

## 3.1.1. Prekwalifikacja wykonawców w postępowaniu PPP a doświadczenie podmiotów trzecich



**Tomasz Michalczyk,**

radca prawny, senior associate w Praktyce Infrastruktury i Energetyki kancelarii Domański Zakrzewski Palinka (DZP)

Konieczność zastosowania w procedurze wyboru partnera prywatnego przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> (ustawa PZP) oraz struktura udziału w postępowaniu PPP, która zazwyczaj sprowadza się do złożenia oferty przez wykonawcę - spółkę celową (PSV) powołaną do realizacji projektu, rodzi wątpliwości co do możliwości powołania się takiego wykonawcy na potencjał podmiotów trzecich, który ostatecznie ma istotne znaczenie dla zakwalifikowania się danego wykonawcy do dalszych etapów postępowania.

W przypadku, gdy do procedury wyboru partnera prywatnego stosuje się przepisy ustawy PZP, podmiot publiczny, z uwagi na specyfikę i charakter postępowania PPP, decyduje się na tzw. postępowanie wieloetapowe – zwykle dialog konkurencyjny lub negocjacje z ogłoszeniem – w których w pierwszej kolejności wymagana jest prekwalifikacja potencjalnych wykonawców, czyli ustalenie, którzy wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty w najwyższym stopniu spełniają wymagania postawione przez podmiot publiczny. Na pierwszym etapie takiego postępowania musi nastąpić zatem ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców, którzy zostaną dopuszczeni do właściwego etapu postępowania obejmującego przeprowadzenie dialogu konkurencyjnego lub negocjacji, a następnie złożenia oferty. W tym celu zamawiający jest zobowiązany już

na etapie ogłoszenia o zamówieniu wskazać, jaką liczbę wykonawców dopuści do kolejnego etapu postępowania, jak również kryteria, na podstawie których zostanie przeprowadzona selekcja kandydatów i stworzona tzw. „krótka lista”, co ma być gwarancją złożenia ofert przez podmioty, które ze względu na swoje kompetencje lub doświadczenie będą najlepiej przygotowane do realizacji zamówienia.

W praktyce, choć przepisy ustawy PZP dopuszczają możliwość konstruowania kryteriów selekcji nie tylko na podstawie warunków udziału w postępowaniu, ale również w oparciu o dowolne obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, to taka prekwalifikacja wykonawców zazwyczaj jest oparta o kryteria podmiotowe i ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca musi zatem wykazać się spełnieniem minimalnych warunków udziału w postępowaniu (w tym celu może opierać się na użyczonym potencjale podmiotów trzecich), np. zrealizowaniem określonej minimalnej liczby inwestycji według wymagań opisanych przez podmiot publiczny. Za każde dodatkowe doświadczenie spełniające określone wymagania wykonawca może otrzymać ustaloną liczbę punktów, która ostatecznie może pozwolić mu na znalezienie się wśród wykonawców, którzy zapraszani są do dalszego etapu postępowania.

Charakter postępowania PPP, a przede wszystkim sposób finansowania projektu w formule Project Finance powoduje, że ofertę w postępowaniu składa wykonawca – spółka celowa. Co prawda przepisy ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. DzU z 2017 r. poz. 1834 ze zm.) po nowelizacji, jaka weszła w życie we wrześniu 2018 r. dopuszczają możliwość utworzenia spółki celowej po wyborze najkorzystniejszej oferty przez podmioty, które złożyły ofertę, ale jest to ściśle uzależnione od zgody podmiotu publicznego. Skoro sam wykonawca (spółka celowa)

1 Ustawa z 29 stycznia 2004 r., t.j. DzU z 2018 r. poz. 1986.

nie posiada własnego doświadczenia, to w praktyce opiera się na potencjale użyczonym od podmiotów trzecich, zwykle spółek z grupy kapitałowej wykonawcy. O ile użyczenie potencjału nie budzi kontrowersji w przypadku gdy pożyczony potencjał służy wykazaniu spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, to od wielu lat nie wypracowano precyzyjnej interpretacji przepisów oraz jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca może posługiwać się potencjałem podmiotów trzecich również w celu uzyskania wyższej pozycji w rankingu ofert w procedurach wieloetapowych.

