

## Czy dialog techniczny uwspółcześni zamówienia publiczne?

Do częstych nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych (P.z.p.) zdążyliśmy się już przyzwyczaić. Wśród licznych zmian można znaleźć grupę zapisów, które będą miały największe zastosowanie w przygotowaniu zamówień na koncesje na roboty budowlane lub usługi oraz na partnerstwo publiczno-prywatne (PPP).

Wytyczne dla polskiego ustawodawcy stanowi się **Dyrektywa 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. z 30 kwietnia 2004 r. L 134)**. W jej wstępie tzw. motyw 8. dopuszcza, że przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia publicznego zamawiający może poszukiwać lub korzystać z doradztwa, którego rezultat może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowania specyfikacji.

Tego typu doradztwo nosi nazwę „dialogu technicznego” i zostało transponowane do polskiego systemu zamówień publicznych **Ustawą z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (DzU z 2012 r. poz. 1271)**. Dialog techniczny musi jednak być tak przeprowadzony, aby nie spowodował ograniczenia konkurencji. Nowelizacja wprowadzająca to rozwiązanie daje dużą dowolność w sposobie prowadzenia samego dialogu, jego organizacji i przebiegu, ale z tej swobody należy korzystać odpowiedzialnie, aby nie narazić partnera i całego przyszłego postępowania na zbędne koszty i ryzyko.

### Czym jest dialog techniczny?

Na początek wypada podkreślić, że nie wolno mylić dialogu technicznego z dialogiem konkurencyjnym (art. 60a P.z.p.), albowiem są to dwie zupełnie różne instytucje, powołane dla wypełnienia różnych funkcji i na dodatek na całkiem innych etapach postępowania. Dialog techniczny, pomimo że wprowadzony do ustawy jako drugi w kolejności chronologicznej, w postępowaniu o przyznanie zamówienia jest pierwszy, ponieważ odbywa się przed wszczęciem całej procedury. W zasadzie jest to rozmowa zamawiającego z potencjalnym wykonawcą, usankcjonowana prawem i odbywająca się według art. 31a-31c znowelizowanej ustawy P.z.p. Rozmowa ta ma charakter doradczy, mający na celu zapobieżenie sytuacji, w której mogłaby powstać specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nieuwzględniająca np. realiów rynkowych.

Konsultowanie treści i zakresu zamówienia w celu skonfrontowania go z realiami rynku to nie jedyny aspekt dialogu technicznego. Dialog techniczny pozwala zatem na szerokie stosowanie innowacji i oryginalnych pomysłów, które raczej nie są domeną autorów standardowych specyfikacji przetargowych, gdzie często jedyną „inspiracją” zamawiającego jest najniższa cena, a odpowiedzią wykonawcy – firmowa „bylejakość” w realizacji.

### Dialog techniczny w koncesji i PPP

Dialog techniczny otwiera nowe możliwości zarówno przed zamawiającymi, jak i przed wykonawcami, którzy mogą zgłosić się i przedstawić swój punkt widzenia i swoje pomysły na długo przed opracowaniem ogłoszenia o zamówieniu. Nietrudno zrozumieć, dlaczego instytucja dialogu technicznego jest szczególnie cenna w postępowaniach, gdzie przedmiot zamówienia jest skomplikowany, a wiedza zamawiającego nie wystarcza do właściwego określenia zakresu, specyfikacji i kryteriów oraz sposobu oceny ofert. Takimi postępowaniami są zamówienia dotyczące wyboru partnera prywatnego lub koncesjonariusza. Od 2005 r. instytucja dialogu technicznego pozwala krajom członkowskim UE stosować co najmniej cztery kryteria oceny ofert w postępowaniach, gdzie wartość kontraktu – czyli wydatek publiczny – jest wysoka. Tych pieniędzy nie można wydatkować bez zachowania należytej staranności, a ta ostatnia, pojmowana jedynie jako najniższa cena, to lekceważenie publicznych środków, które wskutek źle pojętej

oszczędności są wydawane na naprawę skutków taniego zamówienia. Sztandarowym przykładem może być pas startowy lotniska w Modlinie.

Oczywisty brak ekspertyzy przed podjęciem prac nad SIWZ-em często skutkuje również odwołaniem postępowania, ponieważ w obliczu nieznanego ryzyka potencjalni wykonawcy podają bardzo wysokie ceny. Dialog techniczny pozwala zatem zamawiającemu na uwzględnienie pytań i wątpliwości przedsiębiorców na wstępnym etapie redagowania treści ogłoszenia, a tym samym skraca czas przeznaczony na zadawanie pytań i formułowanie odpowiedzi. Jedno z postępowań na rewitalizację dróg odbyło się bez takich konsultacji i skutkowało bardzo wysokimi cenami ofertowymi, ponieważ oferenci nie mieli szans zapoznać się z dokumentacją techniczną drogi przeznaczonej do rewitalizacji. Tym samym w swoich kalkulacjach założyli oni budowę nowej drogi, zamiast remont istniejącej. Przykłady można by mnożyć. Świadczą one o tym, że polski system zamówień publicznych nie sprzyja ani sektorowi publicznemu, ani przedsiębiorcom.

