

## **Platforma PPP – plan pracy roboczej ds. prawnych na rok 2011**

### **Cele:**

1. Inicjowanie zmian w ustawie o PPP, ustawie o koncesji oraz PZP,
2. Konsultowanie prac KE w zakresie regulacji koncesji na usługi,
3. Praca nad pozacenowymi kryteriami oceny ofert,
4. Procedura wyboru partnera prywatnego w projektach hybrydowych (łączyjących PPP z funduszami UE).

### **Harmonogram prac:**

- Czerwiec 2011 r – powołanie grupy roboczej ds. prawnych, pierwsze spotkanie grupy roboczej
- Czerwiec 2011 r. – zebranie opinii i propozycji zmian legislacyjnych,
- Czerwiec/wrzesień 2011 r. – prace grupy w następujących obszarach:
  - zmiany w ustawie o PPP, ustawie o koncesji oraz PZP,
  - konsultowanie prac KE w zakresie regulacji koncesji na usługi,
  - praca nad pozacenowymi kryteriami oceny ofert,
  - procedura wyboru partnera prywatnego w projektach hybrydowych (łączyjących PPP z funduszami UE).
- Październik 2011 r. – prezentacja raportu i podręcznika,
- Listopad 2011 r. – konsultacje,
- Grudzień 2011 r. - wystąpienie z rządową inicjatywą legislacyjną.

## **Propozycje zmian w przepisach regulujących partnerstwo publiczno-prywatne<sup>1</sup>**

### **1. Prace Legislacyjne**

Obecnie trwają równoległe prace rządowe i parlamentarne w zakresie nowelizacji przepisów mających wpływ na realizację przedsięwzięć PPP.

- Komisja Przyjazne Państwo przygotowuje projekt nowelizacji ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>2</sup> (dalej: ustawa PPP), który ma na celu wyeliminowanie

<sup>1</sup> Niniejszy dokument został opracowany wyłącznie na potrzeby posiedzenia Zespołu Sterującego Platformy PPP i zawiera jedynie identyfikację barier legislacyjnych oraz założenia do propozycji zmian w aktach prawnych. Szczegółowe propozycje nowelizacji zostaną opracowane w ramach grupy roboczej ds. zamówień publicznych w ramach Platformy PPP.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100, z późn. zm.

konieczności stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>3</sup> (dalej PZP) i ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>4</sup> (dalej: ustawa o koncesji) do umów PPP. Projekt jest częściowo niezgodny z europejskim porządkiem prawnym, można jednak bazując na jego założeniach zmienić przepisy dotyczące solidarnej odpowiedzialności partnerów prywatnych oraz czasu trwania umowy PPP (zob. pkt 2.1.5. oraz pkt 2.1.6.).

- Kolejna propozycja nowelizacji ustawy PPP w zakresie długu publicznego znajduje się w projekcie założeń projektu ustawy o redukcji obowiązków informacyjnych oraz o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców przygotowanym przez Ministerstwo Gospodarki. Kierunek zmian w tym zakresie, w opinii MRR, należy uznać za słuszny.
- Również Urząd Zamówień Publicznych w założeniach do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych uregulował kwestie związane z koniecznością stosowania przepisów PZP przez koncesjonariusza prywatnego. Wnioski płynące z przedmiotowej zmiany można wysnuć również na gruncie obecnie obowiązującego prawa, zatem ich wprowadzenie należy interpretować jako doprecyzowanie przepisów ustawy PZP i ustawy o koncesji w celu rozwiania wątpliwości interpretacyjnych.
- Projekt UZP zawiera również propozycję implementacji art. 60 lit. a dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej: dyrektywa klasyczna) dającego uprawnienie koncesjodawcy, do żądania aby koncesjonariusz robót budowlanych zawarł z innymi podmiotami umowy o podwykonawstwo stanowiącej najmniej 30% wartości koncesji. Propozycja ta zasługuje na aprobatę, gdyż umożliwi MSP szerszy dostęp do zamówień publicznych.
- Należy również wskazać na inicjatywę legislacyjną Komisji Europejskiej w zakresie koncesji. Inicjatywa zmierzać będzie najprawdopodobniej do nowelizacji obecnie obowiązujących dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych: dyrektywy klasycznej oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Podmioty wchodzące w skład Platformy PPP coraz częściej sygnalizują problemy i wyzwania, które wymagają dalszych zmian w prawie, czemu służyć będzie powołanie grupy roboczej ds. prawnych. Rezultatem prac mają stać się propozycje zmian w przepisach, które pod koniec roku przyjmą formę inicjatywy legislacyjnej.

