



Platforma

Partnerstwa Publiczno-Prywatnego

www.ppp.gov.pl

ppp@mir.gov.pl

Wybór doradcy dla projektu partnerstwa publiczno-privatnego - praktyczne wskazówki dla strony publicznej

Marzec 2014

Warunki korzystania z niniejszej publikacji

Niniejsza publikacja została opracowana w celu wzbogacenia i pobudzenia dyskusji na temat partnerstwa publiczno – prywatnego, w także w celu propagowania dobrych praktyk w tej dziedzinie. Jest ona wynikiem prac Platformy Partnerstwa Publiczno – Prywatnego powołanej w 2011 r. z inicjatywy ówczesnego Ministra Rozwoju Regionalnego.

Obserwacje, analizy, interpretacje i wnioski zawarte w przedmiotowym materiale nie stanowią oficjalnego stanowiska Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju (MliR) i nie mogą stanowić podstawy do formułowania jakichkolwiek roszczeń. Ponadto, MliR nie odpowiada za błędne interpretacje treści publikacji, ani za następstwa czynności podjętych na ich podstawie. W związku z tym użytkownik korzystający z informacji zawartych w niniejszej publikacji czyni to na swoją wyłączną odpowiedzialność.

Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju upoważnia odbiorców niniejszej publikacji do jej użytkowania, pobierania, wyświetlania, kopiowania i rozpowszechniania, w całości lub w części, ze wskazaniem źródła pochodzenia cytowanych materiałów. Bezwzględnie zabronione jest wykorzystywanie niniejszego dokumentu i jego treści do celów komercyjnych.

Dokument może zawierać odesłania do serwisów internetowych podmiotów trzecich. MliR nie ponosi odpowiedzialności za takie serwisy, a korzystanie z nich może podlegać szczegółowym warunkom.

Publikacja powstała w Departamencie Wsparcia Projektów Partnerstwa Publiczno – Prywatnego. Przygotowała: Marta Woźniak, pod kierunkiem Roberta Kałuży i Marcina Jędrasika.

Spis treści

1.	Wprowadzenie	4
2.	Rola doradztwa w projektach ppp.....	6
2.1.	Doradztwo prawne.....	11
2.2.	Doradztwo ekonomiczno – finansowe	14
2.3.	Doradztwo techniczne.....	16
3.	Określenie zakresu doradztwa	19
3.1	Kompleksowe doradztwo do momentu zawarcia umowy o ppp	20
3.2.	Oddzielne zlecenia zewnętrzne poszczególnych analiz.....	24
4.	Przygotowanie postępowania przetargowego na doradztwo	28
4.1.	Kwestie organizacyjne (ustanowienie i praca komisji przetargowej, powoływanie biegłych)	30
4.2.	Opis przedmiotu zamówienia i umowa z doradcą	31
4.2.1	Opracowanie opisu przedmiotu zamówienia.....	31
4.2.2.	Zaplanowanie współpracy z Wykonawcą na etapie realizacji umowy	34
4.2.3.	Kary umowne i inne mechanizmy chroniące interes zamawiającego	38
4.2.4.	Sposób wynagradzania doradcy	41
5.	Postępowanie przetargowe na doradztwo.....	43
5.1.	Warunki udziału w postępowaniu	43
5.2.	Kryteria oceny ofert	50
6.	Podsumowanie	53

1. Wprowadzenie

Niniejsza publikacja analizuje zagadnienie kontraktowania przez stronę publiczną doradców zewnętrznych na potrzeby przygotowania i późniejszej realizacji inwestycji w formule partnerstwa publiczno – prywatnego (ppp). Celem materiału jest analiza zagadnień związanych z procesem wyboru doradcy do projektu ppp wraz z rekomendacjami korzystnych dla strony publicznej rozwiązań. Publikacja akcentuje praktyczne rozwiązania zarówno w sferze organizacyjnej jak i zamówień publicznych, które mogą być pomocne dla podmiotów zamawiających usługi doradcze. Materiał nie obejmuje wszystkich aspektów procedury udzielania zamówień publicznych, koncentrując się jedynie na wybranych kwestiach istotnych z punktu widzenia kontraktowania zewnętrznych usług doradczych dla ppp. Nie odwołuje się szczegółowo do zasad udzielania zamówień publicznych, mając na uwadze pewien skrótowy zarys rozwiązań praktycznych korzystnych dla zamawiających. Koncentruje się na specyfice zamawianych usług, których przedmiot jest skomplikowany i niekiedy trudny do określenia z wyprzedzeniem. Publikacja odwołuje się również do kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli wśród przedsięwzięć ppp, realizowanych w Polsce w latach 2009-2012¹ oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wypowiedziach ekspertów rynku ppp korzystanie z usług doradcy jest rozwiązaniem rekomendowanym w sytuacji niewielkiego doświadczenia podmiotu publicznego w obszarze ppp. Europejskie Centrum Wiedzy PPP (EPEC) wskazuje zaangażowanie zespołu doradców jako element przygotowania organizacyjnego projektu. Zalecenie to wynika ze szczególnego stopnia skomplikowania projektu ppp oraz konieczności sporządzenia zaawansowanych analiz. Poprzednio obowiązująca w Polsce ustawa o partnerstwie publiczno - prywatnym² wprost wskazywała na obowiązek sporządzenia analiz planowanego przedsięwzięcia w celu określenia jego efektywności oraz zagrożeń związanych z jego realizacją. Mimo, iż obecnie obowiązująca w obszarze ppp ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. nie narzuca takiego obowiązku na stronę publiczną, wydaje się, że zamawiający każdorazowo powinni poddawać przyjęte przez siebie założenia projektu ppp wnikliwym analizom w obszarze prawnym i finansowym. Przeprowadzona przez NIK kontrola przedsięwzięć ppp, potwierdziła, że najczęstsze uchybienia sektora publicznego pojawiały się na etapie planowania i wyboru struktury projektu ppp. Jak czytamy w raporcie, wspomniane uchybienia wynikały z braku gruntownych analiz przedrealizacyjnych, jak również słabych badań rynku. Rolą doradcy powinno być zatem wsparcie dla urzędników, którzy z reguły zaznajomieni są z problematyką udzielania zamówień publicznych, ale nie posiadają jak dotąd odpowiedniego przygotowania do skutecznej realizacji projektu ppp.

¹ Informacja o wynikach kontroli NIK pn. „Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego”: <http://www.nik.gov.pl/kontrole/wyniki-kontroli-nik/kontrole.10546.html>

² Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno - prywatnym

Warto podkreślić, że ewentualny sukces projektu ppp nie jest uzależniony od zastosowania doradztwa. Przykłady niektórych umów ppp zawartych w Polsce wskazują zamawiających, którzy nie korzystali z doradztwa zewnętrznego opierając się wyłącznie na zasobach własnych, a w rezultacie poczynionych działań doprowadzili do zawarcia umowy ppp³. Z drugiej strony istnieją również przykłady działań wspieranych przez zespoły doradcze, które nie zakończyły się podpisaniem umowy. W obszarze ppp bowiem wiele innych czynników wpływa na przebieg postępowania i kształtowanie umowy z partnerem prywatnym.

Stroną inicjującą proces doradztwa jest strona publiczna, poszukując doradcy ma na uwadze swoje potrzeby w zakresie ppp. Dlatego zakres doradztwa w poszczególnych projektach jest różny, a co za tym idzie jego koszt opiera się ściśle o specyfikę danego projektu ppp objętego świadczeniem usługi doradczej. Rolą doradcy jest wspieranie strony publicznej w celu sprawnego prowadzenia projektu poprzez podawanie gotowych rozwiązań. Jako działalność odpłatna powinna cechować się należytą starannością dla osiągnięcia efektu końcowego jakim jest zawarcie umowy ppp.

Zebrane w publikacji wnioski i spostrzeżenia opierają się o przykładowe postępowania o udzielenie zamówień zewnętrznych obejmujących kontraktowanie doradców na potrzeby inwestycji ppp w Polsce oraz postępowania własne MliR. Analiza postępowań prowadzona była w oderwaniu od opisywania szczegółowo przedmiotu danego projektu ppp, brak wskazania przedmiotu inwestycji przy analizie usług doradczych służy ukazaniu ogólnych wniosków z zakresu pracy doradców w ramach różnych przedsięwzięć. Ponadto do opracowania publikacji wykorzystano opinie zebrane wśród członków Platformy PPP działającej przy MliR, którzy przeprowadzili lub są w trakcie prowadzenia postępowania na wybór doradców dla ppp. MliR przeprowadziło badanie ankietowe w tym zakresie w 2013 r. otrzymując odpowiedzi w przedmiocie badania od 24 zamawiających. Celem badania było między innymi zbadanie poziomu zadowolenia z dotychczasowych doświadczeń w korzystaniu z profesjonalnego doradztwa zewnętrznego przy projektach ppp.

O przesłanie odpowiedzi proszone były te jednostki, które w ramach przygotowywania projektów ppp korzystały z odpłatnych usług doradczych firmy zewnętrznej. Ankiety odnosiły się do zagadnień takich jak:

- zakres doradztwa,
- utrudnienia natury organizacyjnej, finansowej lub prawnej, które wystąpiły w procesie zawierania umowy
- wskazanie potrzeb zamawiającego, które udało się wypełnić poprzez doradztwo

³ Przykład w tym zakresie stanowić może projekt Gminy Radzionków „Kompleksowa termomodernizacja budynków oświatowych Gminy Radzionków: Gimnazjum im. Ojca Ludwika Wrodarczyka, Zespół Szkół Podstawowo-Gimnazjalnych, Liceum Ogólnokształcące, Szkoła Podstawowa nr 2 i Przedszkole nr 3”.

- mechanizmy chroniące interes zamawiającego, które zawiera umowa na świadczenie usług doradczych (np. możliwość odstąpienia od umowy na każdym etapie jej realizacji, kary umowne i in.)
- efekty doradztwa, w tym czy doszło do uruchomienia postępowania na wybór partnera prywatnego lub zawarcia umowy ppp
- opinie i spostrzeżenia dotyczące korzystania z zewnętrznych usług doradczych przy projektach ppp, które mogą okazać się cenne dla innych podmiotów zamawiających tego rodzaju usługi.

2. Rola doradztwa w projektach ppp

Biorąc pod uwagę korzyści, jakie oferuje model partnerstwa publiczno – prywatnego oraz brak wystarczających środków finansowych na inwestycje publiczne zasadnym staje się upowszechnianie w Polsce tego modelu realizacji zadań publicznych. Model ppp jest trudniejszy od tradycyjnego, ponieważ obejmuje cały cykl życia projektu: od przygotowania, przez budowę, do eksploatacji. Regulacje prawne umożliwiające stworzenie ram współpracy jednostek sektora publicznego z prywatnymi przedsiębiorcami w ramach ppp istnieją w Polsce od niedawna. Podstawy do kreowania efektywnych form takiej współpracy dało dopiero uchwalenie w dniu 19 grudnia 2008 r. ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz w dniu 9 stycznia 2009 r. ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Akty te zniósł rygorystyczne wymogi administracyjne pozostawiając dużą dozę elastyczności przy formułowaniu umowy o partnerstwie przez obie strony. Nadal jednak, z uwagi na krótki okres funkcjonowania nowych regulacji i niewykształcone dobre praktyki, istnieje wiele wątpliwości zarówno natury legislacyjnej jak i praktycznej. Największym wyzwaniem dla zamawiających jest umiejętne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, najczęściej w trybie dialogu konkurencyjnego lub koncesji na roboty budowlane lub usługi, dla skomplikowanych inwestycji ppp.

Powyższe przesłanki uzasadniają dążenie podmiotów publicznych do wypracowania solidnej podstawy planowanej inwestycji już na wczesnym etapie jej przygotowywania. Do tego korzystne jest oparcie się o realne doświadczenie, które można pozyskać poprzez zaangażowanie wyspecjalizowanej w ppp firmy zewnętrznej. Zgodnie ze stanowiskiem NIK wyrażonym w kwietniu 2013 r. w informacji o wynikach kontroli pn. „Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego” (dalej jako: kontrola systemowa NIK) najlepiej do realizacji projektów ppp były przygotowane jednostki zaangażowane w realizację przedsięwzięć w większej skali, które korzystały z fachowego doradztwa i analizowały przyczyny niepowodzenia nieudanych postępowań⁴.

⁴ Informacja o wynikach kontroli NIK pn. „Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego”: <http://www.nik.gov.pl/kontrole/wyniki-kontroli-nik/kontrola,10546.html>

Obowiązująca Ustawa o ppp nie wskazuje na obowiązek sporządzania analiz przedrealizacyjnych przez podmioty publiczne. Poprzednio obowiązująca ustawa z roku 2005 przewidywała konieczność sporządzenia analizy planowanego przedsięwzięcia w celu określenia jego efektywności oraz zagrożeń związanych z jego realizacją, w szczególności w zakresie ryzyk i kwestii ekonomiczno – finansowych. Dodatkowo do ustawy zostało wydane rozporządzenie wykonawcze wskazujące niezbędne elementy takiej analizy. Sama ustawa została w terminie późniejszym uchylona. Pomimo aktualnego braku obowiązku dla sporządzania przez zamawiających analiz powszechna jest opinia o szczególnym znaczeniu etapu przedrealizacyjnego w procesie przygotowania inwestycji ppp. EPEC w swoich opracowaniach wielokrotnie odwołuje się do konieczności sporządzenia analiz przedrealizacyjnych rekomendując stronie publicznej powołanie zespołu projektowego, w którego skład mogą wejść również eksperci zewnętrzni dysponujący odpowiednią wiedzą i doświadczeniem z zakresu ppp⁵. Staranne przygotowanie organizacyjne i zarządzanie są szczególnie ważne z punktu widzenia sprawnej realizacji tego etapu, w związku z czym należy właściwie zaplanować prace w porozumieniu z doświadczonymi doradcami. W przypadku wielu projektów ppp brak należytego planowania lub pomocy specjalistów spowodował długotrwałe zakłócenia. Jeżeli strona publiczna w trakcie przygotowań do realizacji projektu ppp zaplanuje zaangażowanie profesjonalnych doradców do pomocy w przeprowadzeniu procedury wyboru partnera prywatnego, wówczas na wczesnym etapie realizacji projektu należy uwzględnić w budżecie zamawiającego wystarczające środki, które pozwolą na zaangażowanie odpowiednich specjalistów.

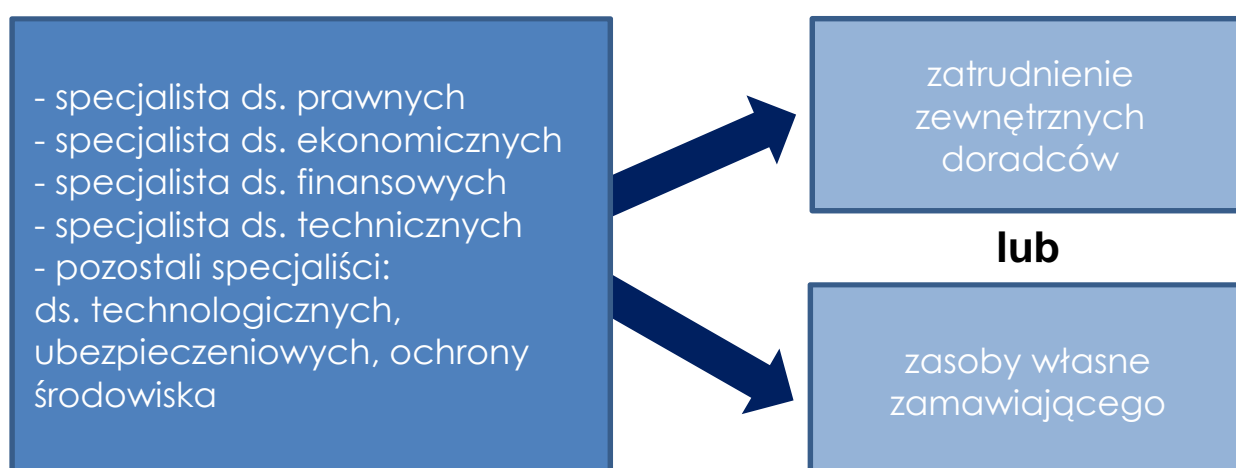
W fazie wyboru partnera prywatnego podstawowy zespół doradców składa się zwykle z ekspertów z obszaru **finansowego, technicznego i prawnego** (przy czym w każdej z tych kategorii występuje niekiedy po kilka osób). Ponadto może okazać się koniecznym zatrudnienie innych konsultantów do określenia konkretnych parametrów wejściowych, takich jak skutki ekologiczne i społeczne projektu, ryzyko prawne czy kwestie ubezpieczeniowe. Dokładny charakter szerokiego zespołu doradców zależy od specyfiki projektu oraz dostępności pracowników wewnętrznych. Doradcy uczestniczą zwykle we wszystkich etapach cyklu życia projektu ppp, tj. w początkowym studium wykonalności, przygotowaniu projektu, przeprowadzeniu zamówienia oraz realizacji projektu.