Na tle dodatkowego, punktowanego doświadczenia powstały istotne wątpliwości, czy wykonawca również w celu uzyskania punktów w kryteriach selekcji może polegać nie tylko na własnym doświadczeniu, ale również na doświadczeniu obcym, użyczonym od podmiotów trzecich. Z uwagi na niejednoznaczność przepisów ustawy PZP w orzecznictwie wykształciły się dwa odmienne poglądy. Zgodnie z pierwszym, gdy do kwalifikacji wykonawców stosuje się kryteria analogiczne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i przyznawaniu dodatkowych punktów w ramach kryteriów selekcji należy brać pod uwagę potencjał własny wykonawcy, jak i potencjał udostępniony przez podmioty trzecie. Zasadniczym argumentem przemawiającym za takim stanowiskiem było to, że dopuszczenie korzystania z potencjału podmiotów trzecich ma w końcu służyć zwiększeniu konkurencji pomiędzy wykonawcami i uatrakcyjnieniu oferty.

Zgodnie z poglądem przeciwnym, potencjał podmiotu trzeciego może być brany pod uwagę wyłącznie na potrzeby oceny spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a tym samym np. inwestycje zrealizowane przed podmiot trzeci nie mogą być punktowane na etapie prekwalfikacji wykonawców. Taki wniosek wynikał z faktu, iż powoływanie się na potencjał podmiotów trzecich jest sytuacją wyjątkową, a prekwalfikacja wykonawców jest etapem postępowania niezależnym od oceny spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu. W orzecznictwie dominował również argument, iż najlepszym doświadczeniem jest doświadczenie własne wykonawcy i nie można przy prekwalfikacji preferować doświadczenia obcego kosztem tych wykonawców, którzy potrafią wykazać własne doświadczenie.

Co ciekawe, po nowelizacji ustawy PZP w 2016 r. przez kilka miesięcy funkcjonowały przepisy art. 25a ust. 3 ustawy PZP i 36b ust. 2 ustawy PZP dotyczące podmiotów trzecich, które wprost wskazywały na możliwość posługiwania się potencjałem obcym zarówno do celów wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i kryteriów selekcji. Niemniej jednak, przy okazji uchwalenia ustawy z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub

usługi (DzU z 2016 r. poz. 1920 ze zm.), w przepisach nowelizujących inne akty prawne, w tym ustawę PZP, we wspomnianych przepisach ustawodawca usunął zwrot „lub kryteriów selekcji”, co mogło sugerować, że potencjał podmiotu trzeciego może służyć wyłącznie wykazaniu spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu.

Choć przepisy ustawy PZP nie wskazują wprost na możliwość posługiwania się potencjałem podmiotów trzecich do celów uzyskania punktów w ramach kryteriach selekcji, to z praktycznego punktu widzenia, w szczególności w postępowaniach, które mają na celu wybór partnera prywatnego, taka możliwość jest szczególnie pożądana. Z uwagi na formułę finansowania projektu PPP oraz okres obowiązywania umowy o realizację tego typu projektów ubiegają się zwykle spółki celowe, utworzone na potrzeby konkretnego postępowania, które nie posiadają własnego doświadczenia. Przyjmując za zasadny argument, że spółka celowa nie może polegać na potencjale obcym w celu uzyskania pozycji w rankingu wykonawców, która zagwarantuje jej udział w dalszych etapach postępowania powoduje, że taki podmiot będzie miał dużo mniejsze szansę na złożenie oferty.

