



**Dialog konkurencyjny jako jeden z trybów
wyboru partnera prywatnego**

grupa doradcza
sienna

Warszawa, styczeń 2012 r.

I. WARUNKI KORZYSTANIA Z PUBLIKACJI

Niniejsza analiza została opracowana na zlecenie ministerstwa Rozwoju Regionalnego.

Obserwacje, analizy, interpretacje i wnioski zawarte w przedmiotowej analizie nie stanowią oficjalnego stanowiska Ministerstwa. Ministerstwo nie przyjmuje odpowiedzialności za informacje zawarte w analizie ani za jakiegokolwiek konsekwencje wynikające z ich wykorzystania. Ryzyko związane z wykorzystaniem powyższych informacji ponoszą użytkownicy.

Ministerstwo Rozwoju Regionalnego upoważnia odbiorców niniejszej publikacji do użytkowania, pobierania, wyświetlania, powielania i drukowania jej treści. Jednocześnie zastrzega jednak, że w przypadku korzystania z treści niniejszego dokumentu użytkownik powinien wskazać źródło wykorzystywanych materiałów, a ponadto bezwzględnie zabronione jest wykorzystywanie niniejszego dokumentu lub jego treści do celów komercyjnych.

II. PRZEDMIOT ANALIZY

Przedmiotem analizy jest ocena zagadnienia związanego z dialogiem konkurencyjnym jako jednego z trybów wyboru partnera prywatnego.

III. PODSTAWA OPRACOWANIA ANALIZY

1. Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100, z późn. zm.);
2. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.);
3. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.);
4. 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.U.U.E.L.04.134.114);

5. Komunikat Wyjaśniający Komisji Europejskiej z dnia 5 lutego 2008 r. w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP);
6. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2010;
7. J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski; Prawo Zamówień Publicznych, Warszawa 2007 r.;
8. Partnerstwo publiczno-prywatne – Poradnik; Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010 r.;
9. T. Skoczyński, Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, LEX;
10. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2011 r. (sygn. akt KIO/1798/11);

IV. POJĘCIA

Ilekcroć w niniejszej Opinii jest mowa o:

1. „Prawie zamówień publicznych” lub „ustawie Pzp”. – należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.);
2. „Ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym” lub „ustawie p.p.p.” lub „u.p.p.p.” – należy przez to rozumieć ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100, z późn. zm.);
3. „P.p.p.” – należy przez to rozumieć partnerstwo publiczno-prywatne;
4. „Kodeksie cywilnym” lub „k.c.” – należy przez to rozumieć ustawę Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. 1964r. nr 16, poz. 93 z późn. zmian.);
5. „KIO” – należy przez to rozumieć Krajową Izbę Odwoławczą;
6. Analizie lub Opinii – należy przez to rozumieć niniejszą opinię.

V. ANALIZA

Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno prywatnym reguluje zasady i tryb współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Treścią tej współpracy jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. W zależności od formy wynagrodzenia partnera prywatnego, reżim prawa zamówieniowego Unii Europejskiej, wyznaczany dyrektywami i zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wyróżnia ogólne zasady wyboru partnera oraz przepisy

koncesyjne (koncesja na roboty budowlane lub usługi). Nadmienić należy, że na gruncie prawa wspólnotowego przez pojęcie koncesji rozumieć należy zamówienie publiczne (na roboty budowlane lub usługi), w którym wynagrodzeniem wykonawcy (koncesjonariusza) jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub prawo do eksploatacji usługi, przyznane za wzniesienie obiektu budowlanego lub świadczenia usługi.