⁵ Szerzej: „Projekt ppp od A do Z”, MRR, sierpień 2012
r.:http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/20120801_Projekt_PPP_od_A_do_Z.pdf

Przeprowadzone na potrzeby analizy dla PARP badanie wykazało, że podmioty publiczne mające doświadczenie w projektach ppp najczęściej korzystają z usług doradczych oraz eksperckich na czterech płaszczyznach:

- prawnej w zakresie sposobu przeprowadzania postępowania, formułowania warunków umownych,
- ekonomicznej dotyczącej przeprowadzania analiz opłacalności realizacji danego przedsięwzięcia w formule PPP w perspektywie długoterminowej,
- technicznej, związanej najczęściej z aspektami merytorycznymi przedsięwzięcia (np. sposobu budowy),
- finansowej, związanej z możliwością pozyskiwania kapitału zewnętrznego w celu realizacji przedsięwzięcia⁶.

Na etapie przedrealizacyjnym podmiot publiczny, który wstępnie wyraził zainteresowanie formułą ppp, podejmuje starania nad zbadaniem możliwości jej jak najskuteczniejszego zastosowania przy danej inwestycji. Przedstawiciele sektora publicznego odpowiedzialni za projekt muszą zdawać sobie sprawę ze skutków przyjmowanych założeń oraz wiedzieć, jakie informacje należy uzyskać od doradców, aby wynegocjować z partnerem prywatnym warunki pozwalające na uzyskanie opłacalności zamówienia. Wymagana jest ścisła współpraca przedstawicieli podmiotu publicznego z doradcą i płynna wymiana informacji związanych w planowaną inwestycją. Zasadnicze pytania, konieczność identyfikacji wariantu realizacji inwestycji i poszczególne czynności do wykonania ciążyą na stronie publicznej, która w tym zakresie najczęściej podpira się profesjonalnymi doradcami.



⁶ I. Herbst, A. Jadach – Sepioto, E. Marczevska, „Analiza potencjału podmiotów publicznych i przedsiębiorstw do realizacji projektów Partnerstwa Publiczno – Prywatnego dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości”, Warszawa 2012. <http://www.parp.gov.pl/files/74/81/545/13737.pdf> s. 71

Rolą doradcy jest więc przede wszystkim odpowiadanie na potrzeby strony publicznej i wsparcie merytoryczne całego procesu pozyskiwania partnera prywatnego i zawierania umowy ppp. Dobry doradca nie tylko odpowiada na konkretne wątpliwości strony publicznej i interpretuje przepisy prawa, ale przede wszystkim aktywnie uczestniczy w procesie kształtowania założeń dla przedsięwzięcia ppp i u boku zamawiającego dąży do ich korzystnej realizacji. Szczególnym wyzwaniem transakcji ppp, wpływającym na prace doradców, jest konieczność uwzględnienia interesu publicznego w planowanych inwestycjach. Projekty planowane przez stronę publiczną muszą zapewniać wartość dodaną ogółowi społeczeństwa. W tym zakresie doradca powinien zapewnić zgodność przyjętych przez zamawiającego założeń z wytycznymi Komisji Europejskiej⁷, wskazującymi, że formułę ppp należy uwzględniać tylko w sytuacji, gdy można wykazać, iż ich zastosowanie będzie skutkowało wartością dodaną w zestawieniu z innymi podejściami, w przypadku istnienia skutecznej struktury wdrażania oraz jeżeli w ramach takiego partnerstwa wszystkie strony mogą osiągnąć swoje cele. Taką korzyścią z ppp może być uzyskanie wyższego poziomu świadczenia usług publicznych. Dotyczy to w szczególności projektów hybrydowych, ale zalecenia te warto odnieść również do projektów ppp nie korzystających z dofinansowania z funduszy UE.

Jak wynika z obserwacji rynku ppp w Polsce podmioty publiczne coraz częściej korzystają z profesjonalnego doradztwa dla projektów ppp, traktując wybór doradcy w postępowaniu przetargowym jako jeden z pierwszych etapów przygotowywania inwestycji tego typu. Najczęściej postępowania zmierzające do wyboru konsultanta w ramach ppp ogłaszają samorządy, gdyż to one najczęściej planują realizację projektu w formule ppp. W ramach przeprowadzonego przez MliR badania ankietowego podmioty publiczne wskazały, że umowy na świadczenie usług doradczych spełniały oczekiwania i odpowiadały na potrzeby zamawiającego w obszarze ppp. Wśród samorządów jest świadomość, że obecność firm doradczych, szczególnie na etapie negocjacji z partnerami prywatnymi, zwiększa szansę na końcowy sukces projektu. Przyczyny korzystania z zewnętrznych opinii są różne w zależności od stopnia przygotowania danej jednostki do wdrażania formuły ppp. Najczęściej samorządy otwarcie przyznają, że nie dysponują odpowiednim poziomem wiedzy z zakresu ppp, a ich zasoby nie są wystarczające do samodzielnego udźwignięcia etapu przygotowawczego inwestycji ppp. W wynikach analiz przygotowanych przez doradców strona publiczna szuka potwierdzenia możliwości i zasadności realizacji projektu w formule ppp. Tego typu zlecenia dla ekspertów zewnętrznych najczęściej podyktowane są chęcią uniknięcia przez zamawiających ewentualnych zarzutów organów kontrolujących o niezachowanie należytej staranności w procesie przygotowania inwestycji. Obecność doradców traktowana jest też niekiedy jako

⁷ Np. „Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno – prywatnego”, Komisja Europejska, styczeń 2003 r., http://www.ppp.gov.pl/Poradnik_inwestora/AktyPrawne/Documents/Wytyczne_Komisji_PPP_190111.pdf s. 2

forma podniesienia kwalifikacji pozostałych członków zespołu projektowego z ramienia zamawiającego, gdyż w ramach prac każdego zespołu projektowego, jego członkowie wzajemnie dzielą się posiadaną wiedzą i dobrymi praktykami.

Obok kwestii zasadności poszukiwania profesjonalnego doradcy dla projektu, często pojawia się kwestia związanych z jego pracą kosztów obciążających stronę publiczną. Wydatki na ten cel często stanowią źródło niepokoju zamawiających i stanowią wartość trudną do oszacowania na etapie planowania przedsięwzięcia ppp. Koszty doradztwa kształtują się bardzo różnie. Nie ma prostej formuły wskazującej na powiązanie kosztów doradztwa z wartością planowanego projektu czy też stopniem skomplikowania planowanej inwestycji. Z reguły wartość doradztwa bezpośrednio wynika z doświadczenia wykonawcy i zasobów jakimi dysponuje i jakie udostępni na czas realizacji przedsięwzięcia ppp. Kluczowy jest również zakres przedmiotowy danego doradztwa i okres w jakim dana firma zobowiązana będzie do świadczenia usług. Z obserwacji rynku ppp w Polsce wynika, że koszty kompleksowego doradztwa ppp mogą oscylować zarówno na poziomie kilkudziesięciu tysięcy złotych jak i kilku milionów złotych. Wpływ na ostateczny koszt doradztwa ma przede wszystkim zakres zamówienia, charakter planowanego projektu ppp, długość trwania doradztwa oraz oczekiwania zamawiającego względem zespołu osób zaangażowanych w doradztwo.

Trzeba pamiętać, że niekiedy poniesione wydatki na doradztwo nie przynoszą rezultatu w postaci umowy ppp, czy nawet ogłoszenia postępowania na wybór partnera prywatnego. Obecność doradcy nie gwarantuje ostatecznego sukcesu danego projektu. Warto również zwrócić uwagę na sposób wykorzystywania analiz i materiałów sporządzonych przez firmę zewnętrzną i umiejętność ich weryfikacji przez pracowników zamawiającego. „O ile korzystanie z doradców w projektach ppp należy uznać za cechę pozytywną, o tyle brak umiejętności weryfikacji danych, analiz, zestawień dostarczanych przez ekspertów, należy ocenić negatywnie – oznacza to bowiem, że zwiększa się ryzyko utraty kontroli podmiotu publicznego nad projektem. Powoduje to sytuację, w której zbyt duża część władzy decyzyjnej w projekcie przechodzi na ciała zewnętrzne”⁸. Można tu przywołać przykład projektu Term Gostynińskich, w którym Najwyższa Izba Kontroli wskazała, że pomimo wydatkowania znacznej kwoty na analizy i doradztwo, strona publiczna nie zapewniła rzetelnego przygotowania przedsięwzięcia⁹. Niewątpliwie jednak solidna praca zespołu doradców i odpowiedni nadzór ze strony zamawiającego mogą przyczynić się do rzetelnego przygotowania inwestycji, a taki projekt budzi zaufanie zarówno potencjalnych partnerów prywatnych jak i instytucji finansujących.

⁸ I. Herbst, A. Jadach – Sepiolo, E. Marczewska, op. cit. s. 40

⁹ Informacja o wynikach kontroli NIK pn. „Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego”: <http://www.nik.gov.pl/kontrole/wyniki-kontroli-nik/kontrole,10546.html> s. 14

W tym miejscu warto przywołać stanowisko NIK wyrażone po kontroli projektów w systemie ppp, w którym stwierdza, że Izba nie kwestionowała gospodarności wydatków poniesionych przez podmioty publiczne w związku z doradztwem i analizami. Skontrolowane podmioty oszacowały wydatki związane w realizacją przedsięwzięć ppp na kwotę ok. 33 mln zł (bez GDDKiA i PKP SA), z czego ok. 5 mln zł wydano na szkolenia pracowników i materiały szkoleniowe, a ok. 18 mln zł pochłonęły koszty przygotowania przedsięwzięć ppp, w tym głównie doradztwo i analizy. Jedynie dwa podmioty zadeklarowały, że nie poniosły żadnych kosztów w związku ze zrealizowanymi przedsięwzięciami ppp¹⁰.

2.1. Doradztwo prawne

Odpowiednie przygotowanie projektu ppp pod kątem prawnym jest podstawowym obowiązkiem strony publicznej. W tym zakresie zamawiający w pierwszym kroku szukają przede wszystkim opartego na przepisach prawa potwierdzenia, że jako jednostka mają możliwość prawną realizacji ppp oraz że zaplanowany przez nich projekt mieści się w ustawowej definicji „przedsięwzięcia”, które może być realizowane w tym modelu. Zgodnie z zasadą legalizmu organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach przepisów prawa. Zasada ta powinna skłaniać podmioty publiczne do starannej analizy prawnej w zakresie dopuszczalności nawiązania współpracy z partnerem prywatnym, ustalenia przedmiotu tej współpracy, możliwych jej form oraz konsekwencji¹¹. W obszarze wyboru ścieżki realizacji projektu analiza prawna odpowiada na pytanie, czy dane przedsięwzięcie powinno być realizowane na podstawie ustawy o ppp czy też ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, badając przy tym aspekt efektywności danego wariantu. Doradca prawny w kolejnych etapach działania powinien poddać wnikliwemu badaniu koncepcję projektu przyjętą przez zamawiającego i posiadanych przez niego dokumentów. W przypadku wątpliwości, co do poprawności przyjętych założeń powinien przedstawić propozycje alternatywnych rozwiązań i struktury prawnej projektu wraz z uzasadnieniem. Efektem prac na tym etapie powinno być przede wszystkim wskazanie najbardziej efektywnego modelu ppp dla realizacji projektu. W zależności od stopnia przygotowania przedsięwzięcia i branży, w jakiej jest realizowane przedsięwzięcie analiza prawna dotyczy ustalenia poszczególnych etapów jego realizacji w tym czynności przygotowawczych, które powinny być wykonane przez stronę publiczną¹².

¹⁰ Informacja o wynikach kontroli NIK pn. „Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego”: http://www.nik.gov.pl/kontrole/wyniki-kontroli-nik/kontrole_10546.html s.17

¹¹ M. Wawrzyniak, „Analiza prawna przedsięwzięcia ppp. Zakres i rola doradztwa prawnego”, Biuletyn partnerstwa publiczno -prywatnego, PARP nr 5/ 12, Warszawa 2012. <http://www.ppp.parp.gov.pl/uploads/files/Biuletyn%20PPP%20nr%204-207x299%20www.pdf> s.40

¹² K. Salomon, M. Komosiński, „Zakres doradztwa w przedsięwzięciach ppp”, Forum PPP – magazyn inwestycji publicznych nr 4 (21)/2012 http://www.forumppp.com.pl/nr%204_21_2012_calosc/nr%204_21_2012_calosc.pdf s.7

W praktyce warto wymagać od doradcy przygotowania kompletnej listy wskazującej poszczególne czynności konieczne do podjęcia przez zamawiającego wraz z rekomendowanym momentem ich realizacji. Od doradcy należy oczekiwać opracowania w tym zakresie opinii prawnych i przygotowania projektów decyzji/pism zamawiającego, z uwzględnieniem jego wewnętrznych procedur oraz krajowych przepisów.

Analiza prawna powinna także obejmować kwestie rozporządzania składnikiem majątkowym będącym przedmiotem projektu oraz ewentualnym wkładem własnym strony publicznej w partnerstwo.

Kluczowym elementem doradztwa prawnego jest przygotowanie kompletnej dokumentacji przetargowej oraz wsparcie strony publicznej w prowadzeniu postępowania na wybór partnera prywatnego. W tym obszarze szczegółowe oczekiwania zamawiającego powinny uwzględniać konieczność bieżącego reagowania strony publicznej na propozycje prezentowane przez partnerów prywatnych w trakcie negocjacji. Rezultatem prac prawników powinien być kompletny projekt umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym wraz z niezbędnymi załącznikami. Rządziej stosowanym rozwiązaniem jest ograniczenie się zamawiającego do udostępnienia, na etapie SIWZ w prowadzonym dialogu konkurencyjnym, jedynie istotnych postanowień umownych w miejsce kompletnego projektu umowy. Wydaje się, że w przypadku korzystania z usług doradcy zewnętrznego zamawiający powinien oczekiwać od niego przedstawienia gotowego projektu przyszłej umowy ppp, co ułatwi mu prowadzenie późniejszych czynności zmierzających do jej zawarcia. Ponadto element ten ma istotne znaczenie z punktu widzenia pozyskania zamknięcia finansowego projektu – instytucje finansowe chętniej opierają się na całościowym projekcie przyszłej umowy.