## 2. Propozycje nowelizacji

Niniejsze propozycje zmian zostały opracowane na podstawie doświadczenia MRR przy realizacji projektów realizowanych w modelu hybrydowym PPP oraz problemów zidentyfikowanych przez grupę roboczą CCIFP (pkt. 2.1.1., 2.1.2. i 2.1.3.). Zostały one również skonsultowane z ekspertami zewnętrznymi.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 101, z późn. zm.

## 2.1. Ustawa PPP

### 2.1.1. Dopuszczenie możliwości stosowania przepisów ustawy PZP w przypadku, gdy wynagrodzeniem partnera prywatnego będzie prawo pobierania pożytków albo przede wszystkim to prawo wraz zapłatą sumy pieniężnej

Literalna wykładnia przepisów ustawy PPP wskazuje, że gdy spełnione są przesłanki z art. 4 ust. 1 PPP, nie jest dopuszczalne stosowanie przepisów ustawy PZP.

W trakcie negocjacji z podmiotem prywatnym może okazać się, że podział ryzyk nie wpisuje się w definicję koncesji – wówczas konieczne jest unieważnienie postępowania.

Realizacja przedsięwzięcia PPP w trybie bardziej rygorystycznym (z zastosowaniem przepisów ustawy PZP) jest bardziej bezpieczna i minimalizuje ryzyko zarzutu przeprowadzenia postępowania w niewłaściwym trybie – dlatego też wskazane jest dopuszczenie stosowania procedury PZP w każdym przypadku.

Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej<sup>5</sup> procedura dialogu konkurencyjnego powinna być zastosowana w przypadku gdy podmiot publiczny z uwagi na złożoność przedsięwzięcia nie jest w stanie przewidzieć, czy partner prywatny będzie w stanie przejąć na siebie ryzyko ekonomiczne w takim stopniu, aby kontrakt mógł zostać zaklasyfikowany jako koncesja. Zastosowanie dialogu konkurencyjnego pomoże uniknąć zarzutu naruszenia prawa unijnego, gdyż procedury PZP są „satisfakcjonujące” zarówno w przypadku gdy kontrakt okaże się zamówieniem publicznym jak i koncesją.

Podmiot publiczny powinien wybrać procedurę koncesji, tylko wtedy, gdy przyjęte przez niego warunki brzegowe kontraktu pozwolą mu *a priori* stwierdzić, że przedsięwzięcie również po zakończeniu negocjacji będzie mogło zostać zaklasyfikowane jako koncesja.

### 2.1.2. Możliwość powołania spółki projektowej przez partnera prywatnego po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej

Na gruncie obecnie obowiązującego prawa możliwe jest powołanie spółki projektowej (SPV) wyłącznie przed przystąpieniem do „przetargu” (m.in. złożeniem wniosku o zwarcie umowy koncesji/dopuszczeniem do dialogu), gdyż zmiana ta jest poczytywana za zmianę podmiotową sprzeczną z przepisem art. 7 ust. 3 PZP.

Brak możliwości powołania SPV w momencie wyboru oferty danego podmiotu jako najkorzystniejszej, powoduje konieczność ponoszenia kosztów związanych z założeniem spółki, która w przypadku wyboru oferty innego podmiotu nigdy nie będzie wykorzystana do celu w jakim została zarejestrowana (wykonania konkretnej umowy PPP).

