KIO 469/23, wykonawca A. uznał, że wykonawca B. był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe wywodził z okoliczności, iż wykonawca B. realizuje zamówienie publiczne na zaprojektowanie i wdrożenie systemu na podstawie umowy zawartej z zamawiającym w 2012 r. oraz z faktu, że wykonawca ten brał udział w szacowaniu wartości zamówienia i odpowiedział na zapytanie zamawiającego dotyczące przedstawienia oferty cenowej odnośnie wartości planowanego do wszczęcia zamówienia.

Dodatkowo, zdaniem wykonawcy A., o zaangażowaniu wykonawcy B. w przygotowanie postępowania świadczy fakt, że część OPZ stanowi dokumentacja powykonawcza wytworzona właśnie przez niego w ramach realizacji wcześniej wspomnianej umowy z zamawiającym na zaprojektowanie i wdrożenie systemu, z którą należało się zapoznać w trakcie wizji lokalnej.

**KIO uznała, że działanie wykonawcy B. polegające na realizacji wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne można było traktować jako zaangażowanie w przygotowanie obecnego postępowania. Jednakże, co istotne, nie wykazano, aby przez realizację wcześniejszej umowy wykonawca B. działał w celu doradztwa zamawiającemu w przygotowaniu obecnego postępowania, a jedynie w celu należytego wykonania obowiązków nałożonych na niego zawartą umową. To samo, zdaniem KIO, dotyczy rzekomego udziału w szacowaniu wartości zamówienia.**

Wskazać należy, że zapytanie o przedstawienie ofert cenowych zamawiający skierował aż do 16 podmiotów. Dodatkowo, treść zapytania z wszystkimi dokumentami została opublikowana przez zamawiającego na stronie internetowej. Ponadto, zgodnie z treścią zapytania: „Niniejsze zapytanie jest czysto poglądowe i służy ustaleniu szacunkowej kwoty wartości usługi, potrzebnego zespołu ekspertów oraz terminu realizacji. Informacja ta ma na celu wyłącznie rozpoznanie rynku.” Podkreślić należy, że praktyka polegająca na kierowaniu zapytań o przedstawienie ofert cenowych, które następnie stanowią pewien materiał poglądowy przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, jest powszechnie stosowana na rynku i trudno w tym zakresie dopatrywać się *a priori* działań utrudniających uczciwą konkurencję.

Trudno bowiem uznać, że w każdym przypadku podmiot, który odpowiada na takie zapytanie, uczestniczy w przygotowaniu postępowania poprzez udział w szacowaniu wartości zamówienia. Wniosek taki byłby zbyt daleko idący. Zapytanie cenowe było publicznie dostępne i każdy zainteresowany wykonawca mógł udzielić na nie odpowiedzi.

**Wniosek zatem jest taki, że udział w szacowaniu wartości zamówienia nie oznacza mechanicznego braku możliwości udziału w przyszłej docelowej procedurze zakupowej.**

## PISMA W TOCZĄCYM SIĘ POSTĘPOWANIU

W innej sprawie KIO w wyroku z dnia 9 marca 2023 r. – (sprawa o sygn. akt: KIO 493/23) dotknęła innej kwestii. Stan faktyczny sprawy przedstawiał się następująco: wykonawca Y., który ukłasyfikował się na drugiej pozycji rankingowej, zwrócił się pismem do zamawiającego, w którym przedstawił swoje wątpliwości co do dokonanego przez zamawiającego wyboru oferty wykonawcy X. i zaferowanej w ofercie przez tego wykonawcę ceny.

Zamawiający, zapoznając się z przedstawioną przez wykonawcę Y. analizą poszczególnych elementów kosztowych oferty wykonawcy X., podzielił wątpliwości, iż oferowana cena może nosić znamiona rażąco niskiej i postanowił unieważnić czynność wyboru oferty jako najkorzystniejszej i wezwać wykonawcę X. do złożenia w tym zakresie stosownych wyjaśnień.

W wyroku KIO słusznie stwierdziła, że pismo informujące o podejrzeniu rażąco niskiej ceny konkurencji – nie nosiło znamiona „doradztwa”, trudno bowiem tutaj mówić o jakimkolwiek wpływie wykonawcy Y. na przygotowanie zamówienia, jak i zachwianie poziomu konkurencji. Z pewnością nie będzie nim pismo złożone już po wyborze oferty najkorzystniejszej.

**Wniosek jest taki, że prowadzenie korespondencji z zamawiającym nie oznacza mechanicznego braku możliwości udziału w przyszłej docelowej procedurze zakupowej.**

## PODSUMOWANIE

Aktualny pozostaje zatem pogląd, że z automatu żaden wykonawca nie może być „karany” przez zamawiającego za to, że realizował wcześniejsze zamówienie, którego rezultaty zostaną wykorzystane w następnych postępowaniach (np. poprzez opracowanie dokumentacji projektowej, w postaci projektu i kosztorysów inwestorskich), gdy istnieją realne możliwości zrównoważenia ewentualnego uprzywilejowania.

**Tylko z samego faktu udziału określonego wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie wynika bowiem, że wykonawca ten miał przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami postępowania i tym samym powyższe nie może być podstawą do samoistnego uznania, że zachodzi przesłanka do wykluczenia z postępowania opisana w art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp.**



### AGNIESZKA ZABOROWSKA

Adwokat, założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska. Specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, głównie w zakresie takich branż jak: budownictwo, IT, energetyka, sektor medyczny oraz edukacja. Ekspert w zakresie warunków kontraktowych FIDIC. Autorka wielu publikacji dotyczących zamówień publicznych.

**Zamówienia**  
publiczne **DORADCA**

Prestiżowy miesięcznik adresowany  
do zamawiających i wykonawców

STRONA GŁÓWNA O NAS REDAKCJA CENTRUM KSZTAŁCENIA PRENUMERATA ARCHIWUM DODATEK KONTAKT



**Zapraszamy**  
**do odwiedzenia naszej strony internetowej**

**[www.zamowieniapublicznedoradca.pl](http://www.zamowieniapublicznedoradca.pl)**