Przykładowe zadania doradcy prawnego¹³:

- Doradza przedstawicielom sektora publicznego w sprawie pełnomocnictw (kompetencji) niezbędnych do zawarcia umów związanych z projektem oraz w sprawie wykonalności projektu od strony prawnej;
- Pomaga w ocenie wykonalności projektu od strony prawnej (w tym wskazuje warianty realizacji projektu, opisuje uwarunkowania);
- Doradza przy wyborze odpowiedniego trybu przeprowadzenia postępowania;
- Doradza w sprawie wstępnego ogłoszenia o zamówieniu lub sporządza takie ogłoszenie;
- Doradza w sprawie dokumentacji związanej z postępowaniem na wybór partnera prywatnego (tj. SIWZ) , w tym ustalenia warunków udziału w postępowaniu, kryteriów wyboru partnera);
- Sporządza dokumentację związaną z prowadzeniem negocjacji z partnerami prywatnymi, np.:
 - memorandum informacyjne nt. projektu,
 - regulamin prowadzenia negocjacji/dialogu,
 - projekt harmonogramu negocjacji/dialogu,
 - projekt zestawienia zagadnień do omówienia w czasie negocjacji/dialogu,
 - projekt szczegółowej agendy tur negocjacji/dialogu, w szczególności pierwszej
 - projekt zaproszenia do wykonawców w sprawie udziału w negocjacjach/dialogu,
 - projekt prezentacji oraz (ewentualnie) innych materiałów informacyjnych dla zamawiającego w celu przedstawienia w czasie I tury negocjacji/dialogu.
- Bierze aktywny udział w dialogu z partnerami prywatnymi po stronie zamawiającego;
- Na bieżąco weryfikuje wszystkie założenia Projektu na podstawie informacji uzyskanych w trakcie dialogu;
- Sporządza matrycę ryzyk wraz z ich alokacją dla partnera prywatnego i podmiotu publicznego;
- Przygotowuje projekt umowy ppp do bieżącego wykorzystania w trakcie prowadzonego dialogu i w celu bieżącej weryfikacji i aktualizacji przyjętych założeń;
- Przygotowuje projekty pism zgodnie z występującymi potrzebami;
- Sporządza metodologię oceny ofert;
- Dopracowuje projekt umowy ppp w toku negocjacji z partnerami prywatnymi;
- Dbą o zgodność składanych ofert z wymaganiami prawnymi i umownymi;
- Ocenia wszystkie procesy oraz rozwiązania prawne i umowne w całej fazie wyboru partnera prywatnego (w tym na etapie negocjowania umowy), a także doradza w tym zakresie;
- Udziela pomocy przy wyjaśnianiu i dopracowywaniu aspektów prawnych;

¹³ „Projekt PPP od A do Z”, MRR, sierpień 2012 r. :
http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/20120801_Projekt_PPP_od_A_do_Z.pdf

2.2. Doradztwo ekonomiczno – finansowe

Projekty ppp łączące środki publiczne w kapitałem prywatnym są szczególnie skomplikowane w zakresie struktury finansowej przedsięwzięcia. Analiza finansowa jest kluczowym elementem prac przygotowawczych w ramach projektu i powinna przynieść zamawiającemu odpowiedź, czy model ppp jest dla strony publicznej opłacalny, a założony kształt inwestycji jest w ogóle możliwy do sfinansowania przy założonych parametrach. W tym obszarze doradca powinien zbadać opłacalność różnych modeli inwestycyjnych, ze wskazaniem, czy i na ile efektywna jest realizacja projektu w każdym z badanych modeli, przy uwzględnieniu potrzeb publicznych, posiadanych przez stronę publiczną zasobów, możliwości oraz dostępnych, uzgodnionych z instytucjami finansowymi, instrumentów finansowania oraz metod ich zabezpieczania. Rozpowszechnioną praktyką jest porównanie modelu ppp z realizacją inwestycji w modelu tradycyjnym. „Porównanie to pozwala ocenić wielkość środków potrzebnych do zagwarantowania trwałości inwestycyjnej i eksploatacyjnej realizowanego przedsięwzięcia z uwzględnieniem całego cyklu życia projektu i z uwzględnieniem zmiany wartości pieniądza w czasie”¹⁴. Prawidłowo sporządzona analiza ekonomiczno – finansowa wskazuje zakładane przepływy pieniężne w całym okresie trwania umowy ppp, a poszczególne wskaźniki rozpatruje zarówno z punktu widzenia podmiotu publicznego jak i partnera prywatnego. Kompleksowa analiza w tym zakresie powinna umożliwić w szczególności: analizę „*value for money*” dla przedsięwzięcia, ocenę finansowej rentowności inwestycji poprzez ustalenie wartości wskaźników efektywności finansowej badanego wariantu (w tym IRR, NPV), określenie łącznej wartości nakładów inwestycyjnych, kosztów utrzymania planowanego przedsięwzięcia, przepływów finansowych oraz szacowanego zysku partnera prywatnego w całym okresie trwania umowy ppp.

Zastosowanie finansowania prywatnego w projekcie wiąże się bezpośrednio z możliwością odpowiedniego przeniesienia ryzyka na sektor prywatny. Rekomendowane przez doradcę rozwiązania w zakresie optymalnego podziału ryzyka powinny w tym zakresie uwzględniać oczekiwania strony publicznej, takie jak na przykład dążenie do pozabilansowej klasyfikacji projektu ppp. Warto wprowadzić wymóg, że przekazany przez doradcę model finansowy powinien umożliwiać zamawiającemu samodzielne dokonywanie niezbędnych obliczeń i prowadzenie weryfikacji przyjętych ustaleń również na etapie realizacji umowy ppp. W momencie, gdy projekt ppp jest już wdrażany, a partner prywatny proponuje zmiany w umowie ppp, które mogą wpłynąć na bilans finansowy i opłacalność dotychczasowego porozumienia ppp, przedstawiciele sektora publicznego odpowiedzialni za projekt muszą zdawać sobie sprawę ze skutków proponowanych zmian.

¹⁴ K. Salomon, M. Komosiński, op. cit. s. 10

W tym celu na etapie negocjowania umowy ppp doradca finansowy powinien wskazać zamawiającemu elementy brzegowe pozwalające na utrzymanie opłacalności zamówienia nawet w przypadku zmian na etapie wdrażania umowy.

Przykładowe zadania doradcy finansowego¹⁵:

- Pomaga w opracowaniu wszelkich aspektów finansowych projektu, w tym opracowuje propozycję montażu finansowego na etap inwestycyjny;
- Wskazuje sposoby pozyskiwania ewentualnych środków publicznych na potrzeby projektu;
- Doradza w sprawie możliwości skorzystania z określonych źródeł finansowania oraz sposobów ich optymalizacji w ramach struktury finansowania (z odniesieniem do możliwości zaangażowania zwrotnych i bezzwrotnych środków UE poprzez wskazanie istniejących źródeł i przewidywanego trybu pozyskania);
- Wskazuje i uzasadnia rekomendowany podział zadań i przynależnych im ryzyk między stronę publiczną i prywatną na etapie inwestycyjnym i operacyjnym projektu;
- Proponuje i uzasadnia mechanizm wynagradzania partnera prywatnego;
- Sporządza opinię co do możliwości pozabilansowego ujęcia zobowiązań partnera publicznego;
- Dbą o zgodność wszelkich aspektów finansowych rozwiązań proponowanych przez wykonawców z wymaganiami dotyczącymi składania oferty finansowej;
- Optymalizuje, wnikliwie analizuje i weryfikuje modele finansowe proponowane przez wykonawców;
- Ocenia propozycje finansowe wykonawców w całej fazie zamówienia i doradza w tym zakresie;
- Udziela porad dotyczących problemów związanych z wiarygodnością finansową wynikających z umowy ppp;
- Przeprowadza wnikliwą analizę finansową składanych ofert;
- Pomaga w prowadzeniu negocjacji z kredytodawcami;
- Pomaga w opracowaniu strategii zabezpieczającej przed skutkami zmian stóp procentowych i podjęciu stosownych działań na etapie finalizowania uzgodnień finansowych.

¹⁵ „Projekt PPP od A do Z”, MRR, sierpień 2012 r. :
http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/20120801_Projekt_PPP_od_A_do_Z.pdf

2.3. Doradztwo techniczne

Rola doradcy technicznego jest dobrze rozpoznana przez zamawiających w przypadku projektów infrastrukturalnych realizowanych w drodze tradycyjnego zamówienia publicznego. Zamawiający najczęściej zleca podmiotowi zewnętrznemu przygotowanie odpowiedniej dokumentacji w drodze przetargu, jeszcze przed podjęciem działań zmierzających do wyboru wykonawcy robót budowlanych. W projektach ppp rola doradcy technicznego jest szersza i może obejmować zarówno etap wyboru partnera prywatnego jak i realizacji robót budowlanych - nie jest to częsta praktyka, ale warta rozważenia. Ponadto podstawową różnicą jest nakreślanie technicznych parametrów przedsięwzięcia w drodze negocjacji z partnerem prywatnym, a nie ich jednostronne określenie przez zamawiającego. Wynika to przede wszystkim z pozafinansowych korzyści jakie przynieść może ppp, takich jak stosowanie innowacyjnych rozwiązań w świadczeniu usług publicznych. Innowacje mogą się przejawiać w formie projektu infrastruktury lub w sposobie realizacji usługi. To, że sektor publiczny określa rezultaty, jakich oczekuje, a nie sposób ich realizacji (parametry wejściowe), powinno przyczyniać się do innowacyjności. Zważywszy, że w ramach ppp zawierane są umowy długoterminowe, a firmy współpracujące w ramach ppp są zachęcane do skupiania się na całym cyklu życia danego środka trwałego, można oczekiwać, że np. inwestycje w innowacyjne projekty architektoniczne przyniosą znaczne korzyści¹⁶.

Analiza techniczna, w odróżnieniu od pozostałych analiz realizowanych na etapie przygotowawczym projektu, jest ściśle powiązana z zakresem i przedmiotem planowanego partnerstwa. Jej rola rośnie w przypadku przedsięwzięć skomplikowanych, a ma stosunkowo mniejsze znaczenie w przypadku przedsięwzięć częściej realizowanych przez zamawiających. Pierwszym etapem prac doradcy technicznej jest analiza uwarunkowań technicznych realizacji przedsięwzięcia. W tym zakresie niezbędne jest zbadanie koncepcji projektu przyjętej przez Zamawiającego. Dodatkowym elementem jest analiza dokumentów posiadanych przez stronę publiczną w związku z planowaną budową lub modernizacją. W przypadku inwestycji ppp szczegółowa dokumentacja projektowa i założenia techniczne dla projektu nie są wymagane na etapie przed ogłoszeniem postępowania. Na etapie przedrealizacyjnym ważna jest analiza aspektów funkcjonalnych infrastruktury technicznej. Dokument taki jak program – funkcjonalno użytkowy powinien jednak pojawić się dopiero na etapie składania wiążących ofert przez potencjalnych partnerów prywatnych. W przypadku dialogu konkurencyjnego będzie to moment przekazania SIWZ wykonawcom.

¹⁶ „Pozafinansowe korzyści z PPP. Przegląd koncepcji i metodyki”, EPEC
<http://www.mg.gov.pl/files/upload/18305/20131114%20Pozafinansowe%20korzyści%20PPP.pdf> s. 13

Rola doradcy technicznego jest kluczowa na etapie prowadzonych negocjacji. Parametry techniczne mogą stanowić kryterium oceny ofert w postępowaniu na wybór partnera prywatnego - wówczas rola doradcy technicznego rośnie na etapie oceny ofert złożonych poszczególnych partnerów prywatnych.

Najważniejszym elementem ppp jest pozostawienie partnerowi prywatnemu swobody w zakresie planowania aspektów technicznych projektu wpływających na późniejszy etap eksploatacji. Ponadto przyjmowane w zakresie technicznym rozstrzygnięcia muszą uwzględniać te elementy przedsięwzięcia, które stanowią o wartości komercyjnej realizowanego projektu z punktu widzenia partnera prywatnego/koncesjonariusza¹⁷.

Przy zamawianiu usług doradczych z obszaru doradztwa technicznego warto na etapie przygotowania postępowania przetargowego dostrzegać różnice między usługami z obszaru technicznego, a doradztwem prawnym w obszarze np. ochrony środowiska, w oparciu o akty prawne zawierające terminologię techniczną. Może to stanowić zagadnienie istotne w przypadku kwalifikowania zamówienia, na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, jako usług prawniczych wskazanych jako tzw. usługi niepriorytetowe w załączniku II do Dyrektywy 2004/18/WE¹⁸. Zamawiający w takim przypadku musi dołożyć szczególnej staranności badając, czy warunki zastosowania przepisów obejmujących usługi niepriorytetowe zostały spełnione. Niekiedy w praktyce ciężko przesądzić czy przedmiot umowy ma charakter usług prawniczych czy też konsultingu, który nie jest uznawany w przepisach za usługę niepriorytetową. W tym zakresie nie jest dopuszczalna sztuczna zmiana przedmiotu zamówienia w celu możliwości zastosowania złagodzonej procedury udzielania zamówień publicznych na usługi niepriorytetowe.

¹⁷ B.Korbus, W. Brudziana, „Analiza techniczna przedsięwzięcia ppp. Zakres i rola doradztwa technicznego w projektach realizowanych wspólnie z sektorem prywatnym”, Biuletyn Partnerstwa Publiczno – Prywatnego PARP 5/2012.

[http://www.ppp.parp.gov.pl/uploads/files/Biuletyn%20PPP%20nr%205-207x299%20WWW\(2\).pdf](http://www.ppp.parp.gov.pl/uploads/files/Biuletyn%20PPP%20nr%205-207x299%20WWW(2).pdf) s. 14

¹⁸ Załącznik XIV projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE.

Przykładowe zadania doradcy technicznego¹⁹

- Weryfikuje koncepcję projektu przyjętą przez stronę publiczną w aspekcie technicznym;
- Bada posiadane przez zamawiającego dokumenty, identyfikuje konieczne do wykonania działania, w tym określa konieczne do przeprowadzenia szczegółowe analizy i prace;
- Przyjmuje wstępne założenia techniczne projektu (w tym środowiskowych i innych właściwych);
- Prowadzi analizy w zakresie przyjętych rozwiązań technicznych i technologicznych, wraz ze wskazaniem wariantu właściwego i najkorzystniejszego dla strony publicznej oraz przygotowania projektów ogłoszeń o koncesji lub zamówienie publiczne, opisów przedmiotu partnerstwa lub koncesji, projektów umów oraz innej dokumentacji niezbędnej do realizacji projektu;
- Sporządza wymagania i specyfikacje dotyczące rezultatów projektu ppp;
- Ocenia wszelkie rozwiązania techniczne w fazie zamówienia;
- Przeprowadza analizę techniczną rozwiązań proponowanych przez wykonawców;
- Wykonuje prace związane z oceną warunków w miejscu realizacji projektu, planowaniem i projektowaniem technicznym.

¹⁹ „Projekt PPP od A do Z”, MRR, sierpień 2012 r. :
http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/20120801_Projekt_PPP_od_A_do_Z.pdf

3.Określenie zakresu doradztwa

Strona publiczna przygotowująca projekt ppp w zakresie prac organizacyjnych powinna ocenić własny potencjał osobowy i merytoryczny umożliwiający realizację tak skomplikowanego przedsięwzięcia. Na podstawie dokonanej oceny podjęta może zostać decyzja o zaangażowaniu doradców zewnętrznych.

Wynik oceny potencjału własnego instytucji jest kluczowy dla określenia zakresu przyszłego doradztwa, sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i oszacowania kosztów świadczonych usług. W zależności od możliwości finansowych i organizacyjnych zamawiającego doradztwo transakcyjne ppp może przyjąć następujące formy:

- Kompleksowe doradztwo – obejmuje z reguły etap przygotowawczy, postępowanie na wybór partnera prywatnego, zawarcie umowy o ppp oraz proces pozyskiwania finansowania
- Zlecenia pojedynczych analiz na różnych etapach postępowania – korzystanie z firm zewnętrznych w zakresie wątpliwości zamawiającego z obszaru prawnego, ekonomiczno – finansowego, technicznego i innych. Odpowiednie również w przypadku poszukiwania wsparcia dla wybranego etapu postępowania na wybór partnera prywatnego.

Nie wydaje się zasadne rozstrzygnięcie, który z powyższych wariantów jest korzystniejszy do zastosowania przez zamawiających, gdyż obie formy są w stanie w sposób właściwy zaspokoić potrzeby strony publicznej w zakresie sporządzenia analiz. Ponadto wiele podmiotów w praktyce stosuje wariant będący połączeniem powyższych form pozyskiwania doradztwa. Często stosowaną praktyką jest zlecenie przez zamawiających wstępnych analiz prawnych i finansowych dla potwierdzenia poprawności przyjętej wstępnej koncepcji przedsięwzięcia jeszcze przed podjęciem decyzji o zainicjowaniu projektu.

Na etapie zamawiania usług doradczych zazwyczaj zamawiający nie przesądza czy ppp będzie modelem zastosowanym w danej inwestycji. Nie mając wystarczających danych w tym zakresie może to rozstrzygnąć w oparciu o analizy sporządzone przez doradcę na którymś z etapów podejmowanych prac przedrealizacyjnych.

Dobłą praktyką w zakresie zamawiania usług doradczych jest zebranie przez zamawiających doświadczeń z innych projektów ppp w Polsce, w których strona publiczna korzystała z usług doradczych. Ponadto przegląd podobnych zamówień publicznych na świadczenie usług z obszaru analiz, badań i innych o charakterze intelektualnym może pomóc zamawiającemu w opracowaniu SIWZ dla własnego postępowania.

Obecnie nie ma mechanizmów typu dotacyjnego, które umożliwiłyby przekazanie środków na sfinansowanie lub refundację kosztów doradztwa transakcyjnego ppp poniesionych przez jednostki publiczne. Procedurę tego typu samodzielnie podejmują i finansują poszczególni zamawiający. MliR umożliwia pozyskanie finansowania dla projektów pilotażowych w danym sektorze (gospodarki odpadami, transport, ochrona zdrowia) oraz podejmuje starania nad wypracowaniem wzorcowej dokumentacji dla wszystkich zainteresowanych formułą ppp.