Dodatkowo konieczność powołania spółki projektowej przed przetargiem pociąga za sobą problemy związane z możliwością polegania na potencjale ekonomicznym spółki matki (zob. pkt 2.2.2.) oraz konieczności udziału

---

<sup>5</sup> Por. Explanatory note – competitive dialogue – classic directive, pkt. 2.3.

w realizacji przedsięwzięcia podmiotów przekazujących referencje (odmienne stanowiska KIO i UZP).

Wskazane byłoby zatem umożliwienie ubiegania się o udział w postępowaniu spółki matki, a następnie po wyborze oferty najkorzystniejszej umożliwienie jej powołania SPV w 100% od niej zależnej.

Przedmiotowe rozwiązanie zgodne jest z prawem unijnym i orzecznictwem TSUE. W wyroku C-454/06<sup>6</sup> Trybunał zajął stanowisko, że: „pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50 odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji, w której usługi świadczone na rzecz instytucji zamawiającej przez pierwotnego usługodawcę zostają przeniesione na innego usługodawcę działającego w formie spółki kapitałowej, w której pierwotny usługodawca jest jedynym akcjonariuszem, posiadającym kontrolę nad nowym usługodawcą i udzielającym mu poleceń, jeżeli pierwotny usługodawca w dalszym ciągu przyjmuje odpowiedzialność za poszanowanie zobowiązań umownych (...). Reorganizacja kontrahenta nie zmienia w sposób istotny postanowień pierwotnego zamówienia. Zatem gdy nowy kontrahent jest spółką w 100% zależną od dawnego kontrahenta, tej drugiej spółce przysługuje prawo do wydawania poleceń oraz te dwie spółki związane są umową o wyłączeniu zysków i strat, to działanie takie nie stanowi zmiany istotnego postanowienia zamówienia, która mogłaby zostać zakwalifikowana jako nowe udzielenie zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50 (...)”.

Przedmiotowa zmiana ułatwiłaby w znacznym stopniu udział w postępowaniach podmiotów zagranicznych, którzy przyzwyczajeni są do możliwości zawiązywania SPV wyłącznie przez partnera prywatnego wybranego przez podmiot publiczny.

### **2.1.3. Umożliwienie wstąpienia podmiotów finansujących w miejsce partnera prywatnego**

Podstawowym źródłem spłaty kredytu zaciągniętego przez partnera prywatnego są dochody generowane przez przedsięwzięcie PPP (wynagrodzenie pochodzące od podmiotu publicznego lub otrzymywane od użytkowników końcowych). Dlatego też niezwykle istotny jest z punktu widzenia podmiotu finansującego przebieg realizacji umowy o PPP (nienależyte wykonanie umowy pociąga za sobą obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego, nałożenie kar umownych, a nawet rozwiązanie umowy).

Kredytodawcy udzielając kredytu muszą być przekonani, że projekt:

- i. zostanie zakończony w terminie
- ii. będzie zdolny do technicznej eksploatacji na określonym poziomie
- iii. będzie generował nadwyżkę przepływów pieniężnych, która wystarczy na pokrycie obsługi długu.<sup>7</sup>

Ustanowienie przez podmiot finansujący zabezpieczeń spłaty kredytu jest w dużym stopniu ograniczone z

<sup>6</sup> Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presse-text Nachrichtenagentur.

<sup>7</sup> Zob. Edward R. Yescombe „Project finance”, s. 23.

uwagi na specyfikę przedsięwzięcia PPP. Najważniejszą kwestią dla banku będzie zatem umożliwienie mu podjęcia na odpowiednio wczesnym etapie działań mających na celu zniwelowanie problemów związanych z realizacją PPP.

W przypadku ZPP możliwość zabezpieczenia spłaty kredytu jest znikoma, gdyż SPV powołana do realizacji przedsięwzięcia PPP nie posiada z reguły żadnych aktywów. Kredytodawcy nie mając również prawa do sprzedaży aktywów spółki po zakończeniu kontraktu.