Zarówno partnerstwo publiczno-prywatne jak również instytucja koncesji w ujęciu prawnym stanowią szczególną formę umów o zamówienie publiczne. O takim charakterze powyższych typów umów decydować będzie zaangażowanie środków publicznych (pieniężnych lub niepieniężnych) w ramach kontraktu z podmiotem prywatnym w celu realizacji zadania publicznego. W konsekwencji takie umieszczenie partnerstwa publiczno-prywatnego w systemie prawnym skutkuje koniecznością stosowania przez podmioty publiczne przy zawieraniu tego typu umów zasad wynikających z prawa wspólnotowego, w szczególności ujętych w Dyrektywie 2004/18 oraz w prawie pierwotnym - Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że przez partnerstwo publiczno-prywatne rozumie się partnerstwo sektora publicznego i prywatnego mające na celu realizację przedsięwzięć lub świadczenie usług, tradycyjnie dostarczanych przez sektor publiczny. Współpraca ta opiera się na założeniu, iż każda ze stron jest w stanie wywiązać się z własnych, powierzonych jej zadań sprawniej niż druga strona. Dzięki podziałowi zadań, odpowiedzialności i ryzyk w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego osiąga się najbardziej efektywny ekonomicznie sposób tworzenia infrastruktury i dostarczania usług publicznych. Wśród kluczowych elementów współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego wymienić należy: charakter celowy, którym jest realizacja przedsięwzięć, podział ryzyk oraz obustronną korzyść.

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym wyróżnia dwie zasadnicze procedury wyboru partnera prywatnego:

- zgodnie z przepisami ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi,
- zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych,

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy p.p.p., jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz.

101, Nr 157, poz. 1241 i Nr 223, poz. 1778), w zakresie nieuregulowanym w ustawie p.p.p. Natomiast art. 4 ust. 2 stanowi, iż w innych przypadkach również w zakresie nieuregulowanym w ustawie p.p.p. do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Podmioty publiczne nie mogą sobie dowolnie wybrać najdogodniejszej dla siebie procedury, albowiem wybór każdej z nich jest ściśle uzależniony od spełnienia przesłanek uprawniających i jednocześnie zobowiązujących do skorzystania z danej procedury opisanej w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Natomiast wybór odpowiedniej procedury jest o tyle istotny, że jej niewłaściwe zastosowanie może skutkować nieważnością umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Należy zauważyć, że pomimo faktu iż ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym w art. 4 ust. 2 odsyła do ustawy Pzp to jednocześnie nie precyzuje, które tryby należy stosować przy wyborze partnera prywatnego. W konsekwencji wybór ten powinien zostać przeprowadzony w oparciu o jeden z kilku trybów przewidzianych tą ustawą:

- przetargu nieograniczonego,
- przetargu ograniczonego,
- negocjacji z ogłoszeniem,
- dialogu konkurencyjnego,
- negocjacji bez ogłoszenia,
- zamówienia z wolnej ręki,
- licytacji elektronicznej.

Jak wynika jednak z założeń ustawy, umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym wymaga aby przy wyborze partnera sięgnąć po tryby, które cechuje większa elastyczność niż klasyczny przetarg. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na rekomendacje Komisji Europejskiej co do wyboru optymalnego trybu dla selekcji partnera prywatnego. W Komunikacie Wyjaśniającym Komisji z dnia 5 lutego 2008 r. w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP), Komisja wskazała w jaki sposób należy (w opinii Komisji) stosować przepisy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do tworzenia oraz działalności ZPPP. W powyższym dokumencie Komisja Europejska w szczególności zwróciła uwagę na fakt, że niezależnie od metody utworzenia ZPPP, przepisy prawa wspólnotowego dotyczące zamówień publicznych i koncesji wymagają od podmiotu zamawiającego, aby przestrzegał przejrzystej i sprawiedliwej procedury podczas wyboru partnera prywatnego. Komisja stoi na stanowisku, że jeśli utworzenie zinstytucjonalizowanych partnerstw

publiczno-prywatnych pociąga za sobą przyznanie podmiotowi z kapitałem mieszanym zamówienia publicznego podlegającego w całości dyrektywie 2004/18/WE, w związku ze złożonością finansowych i prawnych aspektów takich konstrukcji, może się okazać, że otwarte i ograniczone procedury zdefiniowane w tej dyrektywie nie są dostatecznie elastyczne. Komunikat wyjaśnia, że z myślą o takich sytuacjach w dyrektywie 2004/18/WE wprowadzono procedurę dialogu konkurencyjnego, która ma za zadanie chronić konkurencję między wykonawcami i umożliwić podmiotom zamawiającym omówienie wszystkich aspektów danego zamówienia.