3.1 Kompleksowe doradztwo do momentu zawarcia umowy o ppp

Jeżeli dana jednostka publiczna nie dysponuje odpowiednim potencjałem realizacji przedsięwzięcia ppp, w szczególności jeśli realizuje projekt tego typu po raz pierwszy, uzasadnione wydaje się rozważenie zatrudnienia profesjonalnego zespołu doradczego na cały proces dochodzenia do umowy ppp. Ten sposób budowania doradztwa, dążący do obejmowania procesu dochodzenia do projektu ppp „od początku do końca” jest powszechnie stosowany w państwach Europy Zachodniej o rozwiniętych rynkach ppp. Celem doradztwa powinno być zapewnienie kompleksowej usługi wypełniającej potrzeby strony publicznej, w tym zapewnienie solidnych podstaw dla wdrożenia projektu oraz dostarczenia wszystkich niezbędnych analiz, opinii, wsparcia, porad i konsultacji na każdym etapie procesu wyboru partnera prywatnego do momentu osiągnięcia zamknięcia finansowego. Firmę doradczą zamawiający może wyłonić w drodze jednego zamówienia publicznego. Wynikiem doradztwa powinno być wypracowanie finalnej struktury prawnej i podatkowej, ekonomiczno-finansowej i technicznej transakcji ppp, w tym ocena wpływu transakcji na budżet oraz wieloletni plan finansowy zamawiającego.

W tym wariantcie zamawiający zazwyczaj nakłada na wykonawcę obowiązek tzw. „generalnego doradztwa”, czyli między innymi szerokiego przekazywania wszelkich uzasadnionych propozycji dotyczących projektu i wczesne reagowanie w celu powiadomienia zamawiającego o ważnych kwestiach i zaproponowania mu rozwiązań. Doradca powinien mieć na uwadze wszystkie aspekty skutecznej realizacji projektu. Mimo, że ramy doradztwa, terminy i jego warunki określa zamawiający, to od doradcy oczekuje się aktywnego udziału i wpływu na procedurę wyboru partnera prywatnego. Doradca wówczas nie ogranicza się do odpowiadania jedynie na wnioski i pytania zamawiającego, ale powinien wykazywać inicjatywę w celu najbardziej efektywnego prowadzenia projektu.

Wstępnym działaniem strony publicznej rozważającej wykorzystanie modelu ppp jest badanie wykonalności wykorzystania tego rozwiązania w danej inwestycji. Najczęściej to badanie wykonywane jest przed podjęciem decyzji o kompleksowym doradztwie. Często samorządy

dysponujące szerszą ofertą inwestycyjną decydują się również, aby na tym etapie poddać badaniu posiadane koncepcje, w celu wyłonienia najlepszej dla modelu ppp. Podejście takie zastosowało na przykład Miasto Kraków poszukując projektu ppp w obszarze budowy obiektów sportowych. Miasto w pierwszym kroku przeprowadziło wstępne badania wykonalności dla pięciu inwestycji sportowo-rekreacyjnych typowanych do realizacji w formule ppp. Badania miały na celu dokonanie oceny zasadności i możliwości realizacji tych inwestycji w modelu ppp, a także wstępne badanie zainteresowania rynku. W ramach przeprowadzonych badań wyłoniono inwestycję priorytetową, dla której kontynuowane są działania zmierzające do jej realizacji w modelu ppp.

W przypadku decyzji o zleceniu kompleksowego doradztwa dla projektu/-ów ppp kluczowe jest zastosowanie przez zamawiającego etapowania tego procesu – tj. podziału doradztwa na stosunkowo krótkie etapy (kilku miesięczne) w celu lepszego zaplanowania całego procesu doradztwa. Etapy powinny być wyznaczone w sposób zapewniający możliwość ich przewidzenia i zaplanowania. Kwestia ta musi zostać poddana indywidualnej ocenie w zależności od stopnia przygotowania projektu, dostępności zasobów i stopnia doświadczenia posiadanego przez zamawiającego. Etapy nie muszą, i najczęściej nie będą, obejmować równych okresów, a praktyka wskazuje, że długość ich trwania zazwyczaj nie przekracza 6 miesięcy. Nie obowiązują również sztywne reguły dotyczące liczby etapów przypadających na doradztwo w zakresie ppp²⁰. W umowach zamawiający często wyróżniają podstawowe etapy:

- analiz przed uruchomieniem postępowania na wybór partnera prywatnego,
- prowadzenia postępowania na wybór partnera prywatnego, w tym negocjacji,
- zawarcie umowy ppp i zabezpieczanie interesu zamawiającego w czasie pozyskiwania zamknięcia finansowego projektu.

Niekiedy zamawiający w umowie zaznacza, że czynności związane z odbiorem bieżącego etapu doradczego nie wstrzymują konieczności podejmowania działań w ramach realizowania następnego etapu doradztwa. Sytuacja tego typu może powodować, że doradca podejmuje działania w kolejnym etapie bez oczekiwania na akceptację bieżącego etapu i wnioski ze strony zamawiającego. Tym samym zapewnione jest lepsze wykorzystanie czasu pomiędzy poszczególnymi etapami. W praktyce rozwiązanie to wymaga od wykonawcy prowadzenia pewnych działań równolegle.

²⁰ Przykłady podziału doradztwa na etapy: a) w projekcie ppp obejmującym budynek użyteczności publicznej – 4 etapy doradztwa: <http://www.nowy-sacz.so.gov.pl/index.php?p=new&idg=mg,4,99&id=251&action=show>, b) w projekcie sektora drogowego – 10 etapów doradztwa: http://www.mir.gov.pl/ministerstwo/zamowienia_publiczne/aktualne_zamowienia/Strony/Przetarg_nieograniczony_na_doradztwo_w_sektorze_drogowym_117_GK_13.aspx

Na końcu każdego etapu powinno dojść do oceny stanu realizacji projektu, a także wartości prowadzonych usług doradczych. Jest to także moment, w którym strona publiczna może podejmować decyzję o zasadności kontynuowania doradztwa i/lub dalszego wdrażania formuły ppp w danym projekcie. Warto pamiętać o zapewnieniu odpowiedniego czasu na ocenę danego etapu przez zamawiającego przed rozpoczęciem kolejnych działań doradczych.

Na zakończenie doradztwa warto wprowadzić etap podsumowujący przebieg tego procesu oraz dokumentujący doświadczenia zamawiającego i innych uczestników postępowania z całego procesu zawierania umowy ppp.

Korzyści z zastosowania doradztwa w formie kompleksowego zamówienia:

- Przeprowadzenie jednego postępowania przetargowego i zawarcie jednej umowy na doradztwo powoduje mniejsze obciążenie zamawiającego kwestiami formalnymi, niż w przypadku konieczności zawarcia kilku umów;
- Jedna umowa zmniejsza ryzyko braku skoordynowania prac poszczególnych firm doradczych wykonujących różne analizy, niweluje również ryzyko, że poszczególne etapy prac odbiegają poziomem merytorycznym od innych;
- Rzetelnie przygotowana umowa na kompleksowe doradztwo zapewnia profesjonalne wsparcie zamawiającego również w sytuacjach problemowych wcześniej nieprzewidzianych;
- Na etapie prowadzenia postępowania na wybór partnera prywatnego doradca ma dobrze rozpoznaną specyfikę projektu i świadomość wyników opracowanych wcześniej analiz.

Możliwe ryzyka przy zastosowaniu doradztwa w formie kompleksowego zamówienia:

- Trudność w sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia dla wieloetapowego procesu;
- Wzrost znaczenia kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu – w przypadku dłuższej i kompleksowej umowy szczególnego znaczenia nabiera konieczność wyboru rzetelnego wykonawcy
- Różnice w poziomie merytorycznym usług świadczonych w różnych obszarach tj. prawnym, finansowym, technicznym, z uwagi na dominujący udział konsorcjów w zamówieniach na kompleksowe doradztwo;
- Trudne do oszacowania koszty przyszłego doradztwa;
- Możliwość wystąpienia okresów „pustych” dla doradców (np. w trakcie oczekiwania na decyzję organu decyzyjnego gminy).

3.2. Oddzielne zlecenia zewnętrzne poszczególnych analiz

Drugim podejściem stosowanym przez zamawiających przygotowujących projekt ppp jest zlecenie firmom zewnętrznym pojedynczych analiz w miejsce powierzenia kompleksowego doradztwa na każdy etap projektu. Sporządzenie analiz nie jest obecnie wymagane przepisami ustawy o PPP, niemniej jednak ich rzetelne wykonanie dostarcza danych pozwalających na podjęcie decyzji o zaangażowaniu formuły ppp w projekt. Najwyższa Izba Kontroli w działaniach kontrolnych prowadzonych w obszarze ppp wskazywała ten element jako kluczowy dla prawidłowego przygotowania przedsięwzięcia ppp, którego celem jest określenie najkorzystniejszych warunków realizacji przedsięwzięć ppp. Jako nierzetelne NIK oceniła wszczynanie postępowań bez przeprowadzenia analizy rynku lub ogłaszanie postępowań nie przewidujących dopłat dla partnera prywatnego, chociaż konieczność takich dopłat wynikała z analiz²¹. Podkreślano tym samym zarówno konieczność sporządzania analiz, jak i ich uwzględniania we wszystkich działaniach związanych z projektem. Izba jako istotne wskazała w szczególności dwa obszary, które należy poddać analizie - ocenę opłacalności przyjętego wariantu realizacji inwestycji oraz ocenę niezbędnego czasu eksploatacji przez partnera prywatnego obiektu stanowiącego przedmiot partnerstwa.

Sporządzenie analiz przedrealizacyjnych, przed ogłoszeniem postępowania na wybór partnera prywatnego, jest pożądanym działaniem sprzyjającym rzetelnemu przygotowaniu przedsięwzięcia ppp. W literaturze wskazuje się, że zasadne może być przeprowadzenie następujących analiz:

- identyfikacji potrzeb podmiotu publicznego,
- finansowo – ekonomicznej przedsięwzięcia,
- prawnej,
- technicznej,
- ryzyk²².

Zlecenie pojedynczych analiz jest w szczególności korzystne, gdy strona publiczna nie podjęła jeszcze decyzji o zaangażowaniu się w ppp. Wstępne pytania mogą wówczas dotyczyć możliwości prawnej dla ppp w danym obszarze i przez dany podmiot oraz wstępnego badania ekonomicznej opłacalności projektu. Często tego rodzaju analizy są decydujące dla podjęcia decyzji o zainicjowaniu danego przedsięwzięcia w modelu ppp. Tego rodzaju podejście pozwala też na ograniczenie wydatków na etapie przedrealizacyjnym i pozwala na zdobycie solidnych podstaw dla realizacji projektu jeszcze przed jego uruchomieniem.

²¹ Informacja o wynikach kontroli NIK pn. „Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego”: <http://www.nik.gov.pl/kontrole/wyniki-kontroli-nik/kontrole,10546.html> s.17

²² T. Skoczyński, *Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym. Komentarz*, s. 67

Podejście obejmujące oddzielne zlecenia zewnętrzne analiz poszczególnych zagadnień często jest wykorzystywane w sytuacji gdy jednostki posiadają już pewne doświadczenia w realizacji projektu ppp lub ich zespół został wcześniej przeszkolony pod kątem ppp i posiada odpowiednią wiedzę w tym zakresie.

Analizy przedrealizacyjne projektu ppp najczęściej obejmują:

- Badanie koncepcji projektu przyjętej przez stronę publiczną, w tym posiadanych przez niego dokumentów
- Sporządzenie studium wykonalności projektu
- Analizę możliwości prawnej realizacji koncesji wraz ze wskazaniem przepisów stanowiących podstawę wyboru partnera prywatnego
- Określenie warunków brzegowych wejścia inwestorów
- Dokonanie interpretacji przepisów prawa podatkowego dotycząca podatku od towarów i usług w zakresie momentu powstania obowiązku podatkowego
- Sporządzenie opinii dotyczącej formy przekazania majątku trwałego partnerowi prywatnemu
- Wstępną propozycję metodologii księgowania wydatków poniesionych na realizację projektu w formule ppp
- Sporządzenie analizy ekonomiczno – finansową w formie arkuszy kalkulacyjnych

Większość analiz powstaje na etapie przed uruchomieniem postępowania na wybór partnera prywatnego. Analizy techniczne, finansowe i ekonomiczne zostają zazwyczaj opracowane w fazie studium wykonalności. Często jednak w fazie wyboru partnera prywatnego może być konieczne przeprowadzenie dalszych, bardziej ukierunkowanych i pogłębionych analiz. Rezultatem etapu przygotowania projektu, w tym analiz wykonywanych przez ekspertów zewnętrznych, powinny być wyniki badania czynników, które przesądzają o szczególnej przydatności formuły ppp, wskazanie możliwych wariantów i wybór odpowiedniej koncepcji realizacji przedsięwzięcia. Zamawiający powinien uzyskać odpowiedź na pytanie, czy zakładane ogólne cele projektu powinny i mogą zostać zrealizowane we współpracy z partnerem prywatnym w sposób, który przyniesie stronie publicznej wymierne korzyści. Specjalistyczne badania powinny zostać sporządzone przez ekspertów posiadających odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie. Jest to szczególnie istotne w przypadku analiz, których zawartość i ewentualna nierzetelność wykonania może nieść ze sobą konsekwencje dla strony publicznej projektów ppp.

Zalecanym rozwiązaniem jest również korzystanie z analiz na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na wybór partnera prywatnego. Zamawiający powinien bowiem dokonać porównania najkorzystniejszej oferty z pierwotnymi założeniami projektu, w tym porównać z wskaźnikami inwestycji w przypadku jej realizacji tradycyjnym zamówieniem publicznym. Sporządzenie tzw. komparatora sektora publicznego („*Public Sector Comparator*”) lub innych analiz tego rodzaju może być przedmiotem zlecenia dla doradców. W analizie tej należy m.in.:

- wykazać wartość dodaną realizacji projektu w rekomendowanym wariantcie,
- przedstawiać niezbędne i wystarczające przesłanki do zawarcia przez podmiot publiczny umowy z partnerem prywatnym, którego ofertę oceniono, jako najkorzystniejszą,
- dokonać analizy skutków finansowych realizacji projektu dla zamawiającego w oparciu o ofertę wykonawcy, w tym zaktualizować projekt budżetu, wpływu na dług publiczny i wskaźniki finansowe w całym cyklu życia projektu.

Korzyści z zastosowania doradztwa w formie zamówień pojedynczych analiz:

- Zamawiający może precyzyjnie określić zawartość analizy i dokładnie zaplanować termin realizacji zlecenia;
- Łatwiejszy nadzór nad pracami doradcy, związany z mniejszym zakresem przedmiotowym umowy;
- Pozwala uniknąć okresów „pustych” dla doradców (np. w trakcie oczekiwania na decyzję organu decyzyjnego gminy);
- Rozliczenie doradcy z wykonanej pracy następuje po stosunkowo krótkim okresie czasu co ułatwia ocenę przeprowadzonych działań, w tym ustalenie sposobu naliczania i egzekwowania kar umownych za nie dotrzymanie terminów realizacji;
- Niekiedy wartość zlecenia nie przekracza kwoty wymagającej stosowania przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, co może skutkować mniej czasochłonnym procesem wyboru doradcy;

Możliwe ryzyka przy zastosowaniu doradztwa w formie zamówień pojedynczych analiz:

- Ryzyko dokonania przez zamawiającego podziału zamówienia na części w sposób naruszający Pzp;
- Może wystąpić konieczność zarządzania w jednym czasie kilkoma umowami obejmującymi sporządzanie poszczególnych analiz;
- Nadzór obejmuje co prawda mniejszy zakres umowy, ale w przypadku równoległych prac kilku wykonawców może wymagać zaangażowania większych zasobów po stronie zamawiającego w zakresie opiniowania prac kilku podmiotów.

4. Przygotowanie postępowania przetargowego na doradztwo

Wybór doradcy dla projektów ppp w większości przypadków odbywa się w drodze przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjątkiem od postępowań tego rodzaju są umowy o wartości nie przekraczającej wyrażonej w złotych kwoty 14 tys. euro, dla których nie stosuje się przepisów ustawy.

Zamawiający zobowiązany jest zatem do stosowania przepisów odpowiednich dla udzielania zamówień publicznych obejmujących świadczenie usług i stosowania zasad z tym związanych np. obowiązany jest do rzetelnego i dokładnego dokumentowania wszystkich czynności w postępowaniu. Dokonane przez zamawiającego czynności znajdują odzwierciedlenie w protokole postępowania oraz załącznikach do protokołu, który jest jawny. Obowiązek należytego prowadzenia dokumentacji i udostępniania jej na każdym etapie postępowania implikuje konieczność prowadzenia dokumentacji w formie pisemnej. Zgodnie z art. 9 ust 1 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej w języku polskim. Czynności związane z prowadzeniem postępowania są czasochłonne i powodują konieczność zaangażowania odpowiednich zasobów dla ich sprawnego prowadzenia.