Interpretacja przepisów krajowych, która nie pozwala na posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego wydaje się również niewłaściwa z opisanych poniżej względów. Po pierwsze należy zauważyć, że zasadniczym argumentem przeciwników przyznawania punktów za doświadczenia obce było ograniczenie tzw. handlu referencjami i powoływanie się na doświadczenie podmiotów bez zapewnienia ich realnego udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy PZP po nowelizacji w 2016 r. wyeliminowały opisane ryzyko, ponieważ wskazują na obowiązek realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jeżeli taki podmiot udostępnia zasoby, które pozwalają na spełnienie warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Jeżeli zatem kryteria selekcji wykonawców oparte zostaną na wskazanych powyżej warunkach, a jednocześnie zostanie zagwarantowany faktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, to tym samym minimalizowane jest ryzyko zaangażowania wykonawcy, który zajął wysoką pozycję w rankingu wykonawców polegając na potencjale obcym, a następnie nie będzie go faktycznie wykorzystywał na etapie realizacji zamówienia.

Po drugie, przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie wykluczają wprost możliwości powoływania na potencjał podmiotów trzecich w ramach prekwalfikacji, a co więcej, zgodnie z treścią Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, poleganie na potencjale podmiotu trzeciego (zdolności innego podmiotu) może odnosić się nie tylko do warunków udziału (kwalifikacji), ale również do kryteriów selekcji dotyczących ograniczenia liczby wykonawców w postępowaniu.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym w szczególności wyrokiem TSUE z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 (wydany na gruncie dyrektywy 2004/18/WE) poleganie na potencjale podmiotów trzecich ma służyć przede wszystkim otwarciu zamówień publicznych na jak najszerzą konkurencję. Trybunał wskazał jednak, że zamawiający może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że takie zasady są związane z przedmiotem i celami danego zamówienia oraz proporcjonalne.

Możliwość postępowania się doświadczeniem obcym do celów prekwalifikacji oraz prounijną interpretację przepisów krajowych potwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu odwoławczym, w którym jeden z wykonawców domagał się punktowania doświadczenia użyzonego od podmiotów trzecich w postępowaniu prowadzonym w celu wyboru partnera prywatnego (wyrok KIO z 7 maja 2018 r. sygn. akt KIO 699/18). Po przeanalizowaniu przepisów krajowych oraz przepisów dyrektywy 2014/24/UE Izba wskazała, iż nie wykluczają one możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w ramach obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów selekcji, a tym sa-

mym wykonawca może powołać się na potencjał obcy, o ile zamawiający dopuścił taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu. Dodatkowo, opierając się również na dorobku orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Izba podkreśliła, iż powoływanie się na potencjał obcy będzie możliwe w sytuacji, gdy skorzystanie z takiego potencjału będzie miało charakter realny a nie fikcyjny. Izba uznała również, iż kierując się zasadą proporcjonalności i przejrzystości postępowania podmiot publiczny powinien w ogłoszeniu o zamówieniu przesądzić, czy będzie w ramach kryteriów selekcji lub nie punktował doświadczenie użyte przez wykonawcę od podmiotów trzecich. Wykonawcy już w momencie wszczęcia postępowania winni posiadać wiedzę, jakimi zasadami zamawiający będzie kierował się przy ocenie składanych wniosków, a tym samym wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia. Izba zwróciła również uwagę, iż zasady dopuszczające punktowanie potencjału podmiotów trzecich w kryteriach selekcji muszą być również dostosowane do przedmiotu zamówienia. W gestii zamawiającego, którym jest dysponent postępowania leży zatem decyzja, czy będzie przyznawał punkty za doświadczenie podmiotów trzecich, a jeżeli tak to w jakim zakresie i na jakich zasadach.

Zaprezentowane przez KIO podejście wydaje się zdroworozsądkowe w szczególności w kontekście charakteru i specyfiki postępowania, którego celem jest wybór partnera prywatnego. Co prawda jest to pierwsze orzeczenie dotyczące opisanego problemu w kontekście postępowań PPP, a więc trudno mówić o utrwalonej linii orzeczniczej, niemniej jednak wyznacza ono właściwy kierunek interpretacji przepisów krajowych. Mając na uwadze bezpieczeństwo prawne i pewność zarówno wykonawców jak i zamawiających opisany problem wymaga szerszej dyskusji, jak również działań ustawodawcy, który powinien jednoznacznie przesądzić zasady polegania na doświadczeniu podmiotów trzecich w przypadku wykazywania spełnienia kryteriów selekcji.