Podkreślenia wymaga fakt, że powyższe założenia przyświecały również tworzeniu obowiązującej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zgodnie z uzasadnieniem rządowym do projektu ustawy p.p.p.: *„najbardziej właściwym trybem wyboru partnera prywatnego będzie, uregulowany w art. 60a- 60e ustawy – Prawo zamówień publicznych, tryb dialogu konkurencyjnego. Jeżeli postępowanie będzie prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego – przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych mogą być stosowane wprost, bez modyfikacji. Ten tryb udzielenia zamówienia publicznego jest bowiem na tyle elastyczny, że nie wymaga jakichkolwiek modyfikacji w przypadku realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego. Zastosowanie tego trybu ma również tę zaletę, że podmiot publiczny stosujący wprost i w pełni przepisy o dialogu konkurencyjnym – inaczej niż w przypadku innych trybów – nie będzie w ogóle musiał sięgać także po przepisy prawa wspólnotowego, aby się nie narazić na zarzut ich naruszenia. Wynikające z „odpowiedniego” stosowania modyfikacje stosowania innych przepisów nie mogą bowiem dotyczyć materii uregulowanej w prawie Unii Europejskiej najbardziej właściwym”.*

Jak zostało to już wskazane powyżej procedura dialogu konkurencyjnego została pierwotnie przyjęta w art. 29 dyrektywy 2004/18. W świetle postanowień dyrektywy procedura ta z założenia miała zastosowanie w przypadku szczególnie złożonych zamówień, jeżeli instytucje zamawiające uznają, że zastosowanie procedury otwartej lub ograniczonej nie pozwoli na udzielenie zamówienia. W dyrektywie 2004/18 podano przykładowe sytuacje, które można potraktować jako zamówienie o szczególnie złożonym charakterze. Sytuacje te mogą wystąpić „w szczególności podczas wdrażania istotnych, zintegrowanych projektów, w zakresie infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych, których postaci finansowej lub prawnej nie można z góry przewidzieć”. W polskich przepisach prawa zamówień publicznych, aby można było udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego spełnione muszą zostać łącznie dwie przesłanki:

- Nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter

zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia,

- Cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

W świetle powyższych przesłanek, aby skorzystać z trybu dialogu konkurencyjnego przede wszystkim musi zaistnieć szczególnie złożony charakter zamówienia, z którego wynika, że zamawiający nie jest w stanie obiektywnie opisać przedmiotu zamówienia lub uwarunkowań finansowych lub prawnych, które mogą mieć wpływ na wykonanie zamówienia. Analizując wyrok z dnia 6 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1798/11), w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał wyboru trybu postępowania na Budowę Parku Wodnego w Świdnicy przeprowadzając postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego, należy zwrócić uwagę, że KIO w swoim orzeczeniu zwróciła szczególną uwagę na przesłankę szczególnej złożoności zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza m.in. wskazała, że niemożność podyktowana szczególnie złożonym charakterem zamówienia, która w konsekwencji skutkuje niemożnością opisanego przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy Pzp musi mieć charakter obiektywny, a nie wynikać jedynie z subiektywnego przekonania zamawiającego. Izba uznała również, że mając na względzie opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia oraz fakt, iż zamawiający posiada projekty budowlane i wykonawcze nie sposób uznać, że zamówienie ma szczególnie skomplikowany charakter. Zdaniem Izby skoro zamawiający dysponuje zarówno dokumentacją projektową jak i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych obejmujące cały przedmiot zamówienia to nie wystąpiła niemożność opisanego przedmiotu zamówienia na roboty budowlane zgodnie z art. 31 ustawy Pzp. uzasadniająca wybór dialogu konkurencyjnego. W takim wypadku bowiem czynnikiem obiektywnym nie jest chęć uzyskania jak najlepszej ceny oraz jakości budowlanego obiektu. W ocenie KIO trybu dialogu konkurencyjnego nie uzasadnia również fakt, iż w stosunku do posiadanego projektu na rynku budowlanym zaszły znaczące zmiany, które mogą mieć wpływ na koszty budowy oraz eksploatacji obiektu, co powoduje konieczność rozważenia ewentualnej zmiany w projekcie.