Etap przygotowania postępowania przetargowego powinien uwzględniać zbudowanie odpowiedniego zespołu (komisji przetargowej) i ustalenie harmonogramu, który uwzględnia zarówno czynności wynikające z przepisów ustawowych jak i z założeń przyjętych przez zamawiającego dla danego postępowania (np. odpowiedni czas na analizę ofert pod kątem ich zawartości merytorycznej w kontekście pozacenowych kryteriów oceny).

Członkowie Platformy PPP w badaniu ankietowym przeprowadzonym przez d. MRR zgodnie wskazywali, że czasochłonność procesu wyboru doradcy jest jednym z największych wyzwań całej procedury. Czynniki ten związany jest bezpośrednio ze stopniem złożoności i skomplikowania przedmiotu umowy, w tym poszczególnych etapów doradztwa oraz z rodzajami kryteriów oceny ofert zastosowanymi przez zamawiającego.

Z dotychczasowych doświadczeń strony publicznej planującej projekt ppp wynika wyraźna świadomość tego, że osiągnięcie celu w postaci dobrej umowy ppp wiąże się z korzystaniem z wsparcia zewnętrznego. Jednakże najważniejszą i podstawową rzeczą jest dogłębne sprawdzenie umiejętności ekspertów, którzy później będą pracować jako doradcy strony publicznej w projekcie ppp. W ramach szczegółowych opinii pojawiały się stanowiska, że w zespole doradcy powinny się znaleźć także osoby posiadające uprawnienia

biegłego rewidenta, doradcy podatkowego i ubezpieczeniowego - co potwierdza szczególną istotę zagadnień podatkowych w projektach ppp.

Przykład jednego z ankietowanych miast planującego inwestycje ppp wskazuje na skuteczność postępowań na wybór doradcy przeprowadzanych w trybie dopuszczającym możliwość konsultacji z potencjalnymi wykonawcami. Urząd miasta w przypadku jednego z projektów przeprowadził postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Doradztwo firmy zewnętrznej w tym przypadku dotyczyło opracowania studium wykonalności dla projektu ppp z sektora sportu i rekreacji. Od rozestania zapytań ofertowych do podpisania umowy z wybraną firmą doradcą upłynęło w przypadku przywołanego postępowania zaledwie 35 dni. Dodatkowo urzędnicy podkreślili w ankiecie, że w procesie zawierania umowy na usługi doradcze nie napotkali na istotne utrudnienia organizacyjne, finansowe ani prawne, a zawarta umowa spełniała oczekiwania strony publicznej, ponieważ zakres opracowania został zaproponowany przez miasto, a następnie skonsultowany i uzgodniony z firmą doradcą. Wnioski przedstawione przez wykonawcę okazały się istotnymi dla miasta informacjami. Wskazany krótki czas trwania postępowania uznać należy za sytuację szczególnie korzystną. Przykłady postępowań prowadzonych przez innych zamawiających wskazują, że postępowanie przetargowe na wybór doradcy do projektu trwa średnio od 3 do 9 miesięcy. Przykład w tym zakresie stanowić może zamówienie realizowane przez Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, na potrzeby pierwszego rządowego projektu ppp, w którym przygotowanie przetargu zajęło około 3 miesięcy, a od momentu ogłoszenia do wyboru najkorzystniejszej oferty upłynęło 6 miesięcy²³.

Badanie ankietowe jednoznacznie wskazało na szczególną wagę zapisów umownych między zamawiającym i doradcą. Zdarza się, że utrudnieniem w pracach przy projekcie jest podejmowanie bieżących decyzji, które wykraczają poza ustalone normy wynikające z umowy, co wymaga konsensusu obu współdziałających podmiotów. Dlatego też niezwykle istotną kwestią jest odpowiednie sprecyzowanie i uszczegółowienie zapisów w umowie pomiędzy zamawiającym a doradcą.

W tym miejscu warto przywołać stanowisko NIK wyrażone po kontroli projektów w systemie ppp, w którym stwierdza, że w toku kontroli nie wykazano nieprawidłowości w procedurach wyboru doradców i zleceniu wykonania analiz, które były przeprowadzane z uwzględnieniem zasad udzielania zamówień publicznych.

²³ „Doświadczenia z przygotowania pilotażowego projektu administracji centralnej w formule partnerstwa publiczno – prywatnego Budowa budynku Sądu Rejonowego w Nowym Sączu przy ul. Grunwaldzkiej”- od pomysłu do wyboru doradcy”:

http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/NowySacz_doswiadczenia_06052013.pdf

4.1. Kwestie organizacyjne (ustanowienie i praca komisji przetargowej, powoływanie biegłych)

Na początku fazy postępowania należy powołać komisję przetargową, której skład wynika z regulacji wewnętrznych zamawiającego. Wpływ na skład osobowy komisji może mieć również skład zespołu projektowego dedykowanego przedsięwzięciu ppp. Rola komisji przetargowej polega na prowadzeniu postępowania zmierzającego do wyboru firmy doradczej oraz na rekomendowaniu decyzji dotyczących wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający mają z reguły ugruntowaną praktykę w zakresie generalnych zasad obradowania komisji przetargowych, trybu podejmowania przez nie rekomendacji oraz częstotliwości spotkań. Wiodąca rola przewodniczącego komisji wspierana jest zazwyczaj przez sekretarza komisji odpowiedzialnego za prowadzenie korespondencji z wykonawcami.

Komisja może korzystać z porad i pomocy doświadczonych, wyspecjalizowanych konsultantów/biegłych. Udział biegłych może mieć miejsce zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania. Jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego (z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej), może powołać biegłych. Przepisy ustawy PZP nie regulują szczegółowo wymagań co do osoby biegłego, nie musi to być biegły znajdujący się na liście biegłych sądowych. Biegłym w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego może być każda osoba posiadająca wiadomości specjalistyczne w danej dziedzinie. O tym czy osoba ta posiada wymaganą wiedzę decyduje kierownik zamawiającego²⁴. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego można powołać dowolną liczbę biegłych z jednej bądź wielu dziedzin²⁵. Biegły formalnie włączony jest do prac komisji, w ograniczonym z góry zakresie, w drodze decyzji kierownika zamawiającego. Biegły nie dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty w danym postępowaniu.

²⁴ orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej związane z problematyką powołania biegłych w postępowaniu, np.: KIO/UZP 593/08, KIO/UZP 2298/10.

²⁵ KIO/UZP 2298/10: „Zamawiający musi brać pod uwagę swoje wiadomości nabyte nie tylko w trakcie badania ofert w konkretnym postępowaniu. Dopiero, gdy dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego może powołać biegłych, co wynika z art. 21 ust. 4 PZP”

KIO/UZP 593/08: „Ustawodawca nie określił żadnych szczegółowych wymogów, co do tego w jaki sposób powołanie biegłego ma nastąpić, ani także nie określił minimalnych wymagań co do poziomu wiedzy lub doświadczenia osób powoływanych na biegłych. Nie została także określona ustawowa lista instytucji, z których biegli mogą być powoływani. Prawo pozostawia te kwestie swobodzie wyboru zamawiającego. Ustawodawca nie uzależnia prawa do powołania biegłych od uprzedniego zawiadomienia o tym fakcie np. w ogłoszeniu czy SIWZ. Pełna treść orzeczeń dostępna na stronie www.uzp.gov.pl w zakładce KIO/orzecznictwo KIO (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:388>)

W przypadku postępowań mających na celu wyłonienie doradcy dla przedsięwzięcia ppp będą to w szczególności biegli posiadający wiedzę z zakresu zagadnień dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego lub wiedzę dotyczącą projektów infrastrukturalnych w danym sektorze.

Do obowiązków biegłego mogą należeć:

- specjalistyczna pomoc w przygotowaniu i prowadzeniu przez zamawiającego postępowań na wybór doradców, w zakresie wiedzy z zakresu ppp,
- pomoc komisji przetargowej w zweryfikowaniu poprawności złożonych ofert dla w/w postępowań z uwzględnieniem specyfiki projektów ppp.

4.2. Opis przedmiotu zamówienia i umowa z doradcą

4.2.1 Opracowanie opisu przedmiotu zamówienia

Zgodnie z przepisami Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oczywistym wydaje się, że zakresu przedmiotu zamówienia nie należy oceniać na podstawie nazwy zamówienia. Dopiero analiza przedmiotu zamówienia pozwala na właściwe określenie jego zakresu²⁶. Nie jest dozwolone opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenia oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry, niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję²⁷.

²⁶ Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2013 r. sygn. akt: KIO/UZP 1407/13

²⁷ Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2013 r. sygn. akt: KIO/UZP 1314/13

Specyfika usług doradczych polega na intencji zamawiających zawarcia w przedmiocie zamówienia pojemnego katalogu zagadnień, z którymi wykonawca będzie miał do czynienia w ramach wdrażania projektu ppp z równoczesnym unikaniem zbytniego rozbudowania zakresu doradztwa, które naraziłoby zamawiającego na zbyt wysokie jego koszty. Przedmiot zamówienia musi być skoncentrowany na zaspokojeniu określonych potrzeb zamawiającego. Kluczowe jest zatem rozpoznanie na etapie przygotowania postępowania kluczowych obszarów, w których zamawiający oczekuje wsparcia ekspertów zewnętrznych i określenie stopnia tego wsparcia. Nakreślenie kluczowych obszarów pozwoli bowiem w pierwszym kroku na podjęcie decyzji, czy konieczne jest kompleksowe doradztwo w ciągu całego procesu, czy jedynie wsparcie na jego wybranych etapach. Analizy, które mogą składać się na doradztwo przywołane zostały m.in. w rozdziale 3 niniejszej publikacji. Ważne jest precyzyjne i dokładne formułowanie oczekiwań. Z badania ankietowego wśród członków Platformy PPP wynika, że wielu zwolenników ma rozwiązanie polegające na bardzo szczegółowych zapisach dot. przedmiotu zamówienia, tak aby używane sformułowania nie budziły wątpliwości na etapie realizacji zamówienia. Najkorzystniejszym wydaje się jednak znalezienie złotego środka między bardzo rozbudowanym i szczegółowym opisem, a pozostawieniem stronom pewnej elastyczności w obszarze doradztwa w zależności od bieżących postępów w pracach. Szczególnie terminy realizacji pewnych czynności powinny być ustalone w sposób racjonalny, ze wskazywaniem czasu trwania poszczególnych etapów w miesiącach lub tygodniach w miejscu opisywania daty dziennej uzyskania określonego produktu.

Pewną trudność może też sprawiać zamawiającym uwzględnienie w przedmiocie zamówienia sytuacji powodujących zmiany w projekcie. Receptą na ten problem może być zamieszczanie w opisie przedmiotu doradztwa pewnych elementów niedookreślonych i stosowanie sformułowań takich jak np. „wspieranie zamawiającego we wszystkich czynnościach niezbędnych do uruchomienia postępowania na wybór partnera prywatnego” lub „odpowiadanie na bieżące zapytania zamawiającego związane z realizacją projektu ppp”. Warto też podkreślać, że to wykonawca w przeważającej mierze zobowiązany jest prezentować profesjonalne, niezależne podejście do projektu ppp i zaproponować optymalne rozwiązania, właściwą jakość dokumentów oraz poprawność i efektywność procedur. Tym samym przedmiot zamówienia powinien wskazywać, że doradztwo nie ogranicza się do prostych odpowiedzi na pytania zamawiającego, ale niesie dalej idący obowiązek proponowania pewnych rozwiązań stronie publicznej z własnej inicjatywy bez oczekiwania na prośbę czy wniosek.

Przykładowe fragmenty opisu przedmiotu zamówienia²⁸:

- „W szczególności doradztwo obejmować będzie: i) weryfikację istniejącej dokumentacji, założeń Zamawiającego i podjętych przez niego działań; ii) przygotowanie warunków i dokumentów niezbędnych do wdrożenia Projektu (w tym związanych z dofinansowaniem unijnym); iii) proces wyboru partnera prywatnego; iv) zamknięcie komercyjne i finansowe Projektu; v) model funkcjonowania (monitorowania) Projektu w fazie operacyjnej; vi) opracowanie raportu z procesu przygotowania (krok po kroku) Projektu”.
- „Zapewnienie profesjonalnej i kompleksowej usługi na wysokim poziomie i właściwym standardzie w zakresie wszystkich niezbędnych analiz, doradztwa, wsparcia, porad i konsultacji oraz przeprowadzenia niezbędnych specjalistycznych konsultacji doradczych”.
- „Zamawiający wymaga od Wykonawcy przygotowania i przeprowadzenia postępowania w przedmiocie wyboru Partnera Prywatnego w charakterze pełnomocnika Zamawiającego, w pełni odpowiedzialnego za przygotowanie i przeprowadzenie ww. postępowania”.
- „Zamówienie Wykonawca zrealizuje zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, przy dochowaniu należytej staranności, ze szczególnym uwzględnieniem profesjonalnego charakteru prowadzonej przez Wykonawcę działalności oraz celu udzielenia Zamówienia, którym jest wybór Partnera Prywatnego oraz realizacja Przedsięwzięcia”.

Przedmiot zamówienia może niekiedy uwzględniać możliwość wprowadzenia elementów szkoleniowych dla pracowników zamawiającego. Nawet jednak bez specjalnych dedykowanych zamawiającemu szkoleń, korzystanie z usług doradczych sprzyja kształtowaniu kwalifikacji zespołu projektowego, gdyż osoby uczestniczące w procesie dzielą się wzajemnie swoją wiedzą, doświadczeniem oraz dobrymi praktykami w obszarze realizacji projektu.

Zamawiający w realizowanych postępowaniach na doradztwo dostrzegają potrzebę zachowania możliwości na przerwanie prowadzonego doradztwa i przedterminowe zakończenie realizacji umowy. Rezygnacja z kontynuowania doradztwa, lub rezygnacja z pewnych jego elementów opierać się może o przesłanki obiektywne w szczególności polegające na rezygnacji z prowadzenia projektu ppp z uwagi na wynik analiz przedrealizacyjnych lub decyzję organu nadzorującego. Drugim aspektem jest odstąpienie

²⁸ Na podstawie postępowań na wybór doradcy do projektu ppp prowadzonych przez Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie oraz Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

od dalszego korzystania z usług doradczych z uwagi na zastrzeżenia do pracy wykonawcy, w tym przede wszystkim niska jakość sporządzanych przez niego analiz, które nie dają rękojmi należytego przygotowania przedsięwzięcia ppp. W obu wskazanych przypadkach możliwość wcześniejszego zakończenia realizacji umowy odbywać się będzie z inicjatywy zamawiającego i powinno być wcześniej przewidziane w treści umowy. Zamawiający powinien mieć zastrzeżone w umowie prawo do rezygnacji z części zamówienia, kierując się zasadami: celowości, oszczędności, adekwatności i efektywności w zakresie wydatków publicznych. Rezygnacja może obejmować zarówno całość doradztwa jak i poszczególne czynności wykonawcy w ramach zamówienia. Istnieje również możliwość odstąpienia od realizacji umowy z inicjatywy Wykonawcy. Przedterminowe wypowiedzenie umowy na doradztwo wiąże się z dużym ryzykiem po stronie publicznej, dlatego może się wiązać z nałożeniem odpowiedniej kary umownej w przypadku niezrealizowania uzgodnionych wcześniej prac.

Zamawiający powinni również starannie dokonać ustalenia wartości zamówienia obejmującego usługi doradcze dla ppp. Zgodnie z przepisami, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Wartość ta, niezależnie od czasu trwania postępowania, jest jedna i nie podlega weryfikacji w toku tego postępowania, bez względu na zmianę sytuacji rynkowej i wyceny rynkowej danego przedmiotu zamówienia²⁹. Staranność zamawiającego w zakresie oszacowania przyszłych kosztów doradztwa powinna przejawiać się w uwzględnianiu czynników jakościowych wpływających na jego koszt. Należą do nich w szczególności doświadczenie doradcy, jego renoma, posiadane know-how, kwalifikacje ekspertów zaangażowanych w projekt, stosowana przez wykonawcę metodologia pracy. Odpowiednie uwzględnianie czynników wpływających na jakość doradztwa w wycenie przedmiotu zamówienia zabezpiecza interes zamawiającego i umożliwia otrzymanie ofert od doradców, którzy zapewnią stronie publicznej wsparcie realizacji zamówienia ppp.