Z uwagi na powyższe do ustawy PPP należy wprowadzić przepisy przewidujące *expressis verbis* możliwość zawarcia umowy trójstronnej pomiędzy podmiotem publicznym, partnerem prywatnym oraz instytucją finansującą, w której zostałyby określone następujące elementy:

- i. obowiązek niezwłocznego poinformowania przez podmiot publiczny instytucji finansującej o wystąpieniu okoliczności upoważniających do wypowiedzenia umowy PPP
- ii. wstrzymanie się podmiotu publicznego przez określony czas od wypowiedzenia umowy
- iii. umożliwienie wstąpienia instytucji finansującej (podmiotu przez niego wskazanego) w miejsce partnera prywatnego na czas podjęcia niezbędnych działań naprawczych
- iv. upoważnienie podmiotu publicznego do wypowiedzenia umowy dopiero w przypadku, gdy działania naprawcze okażą się nieskuteczne.

Dopuszczalność wyżej określonych działań jest wątpliwa na gruncie obecnie obowiązującego prawa, z uwagi na brzmienie art. 7 ust. 3 PZP (zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami PZP) i niedopuszczalność zmian podmiotowych stosunku zawiązanego w wyniku udzielenia zamówienia publicznego (z wyjątkiem sukcesji uniwersalnej i kumulatywnego przystąpienia do długu).

W samej umowie PPP powinny być zwarte dodatkowo następujące elementy:

- i. szczegółowe określenie sytuacji, których wystąpienie upoważni ze skorzystania ze step-in rights
- ii. określenie maksymalnego okresu na jaki projekt może być przejęty
- iii. określenie uprawnień podmiotu finansującego (np. prawo zmiany podwykonawców)

Pierwotny projekt ustawy PPP<sup>8</sup> przewidywał, że jeżeli realizacja przedsięwzięcia jest w całości lub większości finansowana przez bank, instytucję kredytową lub finansową, a wystąpiły okoliczności uniemożliwiające jego realizację przez partnera prywatnego, podmiot publiczny może wyrazić zgodę na przeniesienie całości lub części określonych w umowie praw i obowiązków partnera prywatnego na ten bank, instytucję kredytową lub finansową.

---

<sup>8</sup> Projekt z dnia 29 sierpnia 2007 r., druk 2131.

W uzasadnieniu projektu wskazano, że „taka możliwość może okazać się bardzo przydatna w praktyce, gdyż umożliwia przejście wykonywania przedsięwzięcia przez tego, kto je faktycznie finansuje bez konieczności dokonywania uzgodnień i zawierania umów albo dokonywania rozliczeń między nowym partnerem prywatnym a podmiotem finansującym. Zmiana partnera prywatnego może więc nastąpić bez wstrzymywania realizacji przedsięwzięcia”.

#### **2.1.4. Zniesienie obligatoryjnych kryteriów oceny ofert**

Przepis art. 6 ust. 2 PPP obowiązuje podmiot publiczny do stosowania kryteriów oceny ofert takich jak podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym oraz terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane.

Biorąc pod uwagę fakt, że w celu zapewnienia zasad równego traktowania i niedyskryminacji kryteria oceny ofert zamieszczone w ogłoszeniu nie powinny ulegać zmianie na kolejnych etapach postępowania, wprowadzenie dodatkowo przez polskiego ustawodawcę kryteriów obligatoryjnych usztywniło proces wyboru partnera prywatnego.

Bardziej zasadne wydaje się określanie przed podmiot publiczny kryteriów oceny *ad casum* biorąc pod uwagę specyfikę danego przedsięwzięcia.

#### **2.1.5. Zniesienie konieczności ponoszenia odpowiedzialności solidarnej partnerów prywatnych wybranych na podstawie przepisów ustawy PZP**

W przypadku, gdy do wyboru partnera prywatnego stosuje się przepisy ustawy PZP, wszyscy członkowie konsorcjum ubiegający się o realizację przedsięwzięcia PPP ponoszą na mocy art. 141 PZP w związku z art. 4 ust. 2 PPP odpowiedzialność solidarną. Przepisy te zniechęcają przedsiębiorstwa budowlane do udziału w konsorcjach ubiegających się o udział w przedsięwzięciach PPP.