Opiniujący wskazuje, że w przytoczonej powyżej sprawie należy podzielić argumentację Krajowej Izby Odwoławczej, nie mniej jednak podkreślenia wymaga fakt, iż analizowane postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego prowadzone było w ramach procedury na udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Pzp., nie dotyczyło zaś procedury zawarcia umowy o partnerstwo publiczno-prywatne. W takim wypadku należy dokonać interpretacji przesłanek udzielenia zamówienia w trybie dialogu

konkurencyjnego w świetle założeń i specyfiki wynikającej z regulacji dotyczących inwestycji prowadzonych w oparciu o partnerstwo publiczno- prywatne.

Przede wszystkim dokonując ponownej oceny przesłanki, zgodnie z którą: „zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego jeżeli nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 **lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonywania zamówienia**”, należy rozróżnić dwie sytuacje. W pierwszej z nich ważne jest zarówno to, że zamówienie dotyczy przedmiotu, co do którego nie przyjęto jednolitych standardów, czy to w drodze normatywnej, czy też faktycznej przez działanie rynku, jak również obiektywna niemożność dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymaganych parametrów i cech jakościowych, ale także obiektywnego opisu funkcjonalnego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że w świetle wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, opracowanymi przez Urząd Zamówień Publicznych, przyjmuje się że o zamówieniu szczególnie skomplikowanym pod względem technicznym możemy mówić w sytuacji gdy zamawiający nie może opisać – czy to za pomocą specyfikacji technicznej czy też przez wymagania funkcjonalne – przedmiotu zamówienia lub też wówczas gdy zamawiający nie potrafi określić, które z dostępnych rozwiązań technicznych będzie najbardziej odpowiadało potrzebom związanym z realizacją przedsięwzięcia.

W drugiej sytuacji zamawiający, pomimo tego że mógłby opisać przedmiot zamówienia (np. w sensie technicznym) to opis ten będzie pełny, gdyż zamawiający nie jest w stanie opisać obiektywnie uwarunkowań finansowych lub prawnych, które wpływają na zakres i realizację zamówienia. W doktrynie podnosi się jednak, że w obydwu przypadkach niemożność ta z pewnością nie może wynikać jedynie z przyczyn subiektywnych, zależnych od zamawiającego, jak np. dostępność odpowiednio wykwalifikowanych pracowników.

Przekładając powyższe rozważania na grunt ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym, biorąc pod uwagę charakter tej instytucji, warto zwrócić uwagę, że **kluczowym elementem przy partnerstwie publiczno- prywatnym jest negocjowanie uwarunkowań finansowych oraz prawnych.** Należy zauważyć, że głównym elementem definiującym partnerstwo publiczno- prywatne jest podział zadań i ryzyk pomiędzy strony umowy.

W ramach kontraktu partnerstwa publiczno-prywatnego strony dzielą się zadaniami, którego podziału ustawodawca nie reguluje w ustawie p.p.p. Ustawa nie zawiera również samej definicji „zadania”. Językowa wykładnia tego pojęcia wskazuje, że są to czynności organizacyjne i prawne, których cały szereg składa się na realizację przedsięwzięcia. Zadaniem będzie więc m. in. opracowanie projektu, wykonywanie robót budowlanych, utrzymanie i zarządzanie składnikami majątkowymi, jak również uzyskanie niezbędnych koncesji lub pozwoleń. W zakresie współdziałania podmiot publiczny może przyjąć na siebie szereg zadań natury formalno-organizacyjnej (np. opracowanie projektu, uzyskanie warunków zabudowy terenu, pozwolenia na budowę, a także innych niezbędnych zezwoleń i pozwoleń). Jednakże jak podkreśla się w literaturze przedmiotu najważniejszą i najczęstszą w praktyce formą udziału podmiotu publicznego będzie wniesienia wkładu własnego.

