

## Zamówienia publiczne

# Czy konsorcja sprawdzają się w partnerstwie publiczno-prywatnym

*Przepisy Prawa zamówień publicznych oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, które – w zależności od podziału ryzyka – stosuje się do wyboru wykonawcy projektów PPP, uniemożliwiają punktowanie doświadczeń udostępnionych wykonawcy przez podmioty trzecie w ramach tzw. prekwalfikacji. W konsekwencji wykonawcy, chcąc zapewnić sobie bezpieczniejszą pozycję na liście rankingowej kwalifikującej ich do kolejnego etapu postępowania, zamiast doświadczenie „pożyczyć” będą tworzyli (naprawdę) wielopodmiotowe konsorcja potworki. Czy tej sytuacji można jakoś zapobiec?*

Zgodnie z przepisami ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (dalej: ustawa o PPP) do wyboru partnera prywatnego stosuje się przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP) bądź ustawy z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (dalej: ustawa o umowie koncesji).

Praktyką rynku polskiego jest właśnie wybór wykonawców w postępowaniach wieloetapowych (negocjacjach lub dialogu konkurencyjnym).

## Prekwalfikacyjna lista rankingowa

Jeżeli zamawiający przewidywał, że do drugiego etapu zakwalifikuje określoną liczbę kandydatów, to w przypadku gdy oferentów było więcej niż miejsc, dochodziło do dodatkowej selekcji. Zamawiający tworzył listę rankingową. Pojawiał się jednak problem, czy zamawiający powinien punktować doświadczenia udostępnione danemu wykonawcy przez podmiot formalnie niebędący członkiem jego konsorcjum? Taki podmiot trzeci mógł bowiem owe doświadczenie udostępnić na rzecz kilku wykonawców. Uchwalona 22 czerwca 2016 r. nowelizacja PZP (obowiązuje od 28 lipca 2016 r.) w pewnym

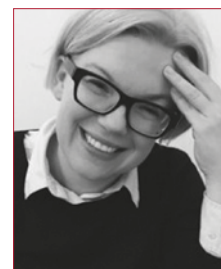
stopniu rozwiązała wątpliwości co do możliwości posługiwania się przez ubiegających się o zamówienia publiczne doświadczeniem udostępnionym im przez podmioty trzecie. Wskazywała, że wykonawca może „pożyczyć” doświadczenie od podmiotu trzeciego, ale tylko w zakresie spełnienia podstawowych warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli chciałby poprawić swoją pozycję na potrzeby prekwalfikacji, to wówczas może korzystać już wyłącznie z własnego doświadczenia. Doprecyzujemy: własnego, czyli wykonawcy lub wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum.

Analogiczne rozwiązanie prawne wprowadziła także uchwalona 26 października 2016 r. ustawa o umowie koncesji. Na mocy jej przepisów potwierdzono bowiem, że wykonawca może skorzystać ze zdolności podmiotów trzecich wyłącznie na potrzeby kryteriów kwalifikacji.

## Zakaz punktowania doświadczeń pożyczonych

Bez przesądzenia o prawidłowości opisanego powyżej podejścia z punktu widzenia chociażby unijnych dyrektyw zamówieniowych, nasuwa się pytanie o jego adekwatność do projektów PPP.

■ ■ ■ | DZP  
więcej niż prawc



**MAGDALENA  
ZABŁOCKA**

*radca prawny, senior associate, Domański Zakrzewski Palinka, specjalizuje się w doradztwie przy realizacji projektów PPP*



**MICHAŁ  
WOJCIECHOWSKI**

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

## Z PRAKTYKI MIĘDZYNARODOWEJ

*Praktyka międzynarodowa wskazuje, że projekty PPP, w szczególności w przypadkach międzynarodowych koncernów mających ogromne doświadczenia przy realizacji wielu przedsięwzięć na świecie, realizują spółki celowe, utworzone dla realizacji konkretnych inwestycji (SPV). Taka struktura realizacji kontraktów jest istotna z perspektywy instytucji finansujących przedsięwzięcia PPP oraz ograniczenia ryzyka wspólników i sponsorów projektu wyłącznie do zobowiązań i przychodów SPV. W konsekwencji duża grupa kapitałowa, w obrębie której istnieje bardzo wiele doświadczeń z zakresu przedsięwzięć PPP, może je posiadać w ramach nawet kilkunastu spółek celowych rozsypanych po całym świecie.*

W tego typu przedsięwzięciach zamawiający oczekują bowiem uczestnictwa w postępowaniu wykonawców posiadających szerokie doświadczenia przy realizacji projektów PPP, obejmujących także finansowanie przedsięwzięć. Idąc tokiem rozumowania przyjętym przez ustawodawcę, spółka matka ze wspomnianej powyżej hipotetycznej grupy kapitałowej, chcąc skorzystać na potrzeby prekwalfikacji w dużym postępowaniu PPP wszystkie posiadane w tym zakresie doświadczenia, musiałaby stworzyć konsorcjum obejmujące wszystkie jej spółki celowe (spółki zależne) mogące legitymować się odpowiednim doświadczeniem. Zamiast zatem jednego lub kilku podmiotów startujących w postępowaniu w praktyce możemy mieć do czynienia z wielopodmiotowym konsorcjum, którego istotą będzie wyłącznie spożytkowanie wszystkich doświadczeń posiadanych w ramach szerokiej grupy kapitałowej lub grup kapitałowych na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów w toku samej procedury.

Co więcej, sytuacja taka może rodzić dodatkowy problem praktyczny w zakresie realizacji umowy. Na przykład pojawia się pytanie, czy wszyscy członkowie konsorcjum będą musieli realizować przedsięwzięcie. A co stanie się, jeśli zamawiający wprowadzi odpowiedzialność solidarną członków konsorcjum za realizację przedsięwzięcia? Ustawa o PPP nie przewiduje ustawowej, solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum za realizację projektów PPP. Odpowiedzialność solidarna może jednak zostać wprowadzona przez zamawiającego umownie, co może być warunkiem nie do przyjęcia dla wielopodmiotowych konsorcjów.

### Postulaty *de lege ferenda*

W obecnym stanie prawnym wyłączone jest punktowanie doświadczeń podmiotów trzecich, nawet jeżeliby przyjęć, że doświadczenie własne wykonawcy miałyby charakter priorytetowy, np. poprzez przyznawanie 1 punktu za każde doświadczenie własne i 0,5 punktu za doświadczenie udostępnione.

Problemem w powyższym zakresie zdaje się być sama istota możliwości udostępnienia zasobu przez podmiot trzeci, która jawi się jako wyjątkowa i w związku z tym niepodlegająca wykładni rozszerzającej.

Pozostaje jednak pytanie, czy przedsięwzięcie PPP jako szczególny rodzaj zamówienia publicznego nie wymaga właśnie takiego wyjątkowego podejścia, chociażby do kwestii prekwalfikowania wykonawców. Może właśnie z uwagi na specyfikę tego typu projektów warto byłoby (nawet wyjątkowo) dopuścić możliwość punktowania doświadczeń spółek celowych. Ten postulat powinien być, naszym zdaniem, przedmiotem debaty w kontekście czekających nas już wkrótce prac nad nową ustawą PZP. Co więcej, nie wydaje się, aby przepisy unijne, na których opiera się polski system prawny, nie dopuszczały takiego rozwiązania.

### Podstawy prawne

- ▶ ustawa z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2016 r. poz. 1920)
- ▶ art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (j.t. Dz.U. z 2017 r. poz. 1834)
- ▶ ustawa 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)