Co prawda na gruncie obecnie obowiązującego prawa możliwe jest, aby w sytuacji, gdy dany członek konsorcjum miałby być odpowiedzialny wyłącznie za dany etap przedsięwzięcia PPP i nie jest zasadne, aby odpowiadał przez cały okres jego realizacji, aby nie wchodził on w skład konsorcjum, a zawarł umowę o podwykonawstwo z pozostałymi konsorcjantami. Wówczas podwykonawca odpowiadać będzie wyłącznie przed partnerami prywatnymi za należyte wykonanie zobowiązania określonego w umowie o podwykonawstwo. Podmiot publiczny będzie mógł domagać się odszkodowania wyłącznie od członków konsorcjum.

Przedmiotowe rozwiązanie nie jest jednak wystarczająco satysfakcjonujące dla partnerów prywatnych.

Z uwagi na powyższe wskazane jest, aby do ustawy PPP wprowadzić przepis, stanowiący, że do umów o partnerstwie publiczno prywatnym nie ma zastosowania art. 141 ustawy PZP.

#### **2.1.6. Dopuszczenie do zawarcia umowy z partnerem prywatnym wybranym na podstawie przepisów ustawy PZP na okres dłuższy niż 4 lata**

Przepis art. 142 ust. 2 PZP wymagający zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy PPP na okres przekraczający 4 lata jest zbyt rygorystyczny i przeczy idei przedsięwzięć PPP, które co do zasady są kontraktami wieloletnimi. W Zielonej Księdze w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych<sup>9</sup> wskazano, że PPP charakteryzują „względnie długie zależności angażującej współpracę pomiędzy partnerem publicznym a partnerem prywatnym”.

Z drugiej strony KE stwierdza jednak, że „okres, w którym partner prywatny podejmuje się wykonywania prac i usługi musi być ustalony w zakresie potrzeby zagwarantowania stabilności ekonomicznej i finansowej projektu. W szczególności określony musi być okres trwania związku partnerskiego, aby nie ograniczał on konkurencji poza tym, co jest wymagane w celu zapewnienia, iż inwestycja się opłaca i ma miejsce rozsądny zwrot zainwestowanego kapitału. Zbyt długi okres trwania będzie prawdopodobnie skrytykowany na podstawie zasad rządzących rynkiem wewnętrznym”.

Najodpowiedniejszym rozwiązaniem wydaje się uregulowanie kwestii długości trwania umowy PPP zawartej z zastosowaniem przepisów ustawy PZP analogicznie do przepisu art. 24 ustawy o koncesji<sup>10</sup>. Zabieg ten pozwoli na wystarczająco elastyczne ukształtowanie umowy PPP pozwalające na zwrot nakładów partnerowi prywatnemu, zapewniając jednocześnie spełnienie wymogów określonych przez ustawodawstwo unijne.

### **2.2. Ustawa PZP**

#### **2.2.1. Podział dialogu konkurencyjnego na etapy**

Zgodnie z ustawą PZP zamawiający prowadzi dialog z wykonawcami do momentu, gdy jest w stanie określić, które rozwiązania najbardziej spełniają jego potrzeby. Zamawiający zobligowany jest prowadzić dialog ze wszystkimi wykonawcami, którzy zostali do niego zaproszeni i przekazywać im wszelkie informacje związane z dialogiem na równych zasadach. Taka regulacja powoduje, że tryb dialogu konkurencyjnego niewiele różni się od trybu negocjacji z ogłoszeniem.

Jest to fragmentaryczne implementowanie przepisów dyrektywy klasycznej, która dopuszcza wieloetapowe postępowanie podczas dialogu. Zgodnie z art. 29 ust. 4 dyrektywy klasycznej aby ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych na etapie dialogu, instytucje zamawiające mogą przewidzieć, że procedura toczyć się będzie w następujących po sobie etapach, stosując kryteria udzielenia zamówienia wskazane w ogłoszeniu lub dokumencie opisowym.