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie precyzuje również i nie wprowadza kategorii ryzyka. Pojęcie „ryzyka” interpretuje się zazwyczaj jako prawdopodobieństwo powstania szkody obciążające osobę poszkodowaną niezależnie od jej winy. Należy zauważyć, że samodzielna realizacja inwestycji oznacza przyjęcie ryzyka przez inwestora. Na gruncie przedsięwzięć realizowanych w oparciu o ustawę p.p.p. ryzyka dzielone są pomiędzy partnerów, przy czym podstawową zasadą ich podziału powinno być przeniesienie poszczególnych ryzyk na stronę, która najlepiej potrafi je kontrolować i skutecznie niwelować skutki ich wystąpienia. Jest to o tyle istotne, że właściwy podział ryzyk przesądzał będzie o sukcesie przedsięwzięcia partnerskiego, optymalizując jego efektywność, zdolność generowania przychodów i zaspokajania potrzeb publicznych. Chociaż jak zostało to już wspomniane sama ustawa p.p.p. nie pozwala na ustalenie ryzyk w przedsięwzięciu tego typu, to w praktyce uwzględnia się postanowienia Wytycznych Komisji Europejskiej z 2003 r., biorąc pod uwagę i negocjując w trakcie procedury wyboru partnera prywatnego m. in.:

- ryzyka związane z budową (opóźnienie w zakończeniu robót budowlanych, niezgodność z warunkami dotyczącymi ustalonych standardów wykonania robót, wzrost kosztów, nieużyteczność składnika majątkowego);
- ryzyka związane z dostępnością (niemożliwość dostarczenia zakontraktowanej ilości usług, niemożliwość dostarczenia usług w określonej ilości, sposób i jakość pracy wykonywanych w celu dostarczenia usług, wystąpienie zmian technologicznych);
- ryzyka związane z popytem (pojawienie się konkurencji, cykliczność popytu, zastosowanie przestarzałych technologii);

- ryzyka związane z przygotowaniem przedsięwzięcia (dostępność informacji dotyczących planowanej realizacji przedsięwzięcia, wprowadzenie zmian w specyfikacji wyboru partnera, rezygnacja z realizacji przedsięwzięcia);
- ryzyko związane z przychodami przedsięwzięcia (funkcjonowanie wynagrodzenia partnera prywatnego ramach przedsięwzięcia; zmiana w obowiązującym mechanizmie cenowym; zmiany we wdrożeniu mechanizmu poboru opłat związanych z przedsięwzięciem) oraz związane z nim ryzyko taryfowe (ryzyko wystąpienia zmian w regulacjach dotyczących systemu opłat w ramach danej dziedziny usług użyteczności publicznej, które mają wpływ na koszty realizacji przedsięwzięcia lub w wyniku których zmianie ulegnie zakres praw i obowiązków stron w ramach przedsięwzięcia);
- ryzyko związane ze stanem środowiska naturalnego (ryzyka związane z lokalizacją działań, mających na celu poprawę stanu środowiska naturalnego przed rozpoczęciem realizacji przedsięwzięcia, ryzyka związane z pogorszeniem się stanu środowiska naturalnego w wyniku realizacji przedsięwzięcia);
- ryzyka związane z lokalizacją przedsięwzięcia (stan prawny nieruchomości, odkrycia archeologiczne lub inne związane z dziedzictwem kulturowym, właściwość istniejącej infrastruktury, dostępność siły roboczej);
- ryzyko związane z przekazaniem składników majątkowych (stan składników majątkowych przed ich przekazaniem, przepływ informacji dotyczących składników majątkowych zaangażowanych w przedsięwzięcie, wykonanie obowiązków i egzekucja praw związanych z dokonaniem przekazania; wierzytelność i inne prawa związane z danym składnikiem majątkowym; konieczność transferu siły roboczej).

