

Propozycje rozwiązań PKPP Lewiatan w zakresie pre-kwalifikacji

W związku z pracami nad nowelizacją ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk 2154), w imieniu środowiska przedsiębiorców zrzeszonych w PKKP Lewiatan, uprzejmie proszę o rozważenie propozycji legislacyjnych, które będą miały wpływ na rozwój partnerstwa publiczno- prywatnego oraz koncesji na roboty budowlane lub usługi w Polsce.

Jak wiadomo, ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesjach na roboty budowlane lub usługi przewiduje własną procedurę, natomiast ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno- prywatnym odsyła do tej ustawy i do ustawy – Prawo zamówień publicznych (PZP).

Propozycje dotyczą ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi. Ustawa o koncesjach zastąpiła fragmentaryczne uregulowania w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Chociaż więc obecnie koncesja jest uregulowana w odrębnym akcie prawnym, pozostaje ona nadal w nierozzerwalnym związku z systemem zamówień publicznych.

Międzynarodowa praktyka w dziedzinie partnerstwa publiczno- prywatnego wskazuje, że jedną z kluczowych kwestii jest przyciągnięcie do współpracy z sektorem publicznym poważnych, posiadających odpowiednie zasoby przedsiębiorców.

W związku z tym przedsiębiorcy podnoszą, że bardzo istotne znaczenie mają rozwiązania dotyczące wstępnej kwalifikacji ubiegających się o zawarcie umów (*pre-kwalifikacja* i przygotowanie tzw. „krótkiej listy”). Ponieważ przygotowanie ofert współpracy w ramach partnerstwa publiczno- prywatnego jest bardzo kosztowne (nawet do 150 000 zł), kalkulacja celowości uczestnictwa w postępowaniu obejmuje także szanse zawarcia umowy. Jeżeli uczestników jest zbyt wielu, poważni inwestorzy nie są zainteresowani ponoszeniem znacznych kosztów, bowiem prawdopodobieństwo sukcesu radykalnie maleje.¹

Takie stanowisko – co podkreślają – nie podważa w najmniejszym stopniu zainteresowania partnerstwem w Polsce, ale podyktowane jest wyłącznie koniecznością racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej.

W związku z powyższym zwracamy się w imieniu środowiska przedsiębiorców o rozważenie propozycji przepisów dotyczących:

- 1) określenia liczby zaproszonych do dialogu i negocjacji (*pre-kwalifikacja*),
- 2) eliminacji rozwiązań porównywanych przez zamawiającego (etapy dialogu).

Pre-kwalifikacja

Przepis art. 60d PZP² przewiduje, że zamawiający (podmiot publiczny) zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w liczbie

¹ E.R. Yescombe, *Public private-partnerships. Principles of policy and finance*, (§6.3.3 Pre-qualification), London 2007, str. 79

² Art. 60d. 1. O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

określonej w ogłoszeniu. Określenie w ogłoszeniu liczby zaproszonych do dialogu dotyczy etapu oceny podmiotowej wykonawcy.

Ponieważ umowy partnerstwa najczęściej będą miały wartość przekraczającą progi określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, zamawiający jest zobowiązany do zaproszenia do dialogu nie mniej niż 5 wykonawców. Chciałabym podkreślić, że – paradoksalnie - przepisy polskiej ustawy nakazują zaproszenie do dialogu większą liczbę wykonawców w postępowaniu o udzielenie dużych zamówień (a to takich należą partnerstwa), niż w przypadku mniejszych zamówień. Paradoks polega na tym, że to właśnie w przypadku wielkich zamówień koszty uczestnictwa dla przedsiębiorców są nieporównywalnie większe.

W tym miejscu należy podkreślić, że przepis art. 60d PZP nie odzwierciedla z przepisów dyrektywy 2004/18/WE³. Przepis art. 44 ust. 3 ak. 2 dyrektywy jednoznacznie stanowi, że „w procedurze dialogu konkurencyjnego minimalna liczba oznacza trzech kandydatów”. Dopiero, gdy uczestnictwo w postępowaniu trzech wykonawców nie zapewni konkurencji, zamawiający zaprasza większą ich liczbę.

W opinii przedsiębiorców, popartej doświadczeniami z państw, w których partnerstwo odniosło sukces, przepis podwyższający w stosunku do regulacji europejskich minimalną liczbę zaproszonych do dialogu nie sprzyja wzmocnieniu konkurencji. Zwiększenie liczby zaproszonych do dialogu tylko pozornie podnosi konkurencyjność postępowania i jest korzystne dla sektora publicznego, ponieważ najpoważniejsi oferenci są bardziej wstrzemięźliwi w angażowaniu środków w uczestnictwo w postępowaniu. Zapewne jest to wbrew intencjom ustawodawcy. Krótko rzecz ujmując, wskutek tego przepisu być może będzie więcej ofert, ale najpewniej będą one niższej jakości i będą pochodziły od mniej doświadczonych oferentów.

Jeżeli zamawiający – po rozeznaniu rynku – uzna, że może liczyć na więcej interesujących ofert, nic nie stoi na przeszkodzie aby w ogłoszeniu określił liczbę uczestników postępowania na więcej niż 3.

Dlatego zwracamy się o rozważenie nowelizacji przepisu art. 60d polegającej na zmniejszeniu określonej w ogłoszeniu liczby zapraszanych do dalszego etapu postępowania do trzech wykonawców.