4.2.2. Zaplanowanie współpracy z Wykonawcą na etapie realizacji umowy

Doradca zobowiązany jest świadczyć usługi z zachowaniem należytej staranności. Dodatkowo w obszarze doradztwa prawnego przepisy szczególne - ustawy o radcach prawnych lub prawa o adwokaturze zapewniają zachowanie odpowiedniego poziomu dostarczanych usług i przestrzeganie zasad etyki radcy prawnego i adwokata. Ramy współpracy, zasady prowadzenia doradztwa i kontaktów z zamawiającym powinny zostać zawarte w opisie przedmiotu zamówienia lub projekcie przyszłej umowy z wykonawcą.

²⁹ Wyrok KIO z dnia 25 października 2013 r. sygn. akt KIO/UZP 2421/13

W obszarze bieżącej realizacji umowy na usługi doradcze opis przedmiotu zamówienia lub treść umowy bezpośrednio mogą odnosić się do takich zagadnień jak sposób komunikacji między zamawiającym i wykonawcą w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Korzystnym dla strony publicznej rozwiązaniem jest wskazanie obowiązku odbywania cyklicznych spotkań w siedzibie zamawiającego oraz raportowania przez doradcę o postępach prac. Jasne opisanie sposobu komunikacji pozwoli na uniknięcie sytuacji spornych i konfliktowych między zamawiającym i wykonawcą oraz minimalizację takich ryzyk. Umowa może zawierać oczekiwania zamawiającego w zakresie obowiązków sprawozdawczych z działań zewnętrznego doradcy. Z określoną z góry częstotliwością wykonawca może przekazywać stronie publicznej raporty, sprawozdania, krótkie relacje z przeprowadzonych przez siebie czynności w ramach wspierania projektu. Najczęściej spotykane są rozwiązania nakazujące bieżące raporty w trakcie trwania etapu doradztwa (np. w cyklu 2-tygodniowym lub miesięcznym) oraz szersze opracowania sprawozdawcze po osiągnięciu pewnych kamieni milowych projektu. Obowiązek informacyjny może przyjąć formę wymiany korespondencji drogą elektroniczną. Z drugiej strony warto zachować umiar w nakładaniu na wykonawcę obowiązków sprawozdawczych, tak aby czas i zasoby wykonawcy nie były nadmiernie absorbowane zagadnieniami ze sfery organizacyjnej zarządzania umową kosztem zaniedbania merytorycznych działań w obszarze przygotowania projektu ppp.

Zamawiający powinien zapewnić sobie systematyczny dostęp do poszczególnych opracowań sporządzanych przez wykonawcę, celem ich weryfikacji i wnoszenia swoich opinii jeszcze na etapie powstawania danego materiału. Wszelkie poprawki i uzupełnienia zgłoszone przez zamawiającego powinny zostać wykonane przez wykonawcę nieodpłatnie, w ramach wynagrodzenia za dane zadanie, o ile mieszczą się w zakresie zadania.

Oczekiwania wobec wykonawcy zawarte w opisie przedmiotu zamówienia mogą określać również formę przekazywania materiałów zamawiającemu, w tym opracowań cząstkowych i końcowych. Przekazaniu ostatecznych wersji kluczowych analiz może towarzyszyć spotkanie doradców z zespołem projektowym zamawiającego, podczas którego wyjaśnione zostaną wszystkie kwestie szczególnie istotne z punktu widzenia praktycznej realizacji projektu.

W ramach przedmiotu zamówienia można również zarysować rolę poszczególnych ekspertów w ramach zespołu doradczego. Powszechnym rozwiązaniem jest zobowiązanie umowne Wykonawcy do wykonywania obowiązków wynikających z umowy wyłącznie przez osoby wskazane w ofercie, posiadające odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia. Można

również wprost zastrzec, że Wykonawca nie ma prawa powierzyć wykonania nawet części czynności objętych przedmiotem umowy osobom trzecim bez zgody zamawiającego. Szczególne znaczenie ma ewentualny wymóg wyznaczenia koordynatora spośród osób wchodzących w skład zespołu doradczego. Koordynator zespołu może zostać zobowiązany do zapewniania przestrzegania jakości oraz jej kontrolę na każdym etapie realizacji zamówienia. Powinien również dbać o spójność stanowisk pomiędzy różnymi obszarami doradztwa prezentowanymi stronie publicznej. W ten sposób zamawiający otrzymywał będzie jasne stanowisko zespołu doradczego wypracowane w oparciu o opinie poszczególnych osób. Zdarzają się bowiem sytuacje, w których prace przygotowywane przez wykonawców (np. występujących wspólnie w danym zamówieniu) sporządzane są przez wielu autorów. W rezultacie należy zapobiegać sytuacji, w której jedna część opracowania nie koresponduje z inną częścią sporządzoną przez innych autorów, a także pomiędzy tymi materiałami uwidaczniają się różnice na poziomie merytorycznym. System podejmowania decyzji w ramach zespołu doradczego, przydzielanie obowiązków poszczególnym jego członkom i ich rozliczanie z powierzonych zadań, powinny pozostać poza bezpośrednim wpływem zamawiającego. Strona publiczna musi jednak interweniować w przypadku niewywiązywania się zespołu z zadań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, oferty wykonawcy lub innych dokumentów zawierających wiążące zobowiązanie stron w tym zakresie.

Ważnym zagadnieniem umów z zewnętrznymi ekspertami jest również zapobieganie ewentualnym konfliktom interesów. Firmy doradcze, kancelarie prawne i inne podmioty specjalizujące się w usługach tego typu zwykle w swojej ofercie mają zarówno wsparcie strony publicznej jak i potencjalnych partnerów prywatnych funkcjonujących na rynku ppp. Jest to naturalna konsekwencja funkcjonowania na rynku usług, które nie są jeszcze powszechnie zamawiane przez podmioty w Polsce. Jak wspomniano, istnieją pewne zasady z obszaru etyki, wynikają z przepisów ustawowych dotyczących takich grup zawodowych jak np. adwokaci czy radcy prawni. W odniesieniu do zespołów doradczych, złożonych z ekspertów różnych dziedzin, warto jednak wprost wskazać w umowie na kluczowe zasady współpracy w celu uniknięcia konfliktu interesów. Celem określenia tych zasad jest możliwość przypisania odpowiedzialności wykonawcy za szkody wynikające w wystąpienia pewnych sytuacji powodujących konflikt interesów.

Przykłady możliwych uregulowań umownych w celu uniknięcia konfliktu interesów³⁰:

- „W trakcie trwania niniejszej umowy Wykonawca, jego pracownicy oraz osoby trzecie, przy pomocy których Wykonawca realizuje niniejszą Umowę, zobowiązują się w szczególności do niepodjęcia żadnych czynności, w tym doradczych i obsługi prawnej na rzecz podmiotu, który ma status wykonawcy, w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego realizowanych przez Zamawiającego oraz realizacji zawartych w wyniku ich rozstrzygnięć umów”.
- „Wykonawca realizując niniejszą umowę, nie będzie działać sprzecznie z interesami Zamawiającego. W sytuacji, gdy interes Zamawiającego okaże się sprzeczny z interesami innego z klientów Wykonawcy, Wykonawca niezwłocznie powiadomi Zamawiającego o takim fakcie, a Zamawiający podejmie stosowne decyzje, co do dalszego postępowania w sprawie. W takim przypadku Zamawiający ma w szczególności prawo odstąpić od niewykonanej części umowy”.
- „Wykonawca ani jego podwykonawcy nie mogą świadczyć usług doradczych na rzecz podmiotów uczestniczących w postępowaniu na wybór partnera prywatnego dla Projektu”.
- „W trakcie trwania niniejszej Umowy osoby przy pomocy których Wykonawca realizuje niniejszą Umowę, zobowiązują się do powstrzymywania od wszelkich działań i czynności, które mogą rodzić podejrzenie stronniczości czy potencjalnego konfliktu interesów”.

W trakcie trwania postępowania na wybór partnera prywatnego zabezpieczeniem interesu zamawiających na wypadek konfliktu interesów są przepisy ustawy Pzp. Zarówno w stosunku do osób przygotowujących postępowanie, członków komisji przetargowych jak i powoływanych przez zamawiającego biegłych zastosowanie mają przepisy Art. 17 Pzp o wyłączeniu osób, na przykład jeśli istnieją co do nich wątpliwości w zakresie bezstronności. Przepis odwołuje się w tym zakresie nie tylko do stosunków prawnych, ale również faktycznych. Osoby zaangażowane w postępowanie po stronie zamawiającego, również w zakresie wyboru partnera prywatnego na podstawie przepisów Pzp, zobowiązane są do złożenia stosownego oświadczenia (druk ZP-1³¹). Oświadczenie służyć ma zagwarantowaniu bezstronności prowadzonego postępowania i stanowić ewentualną podstawę decyzji kierownika jednostki co do kręgu osób, które pozostają w postępowaniu czynne. Z tego względu oświadczenie powinno być złożone niezwłocznie po identyfikacji wykonawców

³⁰ Na podstawie postępowań na wybór doradcy do projektu ppp prowadzonych przez MliR, Sąd Okręgowy w Nowym Sączu oraz UM Torunia.

³¹ Wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 10 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458).

biorących udział w postępowaniu. Złożenie oświadczenia po zakończeniu postępowania, a nawet udzieleniu i wykonaniu zamówienia w oczywisty sposób nie spełnia swej roli, bowiem nie jest możliwe podjęcie działań określonych w art. 17 ust. 3 Pzp³².

Doradcę w ramach umowy można zobowiązać również do zachowania poufności, wykorzystywania informacji nabytych podczas realizacji Zamówienia wyłącznie do celów wykonywanej pracy i zachowania ich w tajemnicy wobec osób trzecich. Zobowiązaniem tym powinni być objęci pracownicy wykonawcy mający dostęp do danych oraz informacji, a ochroną powinny być objęte zarówno informacje znane na etapie podpisywania umowy na doradztwo, jak i w których posiadanie wykonawca wejdzie w skutek zawarcia i realizacji umowy.

4.2.3. Kary umowne i inne mechanizmy chroniące interes zamawiającego

Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań³³. Kodeks cywilny przewiduje możliwość zastosowania kary umownej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce udzielania zamówień publicznych na usługi doradcze, kary umowne są najpopularniejszym instrumentem z którego korzystają zamawiający w celu zabezpieczenia swoich interesów związanych z realizacją danej umowy. Poprzez zastrzeżenie określonej kary umownej strony uzgadniają ze sobą namiastkę odszkodowania należną zamawiającemu niezależnie od ewentualnego sporu przed sądem. Ilekroć w umowie zastrzegana jest kara umowna, strony powinny zatem precyzyjnie wskazać tytuł do jej naliczenia, na przykład nienależytego wykonania umowy lub jednego ze świadczeń, do których dłużnik jest zobowiązany, wadliwość przedmiotu świadczenia, opóźnienie lub zwłoka w wykonaniu świadczenia, wskazując przy tym jej określoną wysokość albo sztywne kryterium odniesienia³⁴. Kary mają charakter pieniężny i umowa musi zawierać określenia (np. wskazania procentowe) umożliwiające ustalenie jej wysokości. Co do zasady zapłata kary pieniężnej nie zwalnia wykonawcy z obowiązku realizacji danej usługi czy sporządzenia stosownej pracy. Zgodnie jednak z przepisami Kodeksu cywilnego strony mogą zamieścić w umowie postanowienie zezwalające dłużnikowi na zwolnienie się z obowiązku wykonania zobowiązania przez zapłatę kary umownej. Ponadto stronom umowy przysługuje na zasadach ogólnych roszczenie o naprawienie

³² Stanowisko Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 31 maja 2012 r. sygn.. BDF1/4900/25/23/12/466

³³ Wyrok SN z 8 sierpnia 2008 r., V CSK 85/08

³⁴ Z. Gawlik, „Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III Zobowiązania – część ogólna”.

szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, na mocy art. 471 Kodeksu cywilnego.

Ciekawym rozwiązaniem jest potraktowanie przyszłych kar umownych jako kryterium oceny ofert dotyczące propozycji podwyższenia kar zastrzeżonych z góry w istotnych postanowieniach umownych przez zamawiającego. Tym samym wykonawcy w ramach tego kryterium rywalizują deklarując gotowość przyjęcia wyższych kar umownych z tytułu opóźnień w pracach czy wad merytorycznych prowadzonych prac, wyrażając przy tym gotowość dla rzetelnej realizacji zamówienia.

Kara umowna bywa doskonałym stymulatorem jakości, a jej stawka może pełnić funkcję kryterium oceny ofert w imię zasady, że jeśli wykonawca nie obawia się niedochowania odpowiedniego poziomu świadczonych usług, zaproponuje wyższe stawki kar³⁵. Tym samym na etapie składania ofert wykonawcy rywalizują ze sobą proponując w ofercie określone stawki kar umownych ponad minimum wymagane przez zamawiającego.

Z badania przeprowadzonego wśród członków Platformy PPP wynika, że wszyscy zamawiający, którzy przekazali wypełnione ankiety stosują kary umowne w kontraktach zawieranych z doradcami. Umowy zawierają przede wszystkim kary umowne za nieterminowość wykonania pracy w ramach doradztwa lub za nienależyte jej wykonanie. Jednocześnie powszechne jest, że zamawiający zobowiązują wykonawcę do usunięcia nieprawidłowości poszczególnych części przedmiotu umowy, bez dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu. Niekiedy kary umowne zostają nałożone na wykonawcę nie tylko w wyniku zaniedbania merytorycznej strony zamówienia, ale również pewnych formalnych i organizacyjnych aspektów realizacji umowy takich jak opóźnienie w złożeniu wymaganych umową oświadczeń o poufności lub nieterminowe przedłożenie dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej doradcy. Zdecydowana większość kar umownych jest jednak konsekwencją pewnych zastrzeżeń merytorycznych zamawiającego do przekazywanych opracowań lub opóźnień wynikłych z winy wykonawcy. Zamawiający ustalając tego rodzaju mechanizm zapewniają sobie możliwość braku wypłaty na rzecz wykonawcy części wynagrodzenia za usługi niekompletne, zakwestionowane i nieodebrane. Tym samym jest to mechanizm dyscyplinujący doradcę, wynikający z dbałości zamawiających o rzetelne rezultaty zleczanych prac.

³⁵ R. Szostak, „Zamówienia publiczne na badania ewaluacyjne, prace analityczne i usługi eksperckie”, *Finanse Komunalne* 4/2013, str. 51

W przypadku ewentualnych zastrzeżeń do prac doradcy kluczowe jest ich formułowanie przez zamawiających w oparciu o argumenty merytoryczne i z powołaniem się na konkretne ustalenia stron. W ten sposób można dać wyraz obiektywnym przyczynom, dla których zamawiający nie akceptuje pracy wykonawcy.

Zastrzeżenia formułowane w sposób nieprecyzyjny mogą nie spotkać się z odpowiednim uwzględnieniem przez wykonawcę, gdy – z przyczyn obiektywnych – nie zrozumie on w pełni intencji zamawiającego w zakresie zgłoszonych uwag. Celem zamawiającego powinno być natomiast jasne przekazanie swoich oczekiwań, aby po zastrzeżeniach uzyskać w pełni poprawny i satysfakcjonujący produkt doradztwa. Zamawiający powinien przede wszystkim dbać o efektywne wydatkowanie środków publicznych w ramach realizowanej umowy, co uzasadnia jego dążenie do egzekwowania pełnej sumienności i zaangażowania wykonawcy w realizację doradztwa. Na etapie prowadzonego postępowania strona publiczna może minimalizować ryzyko pracy z nierzetelnymi doradcami poprzez odpowiednio sformułowane kryteria wyboru wykonawcy³⁶.

Mechanizmem chroniącym interes zamawiającego jest również możliwość wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy w trakcie jej trwania. Kodeks cywilny reguluje sytuacje, w których można skorzystać z odstąpienia od umowy na wypadek niewykonania zobowiązania przez kontrahenta. Również w innych sytuacjach, nie związanych z nierzetelnością wykonawcy, strony mogą skorzystać z umownego prawa odstąpienia (art. 395 Kodeksu cywilnego). Częściej stosowanym przez zamawiających rozwiązaniem jest określenie w umowie zasad jej wypowiedzenia. Strony mogą uzgodnić, że umowę na świadczenie doradztwa może rozwiązać w każdym czasie z zachowaniem określonego (np. trzymiesięcznego) okresu wypowiedzenia, dokonanego w formie pisemnej. W przypadku rażącego naruszenia postanowień zamawiający może zapewnić sobie prawo rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym, a także prawo do jednostronnego odstąpienia od umowy.