Podsumowując powyższe rozważania, w ocenie sporządzającego opinie, w analogicznym stanie faktycznym jak opisany w przywołanym powyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2011 r. natomiast związanym z wyborem partnera prywatnego przedsięwzięcia w oparciu o przepisy ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, zważywszy na naturę projektów partnerstwa jak również uwzględniając różnice leżące u podstaw takich projektów w stosunku do projektów tradycyjnych - posiadanie przez stronę publiczną na etapie opisu przedmiotu zamówienia dokumentów takich jak projekt budowlany, wykonawczy, decyzji budowlanych lub środowiskowych lub innych dokumentów związanych ze specyfikacją techniczną, nie jest w takim wypadku okolicznością wyłączającą zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego. W przypadku procedury o zawarcie umowy p.p.p. pomimo faktu, iż podmiot publiczny jest w stanie opisać przedmiot zamówienia w sensie technicznym w oparciu o posiadane dokumenty i pozwolenia, to należy przyjąć, że opis ten nie może być pełny w związku z brakiem możliwości opisanie uwarunkowań finansowych oraz prawnych (podział ryzyk) wpływających na zakres realizacji projektu. Przypomnieć należy, że właśnie na złożoność

aspektów finansowych oraz prawnych powoływała się Komisja Europejska w przytoczonym już komunikacie, rekomendując dialog konkurencyjny jako tryb wyboru partnera prywatnego.

Ponadto analizując ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym pod kątem zasadności zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego należy zwrócić uwagę na drugą z przesłanek wymienionych w art. 60 b ust. 1 tj. możliwość udzielenia zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego w przypadku gdy cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Warto przy tym podkreślić, że w literaturze przedmiotu wskazuje się, iż przepisy ustawy Pzp. zawierają kryteria oceny ofert niedostosowane do wyboru partnera prywatnego do realizacji przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego. Jest to uzasadnione faktem, że przedsięwzięcia partnerstwa cechują się dużym stopniem skomplikowania, znacznym zakresem współpracy podmiotu publicznego z partnerem prywatnym, podziałem pomiędzy nich ryzyk oraz z reguły długoletnim okresem współpracy. To oznacza, że całkowicie niewystarczające jest stosowanie kryterium ceny, szczególnie wówczas gdy jest ono stosowane jako jedyne kryterium.

Szczególną regulację w tym zakresie wprowadza art. 6 u.p.p.p. zgodnie z którym najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Ustawa ustanawia podział kryteriów oceny ofert na kryteria obligatoryjne, które muszą być uwzględnione w każdym postępowaniu o wybór partnera prywatnego tj. podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym oraz terminy i wysokość przewidywalnych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane; - oraz kryteria fakultatywne wśród których wymienia się:

- podział dochodów pochodzących w przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
- stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego;
- efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych;
- kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania, serwis.

Tym samym w przypadku procedury związanej z zawarciem umowy o partnerstwo publiczno-prywatne, postępowanie takie musi spełniać jednocześnie przesłankę uregulowaną w art. 60 a ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. właściwą dla zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego - tj. cena nie może być jedynym kryterium wyboru

najkorzystniejszej oferty. Mając zaś na uwadze wcześniejsze argumenty należy zauważyć, że charakter prawny przedsięwzięć partnerstwa publiczno- prywatnego, wynikający z ustawy p.p.p., pozwala na przyjęcie tezy, iż co do zasady przedsięwzięcia te spełniają przesłanki umożliwiające wybór partnera prywatnego w trybie dialogu konkurencyjnego.