Poniżej przedstawiamy propozycję zmiany art. 60d ust. 2 PZP:

Art. 60d ust. 2. Zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3.

W myśl art. 14 ust. 1 ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi „koncesjodawca zaprasza do udziału w negocjacjach kandydatów, którzy złożyli wnioski zgodnie z art. 13”. Zgodnie z gramatyczną wykładnią tego przepisu należy przyjąć, że ustawa o koncesji nie w ogóle nie dopuszcza prekwalfikacji, co niewątpliwie negatywnie odbije się na spopularyzowaniu tej formy partnerstwa publiczno-prywatnego. Stąd pozwalam sobie zaproponować wprowadzenie odpowiednich przepisów do ustawy o koncesjach:

1) *W art. 11 po pkt 6 dodaje się pkt 6¹ w brzmieniu:*

2. Zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5.

³ Dyrektywa Parlamentu i Rady 2004/18/WE koordynującej procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. WE L 134 z 30.4.2004, str. 114; Polskie wyd. spec. Dz. Urz., WE rozdz. 6, t. 1, str. 132).

6¹) informację, czy koncesjodawca zamierza ograniczyć liczbę kandydatów, których zaprosi do negocjacji wraz ze znaczeniem i sposobem oceny warunków udziału w negocjacjach;

2) Art. 14 ust. 1 nadaje się brzmienie:

1. Koncesjodawca zaprasza do udziału w negocjacjach kandydatów, którzy złożyli wnioski zgodnie z art. 13, z zastrzeżeniem art. 14¹.

3) Po art. 14 dodaje się art. 14¹ w brzmieniu:

Art. 14¹ 1. Koncesjodawca może ograniczyć, co najmniej do trzech, liczbę kandydatów, których zaprosi do negocjacji, o czym informuje w ogłoszeniu o koncesji.

2. W przypadku określonym w ust. 1, koncesjodawca zaprasza kandydatów, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w negocjacjach.

3. Kandydatów, którzy nie zostali zaproszeni do negocjacji na podstawie ust. 2, koncesjodawca niezwłocznie informuje o nieprzyjęciu ich wniosków, wraz podaniem uzasadnienia.

Eliminacja rozwiązań w toku dialogu konkurencyjnego

Drugim, nie mniej istotnym dla powodzenia programu partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, zagadnieniem jest racjonalne i skuteczne przeprowadzenie samego dialogu konkurencyjnego.

Możliwość ograniczenia zestawu rozwiązań, które są przedmiotem dialogu konkurencyjnego jest wprost przewidziana w art. 29 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE.⁴ Na walory tego przepisu wyraźnie zwraca uwagę także Komisja Europejska w Nocie Wyjaśniającej⁵.

Niestety ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zawiera przepisu, który *expressis verbis* pozwalałaby na eliminację rozwiązań przedstawionych w toku dialogu. Wręcz przeciwnie – przepis art. 60e PZP – nakazuje prowadzenie dialogu do momentu, gdy zamawiających jest w stanie określić rozwiązanie lub rozwiązania „w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców”⁶. Wydaje się, że takie sformułowanie przepisu nakazuje porównywanie wszystkich rozwiązań.

Unormowanie polskiej ustawy niepotrzebnie odchodzi od europejskiego wzorca i powoduje utrudnienie oraz podniesienie kosztów prowadzonego postępowania. Stąd zwracam się z prośbą o rozważenie nowelizacji przepisów ustawy, która umożliwiłaby prowadzenie dialogu konkurencyjnego etapami, stopniowo zawężając wachlarz propozycji porównywanych przez zamawiającego.

Poniżej przedstawiamy propozycję uregulowania etapów w dialogu konkurencyjnym.

1) W art. 60c w ust. 1 po punkcie 2 dodaje się punkt 3 w brzmieniu:

Art. 60c. 1. pkt 3) informację o zamiarze prowadzenia dialogu etapami, jeżeli zamawiający przewiduje etapy.

⁴ Art. 29. 4. Aby ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych na etapie dialogu, instytucje zamawiające mogą przewidzieć, że procedura toczyć się będzie w następujących po sobie etapach, stosując kryteria udzielania zamówienia wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym. Możliwość skorzystania z takiego rozwiązania instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym.

⁵ Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, 3.2.1. Gradual limitation of the number of solutions to be examined, str. 6.

⁶ Art. 60e. 1. Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców.

2) Przepis art. 60e otrzymuje brzmienie:

Art. 60e. 1. Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców⁷.

2. Zamawiający może prowadzić dialog w kilku etapach. Po zakończeniu każdego etapu zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców o rozwiązaniu lub rozwiązaniach, które będą przedmiotem dialogu w kolejnym etapie. Wyboru rozwiązania lub rozwiązań zamawiający dokonuje na podstawie kryteriów oceny ofert.

3. Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu.⁸

4. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający niezwłocznie przekazuje wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia, przygotowaną na podstawie rozwiązania lub rozwiązań przedstawionych w dialogu, a gdy dialog był prowadzony etapami – na podstawie rozwiązania lub rozwiązań będących przedmiotem ostatniego etapu dialogu. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 nie stosuje się.

5. Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Przepisy art. 45 i 46 stosuje się⁹.

Polska Konfederacja
Pracodawców Prywatnych Lewiatan

Warszawa, 26 sierpnia 2009 r.

⁷ Brzmienie ust. 1 pozostałoby bez zmian.

⁸ Obecny art. 60e ust. 2.

⁹ Obecny art. 60e ust. 4.