Zamawiający powinni uwzględniać również możliwość odstąpienia od umowy na doradztwo po poszczególnych etapach doradztwa. Umowy wieloetapowe na kompleksowe doradztwo (prawne, ekonomiczno-finansowe i techniczne) powinny zawierać możliwość odstąpienia od umowy po etapie wstępnych analiz. Płatność za każdy etap uruchomiana jest na podstawie faktury i protokołu prawidłowo wykonanych prac. Odstąpienie powinno być wówczas uzależnione zarówno od rzetelności pracy doradcy jak i od czynników od niego niezależnych,

³⁶ O zagadnieniu szerzej w punkcie 5.1 publikacji

zewnętrznych dla projektu. Sytuacje, które w sposób obiektywny uniemożliwiają dalsze działania w ramach przygotowania projektu ppp, tym samym powodują brak uzasadnienia dla kontynuowania doradztwa. Przypadkami takimi są w szczególności brak zgody organu nadzorującego na realizację inwestycji w formule ppp lub brak zainteresowania ze strony rynku dla przedsięwzięcia. Umowa może więc zostać podzielona w taki sposób, że wygasa w momencie braku przesłanek do jej kontynuacji. Również wyniki poszczególnych analiz powinny być rozpatrywane w kontekście ich wpływu na zasadność dalszych działań w projekcie.

Nierzetelność niektórych doradców, nieprawidłowo sporządzone analizy kluczowe dla danej inwestycji (takie jak analizy popytu, ekonomiczno-finansowe, prawne, podatkowe) prowadzić mogą do rozwiązania umowy wraz z konsekwencjami finansowymi w postaci kar umownych. W skrajnych sytuacjach, zamawiający kierując się zasadami celowości, oszczędności, adekwatności i efektywności w zakresie wydatków publicznych może zdecydować się na uruchomienie postępowania sądowego odszkodowawczego, jeżeli nałożone kary umowne nie pokrywają wyrządzonej przez doradcę szkody.

4.2.4. Sposób wynagradzania doradcy

Praktyka stosowania usług doradczych w projektach ppp nie wskazała dotychczas w sposób jednoznaczny na przedział kosztów jakie ponieść musi zamawiający korzystający z tego rodzaju wsparcia zewnętrznego. Również sposób wynagradzania wykonawcy zależy od woli stron (w tym oferty wykonawcy), zakresu przedmiotowego doradztwa, a także środków finansowych jakimi dysponuje zamawiający na realizację zamówienia.

Wynagrodzenie doradcy może przybrać formę:

- 1) wynagrodzenia ryczałtowego w formie określonej sumy pieniężnej, płatnej w częściach po poszczególnych etapach doradztwa.

W umowie wówczas wskazana jest całkowita łączna kwota wynagrodzenia. Wynagrodzenie łączne w przypadku kompleksowego doradztwa powinno obejmować sporządzenie i analizę wszystkich dokumentów i wykonania usług niezbędnych do osiągnięcia rezultatu w postaci zawarcia ostatecznej umowy z partnerem prywatnym oraz zamknięcia komercyjnego i finansowego projektu. Zamawiający może przewidzieć w umowie płatności częściowe przypisane do osiągnięcia kolejnego kamienia milowego – np. zakończenia etapu w cyklu przygotowania projektu do realizacji. W przypadku wynagrodzenia wypłacanego w częściach umowa może określać sumę pieniężną należną za zrealizowanie danego etapu zamówienia, czynności w ramach tych etapów lub kwota za daną część może być

wyrażona procentowo. Płatności cząstkowe są rozwiązaniem korzystnym dla stron umowy. Takie rozwiązanie uwzględnia zmniejszenie obciążenia budżetu zamawiającego jedną dużą płatnością końcową, a z drugiej strony wykonawca zyskuje pokrycie kosztów które ponosi w trakcie doradztwa. Przy umowach na długotrwałe doradztwo wykonawcy mogą nie akceptować formy wynagradzania polegającej na jednej płatności po wykonaniu całości przedmiotu umowy.

2) wynagrodzenia płatnego godzinowo w oparciu o bieżące zlecenia prac przez zamawiającego.

W umowie wówczas wskazana jest maksymalna kwota wynagrodzenia oraz stawka godzinowa za pracę wykonawcy. Wynagrodzenie za dane zlecenie stanowi iloczyn stawki godzinowej wskazanej w umowie (i ofercie wykonawcy) i czasu poświęconego przez doradcę na realizację danego zlecenia. Czas szacowany na realizację danego zlecenia powinien zostać wskazany przez doradcę przed podjęciem prac zmierzających do jego realizacji i uzgodniony z zamawiającym. W praktyce zamawiający ma jednak ograniczone możliwości oceny przyjętego przez wykonawcę czasu na realizację zadania – z uwagi na brak możliwości ingerowania w organizację pracy własnej pracowników wykonawcy. Wydaje się, zatem że może kwestionować jedynie rażące przeszacowanie czasu potrzebnego na wykonanie danej pracy lub wymagać od doradcy uzasadnienia dla przyjętych przez niego parametrów realizacji zlecenia. Rozliczanie w oparciu o stawkę godzinową może również generować problem szybkiego konsumowania przez zlecenia środków przewidzianych na realizację umowy. Tym samym planowanie kolejnych zleceń wymaga analizy pod kątem harmonogramu realizacji i środków dostępnych w ramach danej umowy. Kosztowne zlecenia mogą spowodować konieczność uruchomienia nowego postępowania w celu wsparcia strony publicznej w dodatkowych elementach realizacji projektu ppp.

Niezależne od powyższego zamawiający mogą również zbudować umowę w oparciu o wynagrodzenie podstawowe i wynagrodzenie dodatkowe określone procentowo. Wówczas zastosowanie znajdują mechanizmy dodatkowego premiowania doradcy takie jak np. premia za osiągnięcie celu, premia za sukces (ang. success fee). Wysokość składników wynagrodzenia jest ustalana jest wówczas w umowie, a premia może przybrać formę określenia pewnej wartości procentowej w stosunku do całości wynagrodzenia. Nie podlega dyskusji fakt, że wynagrodzenie dodatkowe zostanie wypłacone wykonawcy jedynie w momencie realizacji przez niego pewnego z góry określonego celu. Wypłata premii za sukces może być na przykład uzależniona od korzystnego dla zamawiającego rozstrzygnięcia negocjacji ze stroną prywatną, w tym zawarcia umowy i osiągnięcia zamknięcia finansowego projektu.

Przy rozpatrywaniu wynagrodzenia w oparciu o system tzw. premii za sukces (np. uzależnionej od podpisania umowy o ppp lub koncesji) należy ostrożnie określić jej udział procentowy – zbyt wysoka premia za sukces może podnieść całkowity koszt doradztwa, ponieważ wykonawcy mogą proponować wysokie koszty doradztwa w pierwszych etapach umowy, tak aby w pierwszych płatnościach zrekompensować sobie ewentualne koszty wsparcia w trakcie postępowania, które może nie zakończyć się sukcesem.

Instytucje publiczne powinny zwracać szczególną uwagę na czynniki motywacyjne wynikające z różnych form zatrudniania i wynagradzania doradców. Na przykład jeśli konsultanci zaangażowani do przeprowadzenia studium wykonalności będą przekonani, że pozostaną w zespole także na czas transakcji, mogą nie być skłonni do ujawnienia poważnych problemów związanych z projektem z obawy przed wstrzymaniem dalszych prac. Z kolei jeśli doradcy ds. transakcji otrzymają pełne wynagrodzenie za pomyślną realizację zlecenia już w momencie podpisania umowy ppp, mogą przedstawić projekt, który nie będzie jeszcze wiarygodny finansowo — w takim przypadku finalizacja uzgodnień finansowych może potrwać wiele miesięcy (a nawet lat)³⁷.

5. Postępowanie przetargowe na doradztwo

5.1. Warunki udziału w postępowaniu

Wybór ekspertów zewnętrznych do wsparcia projektu ppp odbywać się może w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym najczęściej w trybie przetargu nieograniczonego. Tym samym już na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania przetargowego zamawiający może określać swoje wymagania względem wykonawców i zakres przyszłych działań doradczych. Specjalistyczny charakter usług wymaga od zamawiającego wyboru doradcy, który reprezentuje określone kompetencje.

Czynnikiem determinującym ocenę i wybór doradcy jest zawartość specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), którą związana jest strona publiczna. Ustawodawca w art. 22 Pzp określił jakiego rodzaju warunki udziału w postępowaniu powinien spełnić potencjalny wykonawca. Warunki udziału w postępowaniu są stawiane przez zamawiającego i wykazywane przez wykonawcę nie w celu dopełnienia sfery formalnej, bez związku z danym postępowaniem, ale w celu zapewnienia, że wykonawca posiada pewne niezbędne,

³⁷ „Projekt ppp od A do Z”, MRR, sierpień 2012 r.
http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/20120801_Projekt_PPP_od_A_do_Z.pdf str. 30

reprezentatywne dla wykonania zamówienia walory, które uprawdopodobniają poprawną i niezakłóconą realizację zamówienia³⁸. Zadaniem zamawiającego jest skonkretyzowanie ogólnych warunków wskazanych w ustawie Pzp pod kątem specyfiki i przedmiotu danego zamówienia poprzez konkretne zapisy SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Warunki znajdują zatem umocowanie ustawowe natomiast opis sposobu ich oceny kształtowany jest przez zamawiającego.

W rozdziale opisano praktyczne zagadnienia związane z ustalaniem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla potencjalnych doradców projektów ppp w zakresie:

- 1) warunku posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 2) warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Ad. 1. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje, że zamawiający może określić względem wykonawcy warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. Warunek ten powoduje niekiedy problemy interpretacyjne wśród zamawiających z uwagi na fakt, że wykonawca działający jako osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, w dosłownym znaczeniu nie może posiadać wiedzy i doświadczenia³⁹. W obszarze wiedzy można oczekiwać od wykonawcy określonego know-how, posiadania informacji i dokumentacji w danym obszarze działalności wraz z umiejętnością ich wykorzystywania. Przez doświadczenie rozumie się natomiast zasób umiejętności praktycznych nabytych w określonym czasie, w wyniku praktycznego ugruntowania, warunkujących zdolność przedsiębiorcy do prawidłowej realizacji zamówienia, które także łączy się nie tylko z osobą samego przedsiębiorcy, ile bezpośrednio z jego przedsiębiorstwem⁴⁰. Doświadczenie może wynikać również z obserwacji i współpracy, co uprawnia wykonawcę realizującego zadanie w ramach konsorcjum do powoływania się na doświadczenie dotyczące całego zamówienia⁴¹.

Zamawiający może dokonać sprawdzenia warunku wiedzy i doświadczenia na podstawie dokumentów przekazanych przez wykonawcę. Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający żąda od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wtedy, kiedy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp⁴². Nie ma natomiast takiego obowiązku, a jedynie możliwości, w przypadkach, gdy wartość zamówienia jest

³⁸ Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2013 r. sygn. akt: KIO/UZP 1702/13; KIO/UZP 1708/13.

³⁹ P. Banasik, Najczęstsze błędy i uchybienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Wrocław 2012, str. 20

⁴⁰ R. Szostak, Zamówienia publiczne na badania ewaluacyjne, prace analityczne i usługi eksperckie, *Finanse Komunalne* 4/2013, str. 47

⁴¹ Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2010 r. sygn. akt.: KIO/UZP 1777/09.

⁴² Od 1 stycznia 2014 tzw. progi unijne dla dostaw lub usług są równe wyrażonej w złotych równowartości kwoty 134.000 euro (566.137 PLN netto).

mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W postępowaniach, których wartość szacunkowa nie przekracza tzw. progów unijnych, zamawiający może poprzestać jedynie na żądaniu od wykonawców stosownych oświadczeń.

Zamawiający może zatem wymagać w przypadku warunku posiadania określonej wiedzy i doświadczenia załączenia do oferty wykazu wykonanych usług, podobnych do przedmiotu prowadzonego postępowania, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie⁴³. Zamawiający może przy tym wymagać od wykonawcy podania wartości tych usług, ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane. Wykaz przygotowuje wykonawca, który może się przy tym opierać na ewentualnym wzorze takiego wykazu przygotowanym przez zamawiającego jako załącznik do SIWZ. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia prawdziwości prezentowanych w wykazie danych – w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji podlega on wykluczeniu z mocy art. 24 ust. 2 pkt 3, po uprzednim zastosowaniu przez zamawiającego procedury wyjaśniającej rozbieżności.

Zamawiający może postawić wykonawcy wymóg przedłożenia dokumentów potwierdzających czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dokumentem tym są najczęściej referencje – pojęcie to nie jest jednak zdefiniowane w Pzp zatem zgodnie z orzecznictwem przyjmuje się, że w zgodzie z obowiązującymi przepisami jest przedstawienie nie tylko referencji, ale również protokołu odbioru lub nawet rachunku z akceptacją płatności⁴⁴. Funkcją tego typu dokumentów jest potwierdzenie pewnych faktów, bez znaczenia jest przy tym jego forma i tytuł. Za dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia nie może być jednak uznana sama treść umowy. Umowa potwierdza jedynie powstanie po stronie wykonawcy zobowiązania do realizacji określonego zakresu prac w określonym terminie, nie wynika z niej natomiast czy prace zostały prawidłowo wykonane⁴⁵. Referencje wystawia podmiot uprawniony do stwierdzenia, że dane zamówienie zostało prawidłowo wykonane – najczęściej zamawiający lub podmiot przez niego upoważniony (np. inwestor). Dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi musi umożliwiać identyfikację podmiotu ją wystawiającego oraz osoby podpisującej reprezentującej dany podmiot.

Warto pamiętać, że zamawiający nie zawsze powinien oczekiwać od wykonawcy doświadczenia tożsamego z przedmiotem bieżącego postępowania. Nie może on również wymagać doświadczenia większego niż konieczne do realizacji zamówienia, wystarczy

⁴³ Rozporządzenie z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

⁴⁴ Wyrok KIO z 23 listopada 2010 r. sygn. akt.: KIO/UZP 2363/10; KIO/UZP 2364/10; KIO/UZP 2397/10.

⁴⁵ P. Banasiak, op. cit., Wrocław 2012, str. 27

jedynie dobranie niektórych elementów, które umożliwią dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. W przypadku zamówienia na doradztwo w projektach ppp zamawiający może ustanowić warunek posiadania przez wykonawcę doświadczenia w realizacji podobnych usług, z zaznaczeniem, że wymagane jest doświadczenie w projektach ppp. Nie wydaje się wystarczające posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane, choć może być ono elementem jednego z warunków względem doradcy.

W zależności od zakresu prowadzonego postępowania, zamawiający – w przypadku kompleksowego doradztwa – może również oczekiwać doświadczenia w przygotowaniu i uczestnictwie w roli doradcy w postępowaniu, w którym zawarta została umowa ppp lub koncesji. Zamawiający zainteresowany jest bowiem skutecznie przeprowadzonym doradztwem w projekcie ppp, w tym przede wszystkim zawarciem umowy z partnerem prywatnym.

Zamawiający powinien jednak ostrożnie formułować warunek względem doradcy, tak aby nie ograniczać dostępu do postępowania firmom świadczącym dotychczas tego typu usługi na rzecz strony prywatnej w postępowaniach ppp. Ważnym aspektem dotyczącym ustalania warunków udziału w postępowaniu jest również fakt, że brak jednoznaczności ogłoszenia o zamówieniu co do wykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, w odróżnieniu od opisu przedmiotu zamówienia, nie stanowi co do zasady naruszenia prawa, a ewentualne nieścisłości powinny być na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu interpretowane na korzyść wykonawcy⁴⁶.

Odrębnym zagadnieniem jest możliwość wspomagania się przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. W tej skomplikowanej problematyce warto brać pod uwagę w szczególności orzeczenie KIO z dnia 12 czerwca 2013 r. w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.: „niemożliwe jest uznanie realności takiego udostępnienia bez zagwarantowania jakiegóż formy udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Powyższe wynika z samej istoty dzielenia się wiedzą i doświadczeniem – doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownych form zaangażowania przy realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający

⁴⁶ Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2013 r. sygn. akt: KIO/UZP 1601/13.

w tym zakresie swój potencjał, możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem, w większości przypadków należało będzie uznać za iluzoryczną i fikcyjną, a więc prowadzącą się jedynie do "dysponowania referencjami" danego podmiotu⁴⁷".