Ustawodawca powinien umożliwić zamawiającemu eliminację w trakcie postępowania tych wykonawców,

<sup>9</sup> Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji (COM(2004) 327).

<sup>10</sup> Okres, na który zostaje zawarta umowa koncesji, powinien uwzględniać zwrot nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji i nie może być dłuższy niż: w przypadku koncesji na roboty budowlane - 30 lat; w przypadku koncesji na usługi - 15 lat. W przypadku gdy przewidziany okres zwrotu nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji jest dłuższy niż okres, o którym mowa w ust. 1, umowa może zostać zawarta na okres dłuższy.

których oferty są dla niego najmniej odpowiednie, a w szczególności tych, którzy nie uczestniczą aktywnie w dialogu.

Na gruncie obecnie obowiązującego prawa zamawiający, który chce ograniczyć liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert, musi uczynić to już na etapie pre-kwalifikacji, co zamyka mu drogę do zapoznania się z jak największą liczbą rozwiązań zaproponowanych przez wykonawców.

Podmiot publiczny nie jest w stanie przewidzieć w jakim stopniu propozycje podmiotów zaproszonych do dialogu będą odpowiadały jego potrzebom. Zapraszając ograniczoną liczbę podmiotów prywatnych, podmiot publiczny zmniejsza swe szanse na uzyskanie innowacyjnych rozwiązań. Z kolei nie zastosowanie systemu pre-kwalifikacji może zniechęcić partnerów prywatnych do składania ofert, z uwagi na zbyt dużą konkurencję i mniejsze szanse na wybór ich oferty<sup>11</sup>.

Prowadzenie ostatniego etapu dialogu wyłącznie z "preferred bidders" może przyczynić się do obniżenia kosztów postępowania oraz do skrócenia procedury dialogu.

Z raportu opublikowanego przez brytyjskie ministerstwo finansów<sup>12</sup> wynika, że prowadzenie wszystkich etapów dialogu z dużą ilością partnerów prywatnych może mieć negatywny wpływ na harmonogram postępowania i zwiększenia kosztów zarówno po stronie sektora publicznego jak i prywatnego.

Należy jednak dodatkowo wskazać na następujące ryzyka związane z podziałem dialogu na etapy:

- i. szczegółowa ocena podmiotów na każdym etapie postępowania może okazać się dla zamawiającego czynnością na tyle złożoną i skomplikowaną zarówno od strony logistycznej jak i merytorycznej, że w rzeczywistości wydłuży czas trwania postępowania
- ii. kryteria oceny ustanowione w ogłoszeniu mogą okazać się w trakcie postępowania nieadekwatne do każdego z etapów dialogu
- iii. partnerzy prywatni eliminowani w trakcie dialogu mogą zarzucić podmiotowi publicznemu naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji i skorzystać ze środków odwoławczych określonych w ustawie PZP.

Z uwagi na powyższe możliwość podziału dialogu na etapy powinna być dla zamawiającego fakultatywna. Podmiot publiczny powinien mieć możliwość elastycznego kształtowania procedury dopasowywania jej do swoich potrzeb. Zawsze jednak możliwość ta powinna być wskazana w ogłoszeniu.

Z analiz przeprowadzonych przez European PPP Expertise Centre<sup>13</sup> wynika, że spośród dwudziestu ośmiu badanych przez EPEC państw europejskich większość implementowała przepis art. 29 ust. 4 dyrektywy klasycznej. W przypadku Polski odnotowano, że regulacje transponujące dialog konkurencyjny do ustawy PZP są generalnie mniej elastyczne niż zasady określone w dyrektywie klasycznej, m.in. z powodu braku implementacji przepisu art. 29 ust. 4 dyrektywy.

<sup>11</sup> Por. Competitive Dialogue in 2008. OGC/HMT joint guidance on using the procedure.

<sup>12</sup> HM Treasury Review of Competitive Dialogue, November 2010.

<sup>13</sup> Por. Procurement of PPP and use of Competitive Dialogue in Europe. A review of public sector practices across EU.