W zakresie wymogów uzasadnienia wyboru dialogu konkurencyjnego jako trybu selekcji partnera prywatnego w przypadku posiadania przez stronę publiczną dokumentacji technicznej i niezbędnych pozwoleń stanowiących element opisu przedmiotu zamówienia, strona publiczna powinna wskazać w takim uzasadnieniu brak możliwości pełnego opisu ze względu na niemożność określenia uwarunkowań prawnych czy też finansowych związanych z koniecznością ustalenia zadań i ryzyka w realizacji inwestycji.

W ocenie sporządzającego opinię również wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu powyższych elementów powinno być wystarczające. Należy zauważyć, że publikacja ogłoszenia o wszczęciu postępowania jest pierwszym etapem wyboru partnera prywatnego. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego ustawa nakazuje stosować odpowiednio przepisy art. 40 ustawy Pzp., które określają miejsce publikacji w zależności od wartości zamówienia, określają kolejność publikacji i zawartość ogłoszeń publikowanych w różnych miejscach. W celu prawidłowego skonstruowania ogłoszenia o zamówieniu wszczynający postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający powinien umieścić informacje pozwalające wykonawcom na przygotowanie się do dialogu lub opis, w jaki sposób informacje takie można uzyskać. Opis potrzeb i wymagań zamawiającego będzie w istocie przekazaniem założeń co do przyszłego opisu przedmiotu zamówienia – określeniem obszarów, jakich dotyczyć będzie dialog (negocjacje) prowadzony na dalszym etapie postępowania, w tym uwarunkowań technicznych, prawnych i finansowych. Jeżeli zatem strona publiczna posiada projekt budowlany oraz wszelkie niezbędne pozwolenia i decyzje, powinna wskazać, że w ramach procedury dialogu z potencjalnymi podmiotami prywatnym negocjowane będą uwarunkowania finansowe oraz prawne. Niezbędne jest jednak wskazanie w treści ogłoszenia, że postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym. W ocenie sporządzającego opinię kwalifikacja przedsięwzięcia jako przedsięwzięcia partnerstwa publiczno- prywatnego, uwzględniając założenia ustawy p.p.p. oraz naturę takich inwestycji, stanowi wystarczające uzasadnienie dla skorzystania z trybu dialogu konkurencyjnego w wyborze partnera prywatnego i nie powinno budzić wątpliwości co do zasadności zastosowania takiego trybu.

VI. PODSUMOWANIE

Podsumowując należy stwierdzić, iż dialog konkurencyjny, jako tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być zatem zastosowany, gdy zamawiający w początkowej fazie postępowania nie jest w stanie wystarczająco dokładnie opisać przedmiotu zamówienia. Dotyczy to w szczególności nie tylko technicznych, lecz także prawnych lub finansowych uwarunkowań wykonania zamówienia. Biorąc pod uwagę opisany w niniejszej analizie charakter prawny przedsięwzięć realizowanych w oparciu o ustawę o partnerstwie publiczno- prywatnym, należy stwierdzić, iż zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego w celu wyboru partnera prywatnego wydaje się być najbardziej odpowiednie dla tego rodzaju inwestycji. Podkreślenia wymaga fakt, iż nawet w przypadku gdy strona publiczna posiada gotowy projekt techniczny dla przedsięwzięcia, przez co brak jest konieczności negocjowania warunków technicznych przedsięwzięcia, przy partnerstwie publiczno- prywatnym niezbędne staje się negocjowanie uwarunkowań finansowych oraz prawnych, w tym w szczególności w zakresie podziału zadań oraz ryzyk między strony umowy o partnerstwo publiczno- prywatne.

VII. ZASTRZEŻENIE

Analiza niniejsza została opracowana wyłącznie w oparciu o dokumenty wymienione w Materiale wyjściowym do opracowania opinii. W związku z powyższym Wykonawca zastrzega, iż inne niewskazane przez Zleceniodawcę fakty i okoliczności mogą prowadzić do powstania odmiennych skutków prawnych, niż określone w opinii albo powodować zdarzenia prawne odmiennie kwalifikujące fakty, o których mowa w przedmiocie analizy.