Przykłady fragmentów SIWZ dot. warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia:

- Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) należycie usługi:
 - w zakresie ekonomiczno-finansowym, polegające na:
 - 1) przygotowaniu co najmniej trzech studiów wykonalności (w zakresie analizy wykonalności i rozwiązań alternatywnych, analizy finansowej wraz z zestawieniem przepływów pieniężnych) dla projektów infrastrukturalnych²;
 - 2) przygotowaniu co najmniej jednego studium wykonalności (w zakresie analizy wykonalności i rozwiązań alternatywnych, analizy finansowej wraz z zestawieniem przepływów pieniężnych) dla projektu budowy obiektu z zakresu edukacji, oświaty, nauki, kultury, kultu religijnego, ochrony zdrowia, opieki społecznej, sportu, rekreacji, turystyki, transportu lub administracji o wartości co najmniejzł brutto nakładów inwestycyjnych; (...)

Ad. 2. Art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp określa warunek dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Ma on istotne znaczenie w przypadku zamówienia obejmującego usługi doradcze z uwagi na bezpośrednie przełożenie kwalifikacji osób realizujących zadanie na ich jakość i efektywność. Dobór odpowiedniego zespołu jest kluczowy dla wykonywania usług o charakterze intelektualnym. Wykonawca powinien wykazać, że dysponuje osobami o odpowiednich kwalifikacjach i tym samym daje rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Użyty w ustawie termin „dysponowanie” jest pojęciem szerszym niż zatrudnianie, zamawiający nie może zatem wymagać, aby wskazane osoby należały do grona pracowników wykonawcy. Nie może również wskazywać umowy cywilnoprawnej jaka ma łączyć wykonawcę z daną osobą. Ponadto osoba, którą na potrzeby danego zamówienia dysponuje dana osoba może być zatrudniona jednocześnie u innego

⁴⁷ Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2013 r. sygn. akt: KIO/UZP 1247/13.

pracodawcy lub być zaangażowana do realizacji innego zamówienia publicznego. Wykonawca przekazując sporządzony przez siebie wykaz osób podaje w celach informacyjnych podstawę prawną dysponowania tymi osobami. Podana informacja nie stanowi jednak podstawy dla żądania przez zamawiającego przedłożenia dokumentu potwierdzającego stosunek prawny między wykonawcą a wymienioną w wykazie osobą.

Wskazanie w dokumentach przetargowych, że określone osoby, wskazane przez wykonawcę w wykazie osób na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu będą również wykorzystywane przy realizacji zamówienia wskazuje na swoiste zabezpieczenie zamawiającego, że przy wykonywaniu zamówienia będą wykorzystywane osoby, których doświadczenie, czy uprawnienia były weryfikowane w toku postępowania o zamówienie⁴⁸. Zmiana osoby wskazanej do realizacji zamówienia powinna być każdorazowo uregulowana umową zawartą z doradcą i dobywać się za zgodą zamawiającego poprzez zastąpienie danej osoby inną o niemniejszych kwalifikacjach, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Zmiana tego typu powinna być uregulowana umową dla ochrony interesu zamawiającego. W sytuacjach losowych oraz innych uzasadnionych wykonawca powinien mieć możliwość wskazania innej osoby do dalszej realizacji zamówienia. Powinna także pojawiać się możliwość zmiany danej osoby na wniosek zamawiającego – w przypadkach wskazanych w umowie takich jak np. zastrzeżenia zamawiającego do pracy danego doradcy. Innym zagadnieniem jest rozszerzenie składu zespołu poprzez zaangażowanie przez wykonawcę dodatkowych osób do prowadzenia doradztwa. Przypadki takie mogą być uzasadnione bieżącym stanem prac, potrzebami zbadania dodatkowych obszarów w trakcie doradztwa lub innymi uzasadnionymi potrzebami wykonawcy.

Zamawiający powinien zobowiązać wykonawcę do uzyskania akceptacji przed dopuszczeniem nowej osoby do prac przy projekcie i mieć możliwość zapoznania się z jej kwalifikacjami przed podjęciem decyzji tego typu. Zamawiający dbając o sprawnie i rzetelnie prowadzone doradztwo nie powinien dopuszczać do nadużywania tego elementu zarządzania zespołem doradczym i zbytniego rozbudowywania składu zespołu w przypadku, gdy nie jest to uzasadnione.

⁴⁸ Wyrok KIO z dnia 13 maja 2013 r. sygn. akt: KIO/UZP 968/13.

Przykład fragmentów SIWZ dot. warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

- Wykonawca winien wykazać, że **dysponuje lub będzie dysponował zespołem co najmniej pięciu osób**, z których co najmniej trzy będą posiadały wykształcenie wyższe, odpowiednio; ekonomiczne, prawnicze i techniczne, i będą pełniły w trakcie realizacji Zamówienia rolę kluczowych ekspertów:
1. **Ekspert ds. ekonomicznych** – który uczestniczył w przygotowaniu co najmniej jednego studium wykonalności (w zakresie analizy wykonalności i rozwiązań alternatywnych, analizy finansowej wraz z zestawieniem przepływów pieniężnych) dla projektu infrastrukturalnego z zakresu edukacji, oświaty, nauki, kultury, kultu religijnego, ochrony zdrowia, opieki społecznej, sportu, rekreacji, turystyki, transportu lub administracji o wartości co najmniej zł brutto nakładów inwestycyjnych, dotyczącego partnerstwa publiczno-prywatnego;
 2. **Ekspert ds. prawnych** - posiadający minimum 3- letnie doświadczenie w świadczeniu usług prawnych z zakresu zamówień publicznych, który świadczył usługi prawne dla podmiotu publicznego lub wykonawcy, w co najmniej jednym postępowaniu o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, obejmującym jego przygotowanie i przeprowadzenie, z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych lub ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, w sektorze edukacji, oświaty, nauki, kultury, kultu, ochrony zdrowia, opieki społecznej, sportu, rekreacji, turystyki, transportu lub administracji;
 3. **Ekspert ds. technicznych** – posiadający uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub przepisów nie będących prawem krajowym; posiadający doświadczenie w pozyskiwaniu decyzji o warunkach zabudowy i pozwoleń na budowę, w realizacji koncepcji architektonicznych wielobranżowych, projektów budowy lub przebudowy obiektów kubaturowych użyteczności publicznej, obejmujących również aranżację wnętrz, który w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, zrealizował co najmniej jeden projekt wykonawczy dla obiektu kubaturowego z zakresu ochrony zdrowia, edukacji, oświaty, nauki, kultury, kultu religijnego, opieki społecznej, sportu, rekreacji, turystyki, transportu lub administracji o wartości co najmniej zł brutto.

5.2. Kryteria oceny ofert

Kluczowe w procedurze wyboru doradcy dla projektu ppp są kryteria oceny ofert. W praktyce uznawanej w tym zakresie przez podmioty publiczne powszechne jest stosowanie w postępowaniu kryteriów jakościowych, które obok ceny uzupełniają analizę i badanie ofert przez zamawiającego. W tym zakresie istnieje świadomość, że usługi doradcze zamawiane na potrzeby skomplikowanego procesu realizacji projektu ppp nie mogą opierać się jedynie o kryterium ceny. Wielokryterialna ocena ofert opiera się na dążeniu do uzyskania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (tj. przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów). Dodatkową motywacją do stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert może być w tym zakresie definicja najkorzystniejszej oferty zawarta w art. 2 pkt. 5 Pzp. Zamawiający może poza ceną umieścić w SIWZ inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Stosowanie kryteriów jakościowych wymaga od zamawiającego podjęcia większych wysiłków opracowania SIWZ na etapie przygotowania postępowania. Kryteria te wymagają precyzyjnego określenia, z jednoczesnym zagwarantowaniem zgodności z zasadami uczciwej konkurencji. Choć lista kryteriów zawarta w ustawie nie jest listą wyczerpującą i zamawiający może określić własny zestaw kryteriów, to kryteria nie mogą być dowolne i uznaniowe ani dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Kryteria muszą być sformułowane obiektywnie, odnosić się wyłącznie do przedmiotu zamówienia i należy je stosować jednakowo wobec wszystkich oferentów⁴⁹. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Nie wolno posługiwać się takimi kryteriami, jak np.: doświadczenie i rzetelność w realizacji podobnych zamówień, posiadanie certyfikatów, zgodność działań wykonawcy z normami jakościowymi, posiadany sprzęt, kwalifikacje personelu, odległość siedziby wykonawcy (jego punktu serwisowego) od siedziby zamawiającego itp.⁵⁰. W tym zakresie istnieje jednak przewidziany ustawą wyjątek polegający na możliwości zastosowania takich kryteriów w zamówieniach na usługi o charakterze niepriorytetowym⁵¹.

⁴⁹ Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2013 r. sygn. akt: KIO/UZP 1314/13.

⁵⁰ „Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne”, MRR

http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Publikacje/Strony/Kryteriawyboru_310111.aspx

⁵¹ Listę usług niepriorytetowych zawiera Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym.

Opisowi kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów musi towarzyszyć opis sposobu oceny ofert z wykorzystaniem podanych kryteriów. Zamawiający starają się zredagować SIWZ w sposób, który zapewni zgodność z przepisami i naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Tym samym opisując kryteria inne niż cena starają się w sposób nie budzący zastrzeżeń określić sposób przyznawania punktacji poszczególnym ofertom w zależności od stopnia spełnienia danego kryterium. Należy jednak zwracać uwagę na to, że określanie kryteriów jakościowych w sposób „zero-jedynkowy” upodabnia je do kryteriów formalnych. Tak mocne ich strukturyzowanie pozbawia je mocy rzeczywistego rozstrzygnięcia o wartości proponowanej koncepcji wykonania zamówienia, walorach intelektualnych zespołu realizującego zamówienie oraz jego metodologicznej kompetencji⁵². Tym samym zamawiający nie powinien dążyć do nadmiernego upraszczania opisu sposobu oceny danego kryterium i pozwolić sobie na obecność kryteriów niemierzalnych. Do opisu kryterium zamawiający najczęściej wprowadzają określone podkryteria. Jeżeli kryterium jest opisane poprzez podanie podkryteriów, te ostatnie – jeżeli nie są jednoznaczne – również powinny być opisane (np. przy pomocy uzupełniających haseł)⁵³.

Zamawiający powinien określić, które z informacji są dla niego niezbędnym minimum oraz które z informacji są elementami dodatkowymi, za zamieszczenie których będzie przyznawana wyższa punktacja, natomiast ich brak nie spowoduje niezgodności oferty z SIWZ⁵⁴.

Komisja Europejska w ramach prowadzonych przez siebie postępowań, których przedmiotem jest przeprowadzenia badania ewaluacyjnego wskazanego obszaru, stosuje minimalne wymogi w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert, przyjmując, że propozycje ocenione poniżej 50% nie są rozpatrywane.

Zgodnie z postanowieniami dyrektyw dotyczącymi zamówień publicznych zamawiający mają do dyspozycji dwie możliwości w zakresie sposobu oceny ofert. Można porównać oferty w oparciu wyłącznie o najniższe ceny lub dokonać oceny danej umowy w porównaniu

⁵² Realizacja badań ewaluacyjnych w świetle Prawa Zamówień Publicznych – ekspertyza przygotowana na zlecenie MRR przez firmę EGO S.C., str. 8
http://www.ewaluacja.gov.pl/Dokumenty_ewaluacyjne/Documents/Realizacja_badan_ewal_w_swietle_prawa_zamowien_publ_4022013.pdf

⁵³ Ibidem

⁵⁴ Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne,
http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Publikacje/Strony/Kryteriawyboru_310111.aspx

z „najbardziej korzystną z ekonomicznego punktu widzenia” przedstawioną ofertą, co oznacza, iż pozostałe kryteria oceny zostaną również wzięte pod uwagę łącznie z ceną⁵⁵.

Dodatkowym elementem, na który warto zwrócić uwagę, w przypadku stosowania w postępowaniu kryteriów oceny ofert innych niż cena, jest odpowiednie przypisanie wagi poszczególnym kryteriom oceny ofert. Decydując się na stosowanie kryteriów jakościowych zamawiający powinien przypisać tym kryteriom dość wysoką wagę, w przeciwnym wypadku ich znaczenie zostanie umniejszone. Wówczas w praktyce wykonawcy rywalizować będą kryterium ceny. Z przeglądu zamówień na usługi doradcze wynika, że jeśli kryterium ceny przypisano wagę 50% lub więcej, to jest to w praktyce kryterium przesądzające o wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym kryteria jakościowe w praktyce nie będą decydowały o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Konieczność wnikliwego zapoznania się z ofertami, które niekiedy są obszerne z uwagi na konieczność wykazania spełnienia pozacenowych kryteriów powoduje wydłużenie procesu badania i oceny ofert przez zamawiającego. Korzyści z zastosowania tego rodzaju oceny – w szczególności możliwość doboru odpowiedniego doradcy do realizacji zamówienia – z pewnością przewyższają jednak niedogodności powstające na etapie prowadzenia postępowania.

Przykładowe pozacenowe kryteria oceny ofert stosowane przez zamawiających w postępowaniach na wybór doradcy dla projektu ppp:

- organizacja zespołu (czytelność podziału ról i zakresu odpowiedzialności członków zespołu, przyływ informacji pomiędzy członkami zespołu, koordynacja realizacji zamówienia przez kierownika)
- zastępowalność kluczowego personelu (choroba, urlop itp.)
- organizacja kontroli jakości (plan zapewnienia i kontroli jakości)
- liczba członków zespołu, którzy posiadają prawo wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego i będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia
- liczba członków zespołu, którzy będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia
- metodologia sposobu realizacji doradztwa (w tym poprawność narzędzi i metod do wykonania zamówienia)
- jakość opinii prawnej (np. dotyczącej procedury wyboru partnera prywatnego w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego – charakter wymaganej opinii określa zamawiający)

⁵⁵ Partnerstwo publiczno – prywatne – poradnik, wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010 r. str. 66
<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1687>

6. Podsumowanie

Jak wskazano w publikacji zaangażowanie zewnętrznych doradców może usprawnić proces przygotowania projektu ppp. Podstawowy zespół doradców składa się zwykle z ekspertów z obszaru finansowego, technicznego i prawnego. Stanowią oni wsparcie dla działań strony publicznych i sposób ich pracy powinien być dostosowany do poziomu wsparcia oczekiwanego przez zamawiającego. Zadaniem wykonawcy jest zazwyczaj przeprowadzenie wszystkich koniecznych działań wynikających z przyjętego trybu wyboru partnera prywatnego oraz wytworzenie dokumentacji, z której zamawiający skorzysta w trakcie procesu zawarcia umowy ppp.

Publikacja rekomenduje rozwiązanie, w którym zamówienie realizowane jest etapowo. Prace dotyczące jednego z etapów Wykonawca może prowadzić równoległe z pracami dotyczącymi innych etapów. W założeniu rzetelne doradztwo polega na tym, że wykonawca wykazuje inicjatywę w ramach prowadzonych w projekcie prac i np. proponuje przygotowanie dodatkowych materiałów i dokumentów na potrzeby danego etapu. Kluczem dla prowadzonego doradztwa jest dobra współpraca między zamawiającym i wykonawcą, swobodna komunikacja nie obciążona zbytnim formalizmem, oparta na wzajemnym zaufaniu stron. W trakcie prac wykonawca zobowiązany jest na bieżąco konsultować się z Zamawiającym w obszarze działań, które podejmuje, ale jednocześnie powinien mieć pozostawioną swobodę doboru metod jakimi realizuje dane cele.

Warto poświęcić czas na precyzyjne określenie oczekiwań zamawiającego i zaplanowanie kształtu doradztwa. Ten etap wymaga pracy po stronie zamawiającego, w tym zbadania rynku i rozeznania w doświadczeniach innych podmiotów publicznych realizujących projekty ppp. Postępowanie na wybór doradców, niezależnie od przyjętego zakresu przedmiotu zamówienia, jest procesem wymagającym szczególnej uwagi w kontekście stosowanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Dla osiągnięcia efektów doradztwa powinno się unikać stosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie decydując się na stosowanie kryteriów jakościowych zamawiający powinien przypisać tym kryteriom wagę łączną powyżej 50%, tak aby w praktyce kryteria jakościowe przesądzały o wyborze najkorzystniejszej oferty. Umowa na doradztwo powinna zabezpieczać interesy zamawiającego i zawierać mechanizmy chroniące stronę publiczną przed nieterminową lub nierzetelną realizacją zadań przez doradcę.