### 2.2.2. Możliwość polegania na potencjale ekonomicznym podmiotu trzeciego

Przepis art. 26 ust. 2b PZP nie dopuszcza powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej wykonawcy i należy go uznać za sprzeczny z przepisem art. 47 ust. 2 dyrektywy klasycznej, który umożliwia wykonawcy poleganie na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań zarówno w przypadku sytuacji finansowej jak i ekonomicznej.

Zgodnie z sentencją orzeczenia TSUE C-175/98 „przepisy dyrektywy Rady 92/50/EWG (...) należy interpretować w ten sposób, że dopuszczają one wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia (...)”. Orzeczenie zostało wydane na gruncie dyrektywy już nieobowiązującej, jednak należy uznać je za aktualne również na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego, tym bardziej, że dyrektywa 92/50/EWG nie zawierała przepisu analogicznego do art. 47 ust 2 dyrektywy klasycznej.

Z literalnej wykładni przepisów ustawy jak i z publikacji wydawanych przez UZP dotyczących ostatnich nowelizacji ustawy PZP wynika, że ustawodawca celowo nie dopuścił do możliwości polegania na potencjale ekonomicznym podmiotów trzecich. Zatem zamawiający, który zgodnie z polskimi przepisami nie dopuścił, aby wykonawca zamówienia współfinansowanego ze środków wspólnotowych polegał na potencjale ekonomicznym innego podmiotu, może narazić się ze strony Komisji Europejskiej na zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Co do zasady należy zgodzić się z poglądem, że wymagania ekonomiczne ze swej istoty przypisane są bezpośrednio wykonawcy. Jednak nie można wykluczyć również przypadków, kiedy w stosownych sytuacjach będzie możliwe poleganie na potencjale ekonomicznym podmiotu trzeciego.

Przedmiotowa kwestia jest istotna z punktu widzenia realizacji projektów współfinansowanych z udziałem środków UE, gdyż Komisja Europejska podczas przeprowadzanych audytów szczególną uwagę zwraca na kwestie związane z możliwością polegania na potencjale podmiotów trzecich przy realizacji zamówienia publicznego. Dlatego też niezwykle ważna jest pełna harmonizacja przepisów PZP z przepisem art. 47 ust 2 dyrektywy klasycznej.

Prawidłowa implementacja ułatwi również ubieganie się partnerów prywatnych o realizację przedsięwzięcia PPP, gdyż usunie wątpliwości co do możliwości polegania spółek-córek na potencjale ekonomicznym spółek-matek.

### **2.3. Ustawa o koncesji**

#### **2.3.1. Wprowadzenie do ustawy o koncesji systemu pre-kwalifikacji kandydatów**

Do procedury udzielenia koncesji należałoby wprowadzić analogiczny przepis do art. 60d ust. 2 PZP umożliwiający zaproszenie do negocjacji wybranych przez koncesjonariusza kandydatów, co pozwoli skrócić czas i zmniejszyć koszty postępowania o zawarcie umowy koncesji. To od koncesjonariusza powinno zależeć ile kandydatów zamierza zaprosić do złożenia ofert, pod warunkiem, że zostanie zachowana zasada uczciwej konkurencji.

#### **2.3.2. Wprowadzenie do odpowiednich ustaw przepisów umożliwiających powołanie SPV przez koncesjodawcę i koncesjonariusza oraz możliwość przeniesienia własności nieruchomości przez koncesjodawcę bezpośrednio na podstawie przepisów ustawy o koncesji**

Ustawa o koncesji nie stanowi samodzielnej podstawy do tworzenia spółek o charakterze publiczno-privatnym, ani też przeniesienia własności nieruchomości bez konieczności zastosowania trybu przetargowego.

Należałoby zatem rozważyć wprowadzenie przepisów do ustawy z dnia 19 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej i ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami analogicznych do przepisów odpowiednio art. 9 i art. 13 wprowadzonych ustawą o PPP, co przyczyniłoby się do uelastycznienia formy współpracy koncesjodawcy i koncesjonariusza oraz przyśpieszenia realizacji umowy koncesji.