



Sposób wskazania trybu wyboru partnera prywatnego uregulowany jest w przepisie art. 4 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100, z późn. zm.). W myśl tego przepisu, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.), w zakresie nieuregulowanym w ustawie PPP (art. 4 ust. 1). W przypadkach innych niż określone powyżej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), w zakresie nieregulowanym w ustawie PPP (art. 4 ust. 2).

W przypadkach natomiast, w których nie ma zastosowania ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi ani ustawa PZP, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651, z późn. zm.).

W świetle przywołanego brzmienia przepisów art. 4 ust. 1 i 2 ustawy PPP kluczowe znaczenie dla określenia trybu wyboru partnera prywatnego ma ustalenie sposobu wynagrodzenia partnera. W tym zakresie należy uwzględnić również przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, a w szczególności jej art. 1 ust. 3.

W myśl bowiem tego przepisu płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji.

Ustawa PPP nie zawiera szczegółowych unormowań dotyczących trybu, według którego ma nastąpić wybór partnera prywatnego, pozostawiając tę kwestię uregulowaniu zawartemu odpowiednio w przepisach ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi albo ustawy PZP.

Stosując zatem odpowiednio przepisy ustawy PZP (art. 4 ust. 2 ustawy PPP), do wyboru partnera prywatnego może znaleźć zastosowanie tryb dialogu konkurencyjnego, o którym mowa w art. 60a ustawy PZP. Stosownie do postanowienia art. 60b ust. 1 ustawy PZP zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności: (1) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy PZP lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia, (2) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę charakter i naturę prawną projektów PPP, która polega na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartego na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym, i wynikającą z tego złożoność projektów PPP, należy uznać, iż co do zasady w przypadku wyboru partnera prywatnego są spełnione przesłanki do zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego. Należy przy tym wskazać, iż kryteria oceny ofert stosowane przy wyborze partnera prywatnego nie odnoszą się wyłącznie do wysokości płatności podmiotu publicznego, ale także obejmują podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym (arg. z art. 6 ust. 2 ustawy PPP). Zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego umożliwia więc właściwe wypracowanie szczegółowej formuły realizowanego projektu PPP (arg. z art. 60e ust. 1 ustawy PZP).

Stosownie do postanowienia art. 60d ust. 7 zd.1 ustawy Prawo zamówień publicznych dialog prowadzony z zaproszonymi wykonawcami ma charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Rozwinięcie powyższej zasady zawiera przepis art. 60e ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. Z wyraźnego postanowienia art. 60 ust. 2 ustawy PZP wynika natomiast, że zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu.

W świetle przywołanych powyżej przepisów ustawy PZP należy stwierdzić, iż ostateczne ustalenie wymagań odnoszących się do przedmiotu postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego – w omawianym przypadku

odnoszących się do projektu PPP – następuje dopiero na etapie zaproszenia do składania ofert (art. 60e ust. 3 zd. 1 ustawy PZP). Do tego momentu wszelkie zagadnienia związane z realizacją projektu PPP mogą być przedmiotem negocjacji. Z istoty postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego wynika właśnie, iż ostateczne ukształtowanie warunków realizacji projektu następuje w wyniku przeprowadzonych negocjacji i prezentacji przez poszczególnych wykonawców propozycji konkretnych rozwiązań w tym zakresie (arg. z art. 60e ust. 1 w zw. z art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy PZP).

Ustawa PPP, ani ustawa PZP nie zawiera katalogu wymagań odnoszących się do przedmiotu projektu PPP, które są wyłączone z możliwości prowadzenia dialogu. Ograniczenia takiego nie stanowi w szczególności treść ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym. Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest unormowanie zawarte w art. 38 ust. 4b ustawy PZP (a contrario), którego zakaz zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie obejmuje dialogu konkurencyjnego (przepis ten dotyczy wyłącznie przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem).

Konkludując należy stwierdzić, iż przedmiotem dialogu mogą być wszelkie zagadnienia związane z realizacją projektu PPP. Ostateczny kształt tych wymagań zostanie nadany przez zamawiającego dopiero na etapie zaproszenia do składania ofert (arg. art. 60e ust. 2 i 3 zd. 1 ustawy PZP).

Kryteria oceny ofert stosowane do wyboru partnera prywatnego określone zostały w przepisach art. 6 ust. 2 i 3 ustawy PPP. Przy czym stosownie do postanowienia art. 6 ust. 1 ustawy PPP najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia.

Określenie kryteriów oceny ofert, według których zostanie dokonany wybór najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji wybór partnera prywatnego stanowi jeden z niewłagalnych elementów procedury wyboru takiego partnera. Ustawa PPP nie określa ani sposobu, ani momentu określenia przez podmiot publiczny kryteriów oceny ofert. W tym zakresie znajdują więc odpowiednie zastosowanie przepisy albo ustawy PZP albo ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (arg. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy PPP).

W odniesieniu do postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego wymóg określenia kryteriów oceny ofert następuje już na etapie publicznego ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym (arg. z art. 48 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 60c ust. 1 ustawy PZP). Podobnie w przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi wymóg określenia kryteriów oceny ofert pojawia się już na etapie ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym (arg. z art. 11 pkt 9 tej ustawy).

Powyższy wymóg koresponduje z uregulowaniami zawartymi w przepisach art. 29 ust. 7 i art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia

Opinia prawna UZP: wybór partnera prywatnego w projektach PPP

Utworzono: czwartek, 16, sierpień 2012 09:12 UZP

31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r.). Z przepisów tych wynika bowiem, iż określenie kryteriów oceny ofert w dialogu konkurencyjnym powinno nastąpić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym. Wymóg określenia kryteriów oceny ofert na tym etapie stanowi jeden z kluczowych warunków przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych (por. wyrok ETS z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Emm. G. Lianakis AE, pkt 36).

Konkludując powyższe należy stwierdzić, iż określenie kryteriów oceny ofert w celu wyboru partnera prywatnego winno nastąpić w ogłoszeniu o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym. Przy czym należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalna zmiana tych kryteriów na dalszym etapie postępowania (por. wyrok ETS w sprawie C-532/06, pkt 45).

Źródło: Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 7/2012