

Jak zamawiający ma punktować „pożyczone” doświadczenie wykonawcy

Możliwość punktowania potencjału podmiotów trzecich na potrzeby ustalenia tzw. krótkiej listy kandydatów kwalifikujących się do kolejnego etapu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od zawsze budziła wiele kontrowersji.

Przez pewien czas wydawało się, że nowelizacja Prawa zamówień publicznych (Pzp) z 2016 r. implementująca do polskiego prawa przepisy nowych dyrektyw unijnych zakończy dotychczasowe problemy. Ostatecznie okazało się jednak, że wątpliwości pozostały, a dopiero niedawno wydany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie krakowskiego projektu PPP daje pewną wskazówkę interpretacyjną w tym zakresie. Pozostaje jednak pytanie: co dalej?

Od dawna zamawiającym (ale również wykonawcom ustalającym strategię udziału w postępowaniu) spędza sen z powiek problem, czy w procesie selekcji wykonawców kwalifikujących się do dalszego etapu postępowania należy dodatkowo punktować doświadczenia użyczone im przez podmioty trzecie, na zasadach identycznych jak przy tzw. warunkach udziału (warunkach podstawowych).

W dotychczasowych rozważaniach przetrucano się, z jednej strony, argumentami o tzw. handlu

referencjami, a z drugiej – o konieczności zapewnienia jak największej konkurencyjności postępowania. Z uwagi na możliwość przekonującego uzasadnienia obu stanowisk, przez pewien okres funkcjonowała w tym zakresie rozbieżność w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Wydawało się, że nowelizacja Pzp z 2016 r. implementująca do polskiego prawa przepisy nowych dyrektyw unijnych (tj. dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2014/25/UE), a także dalsze zmiany w obowiązującym prawie (w szczególności uchwalona 26 października 2016 r. ustawa o umowie koncesji) przesądzą ostatecznie o braku możliwości punktowania doświadczenia pożyczanego w odniesieniu do tzw. kryteriów selekcji.

Należy jednak pamiętać, że takie podejście nie uwzględniałoby zapisów prawa unijnego, na którym przecież polski system zamówień publicznych jest zbudowany. Co istotne, prawo unijne bowiem nie zakazywało takiej możliwości (dyrektywy unijne) albo wręcz wprost ją dopuszczało (rozporządzenie dotyczące jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, JEDZ). Dla całości obrazu warto jeszcze uwzględnić krajobraz z innych państw członkowskich Unii Europejskiej, gdzie powszechnie dopuszcza się możliwość punktowania doświadczenia użyczonego również przy ustalaniu krótkich list wykonawców.

Innymi słowy, zamawiający był postawiony przed następującym problemem: czy interpretować przepisy dosłownie (zgodnie z polską ustawą), czy też w duchu unijnym. W zależności bowiem od wybranego podejścia, albo doświadczenie użyczone należałoby punktować (prounijna wykładnia), albo je pomijać (literalna wykładnia Pzp).

Wyrok krakowski

Wyraźną wskazówkę w przedmiocie omawianego zagadnienia dał niedawny wyrok Krajowej

■■■■ | **DZP**
więcej niż prawo



**MICHAŁ
WOJCIECHOWSKI**

*adwokat,
senior associate
w Praktyce
Infrastruktury
i Energetyki kancelarii
Domański Zakrzewski
Palinka*



MICHAŁ GAJDEK

*associate
w Praktyce
Infrastruktury
i Energetyki kancelarii
Domański Zakrzewski
Palinka*





Izby Odwoławczej z 7 maja 2018 r. (sygn. akt KIO 699/18).

Co istotne, w zaistniałym w tej sprawie stanie faktycznym zamawiający (Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie) prowadzący postępowanie PPP w trybie dialogu konkurencyjnego nie określił wprost w treści ogłoszenia o zamówieniu tego, czy w ramach kryteriów selekcji będzie punktował doświadczenia podmiotów trzecich.

Jeden z wykonawców zaskarżył takie podejście w drodze odwołania, domagając się wprost wskazania możliwości punktowania doświadczenia „pożyczonego”. W efekcie Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy.

W pierwszej kolejności KIO uznała, że zamawiający powinien przesądzić kwestię punktowania doświadczenia podmiotów trzecich na potrzeby kryteriów selekcji już w treści ogłoszenia o zamówieniu. W tym zakresie Izba, powołując się na zasadę przejrzystości postępowania, uznała, że wykonawcy nie mogą dopiero na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dowiedzieć się o tym, w jaki sposób zamawiający będzie przyznawał wykonawcom punkty w ramach kryteriów selekcji.

W drugiej kolejności KIO gruntownie przeanalizowała znajdujący zastosowanie stan prawny (zarówno przepisy polskie, jak też unijne, z uwzględnieniem wykładni historycznej) i doszła do przekonania, że z uwagi na przedmiot i specyfikę przedmiotu zamówienia mogą istnieć zarówno sytuacje, w których punktowanie udostępnionego potencjału w ramach kryteriów selekcji będzie dopuszczalne, jak i takie, w których nie należy tego czynić.

Co niezmiernie istotne, w każdym przypadku należy uwzględnić realność udostępnienia

przez podmiot trzeci potencjału mającego służyć uzyskaniu dodatkowych punktów w ramach kryteriów selekcji.

Podsumowując, KIO nakazała zamawiającemu, aby to on określił nie tylko, czy będzie punktował potencjał podmiotów trzecich w prowadzonym postępowaniu, ale też w jaki sposób to uczyni, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia realności jego udostępnienia.

Pytania bez odpowiedzi i dalsza perspektywa

W naszej ocenie wydany przez KIO wyrok potwierdza bardzo racjonalne podejście do omawianego zagadnienia. Niezależnie od tego, wciąż pozostaje kilka pytań, na które nie mamy jednoznacznej odpowiedzi.

Przede wszystkim na dzisiaj trudno bowiem w sposób niebudzący wątpliwości przesądzić, jak zamawiający powinien podejść do punktowania pożyczonego doświadczenia w sytuacji, gdy nie zajął jednoznacznego stanowiska już w ogłoszeniu o zamówieniu, a kryteria selekcji zostały uruchomione (tzn. liczba wniosków była wyższa niż liczba miejsc dla wykonawców w kolejnym etapie postępowania).

Poza tym powstaje pytanie, co należy uczynić w sytuacji, w której jeden podmiot trzeci udostępni swoje doświadczenie kilku wykonawcom i każdego z nich zapewni o realności takiego udostępnienia.

Pomimo zatem, że omawiany wyrok stanowi jasny sygnał płynący ze strony Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie do zagadnienia punktowania potencjału podmiotów trzecich w kryteriach selekcji, wydaje się, że cały czas istnieje potrzeba dalszego doprecyzowania tej kwestii.

Ważne przy tym, że potrzebę tę dostrzega także Urząd Zamówień Publicznych, wskazując na to wprost w dokumencie przygotowanym wspólnie z Ministerstwem Przedsiębiorczości i Technologii pt. „Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych”, opublikowanym na początku czerwca 2018 r. Dokument ten będzie stanowił podstawę do dyskusji na temat zbliżających się wielkimi krokami kolejnych zmian w Prawie zamówień publicznych. ©©

Podstawa prawna

► art. 22d ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579; ost. zm. Dz.U. z 2017 r. poz. 2018)