### **Jak prowadzić dialog techniczny?**

Od 20 lutego br. polskie prawo zamówień publicznych zezwala, aby „zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, mógł przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy” (art. 31a ust. 1 P.z.p.).

Jest kilka istotnych czynności, które powinien wykonać zamawiający, zanim zastosuje się do wymogu wskazanego w art. 31c P.z.p., czyli przed zamieszczeniem na swojej stronie internetowej informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego oraz o jego przedmiocie. Ważne jest (pomimo że nie ma takiego wymogu ustawowego) również przygotowanie się do przeprowadzenia dialogu technicznego. Wśród czynności, które sprawią, że dialog ten będzie „bezpieczny” dla stron i dla samego postępowania, należy wymienić:

- **podjęcie formalnej decyzji (zarządzenia), w którym zamawiający wskazuje na potrzebę skonsultowania zamiarów o ogłoszenie przetargu z rynkiem wykonawców,**
- **wskazanie osób, które będą reprezentować zamawiającego w rozmowach z zaproszonymi podmiotami zewnętrznymi; najprostszym i skutecznym rozwiązaniem jest nominowanie członków przyszłej komisji przetargowej do przeprowadzenia dialogu technicznego. Daje to ciągłość w procesie postępowania i sprawia, że komisja posiada odpowiednią wiedzę na późniejszych etapach, w tym także w czasie dialogu konkurencyjnego,**
- **przygotowanie wewnętrznego regulaminu prowadzenia dialogu technicznego, który będzie (z małymi poprawkami) użyteczny przy kolejnych postępowaniach, gdzie dialog techniczny jest wymagany,**
- **przygotowanie techniczne w celu zapewnienia należytego protokolowania lub nagrywania przebiegu dialogu.**

Po takim wstępnym, aczkolwiek nieobligatoryjnym przygotowaniu należy opublikować ogłoszenie i ewentualnie bezpośrednio poinformować o jego zamieszczeniu przedsiębiorców, którzy mogą być zainteresowani tematem.

### **Zachowanie uczciwej konkurencji**

Samo prowadzenie dialogu technicznego nie jest łatwe, pomimo lakonicznego brzmiącego art. 31a ust. 2: „**Dialog techniczny prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań**”. Zapis ten posiada wiele istotnych dla stron implikacji. Po pierwsze, **nie można odmówić udziału w dialogu podmiotom, które się do niego zgłoszą. Po drugie, informacja, jaka zostanie przekazana przedsiębiorcom prywatnym, biorącym udział w dialogu, powinna być jednakowa.** W praktyce dochowanie tego obowiązku jest jednak niezwykle trudne, bo od jakości pytań partnera prywatnego i odpowiedzi zamawiającego zależy poziom wiedzy, z jakim indywidualni przedsiębiorcy przystąpią później do przetargu. Teoretycznie cała treść przeprowadzonych spotkań powinna zostać nagrana i zaprotokołowana, aby sprostać wymogom art. 31c P.z.p. Obliguje on zamawiającego do zamieszczenia informacji o zastosowaniu dialogu

technicznego w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dotyczył dialog techniczny. Ustawodawca nie precyzuje, jaki powinien być zakres takiej informacji, jednak z pewnością nie węższy niż wskazany w art. 96 ust. 2a P.z.p.: **„Jeżeli przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzono dialog techniczny, informacja o przeprowadzeniu dialogu technicznego, o podmiotach, które uczestniczyły w dialogu technicznym, oraz o wpływie dialogu technicznego na opis przedmiotu zamówienia, specyfikację istotnych warunków zamówienia lub warunki umowy stanowi element protokołu”**. W rezultacie zastosowania wskazań wspomnianego artykułu wszelkie istotne sugestie i pomysły oraz uwagi partnerów prywatnych posiadają „autorską metrykę”.

Protokół nie kończy swojego życia wraz z zakończeniem postępowania, bowiem dokumentowanie postępowań, czyli coroczna sprawozdawczość, wymaga, aby dochowano zaleceń, jakie pojawią się w wyniku zastosowania znowelizowanej treści art. 98 ust. 4. Nowe brzmienie tego artykułu wskazuje główne przesłanki, dotyczące dalszego wykorzystania informacji znajdujących się w protokołach, które prezes Rady Ministrów określi w rozporządzeniu.

Ustawodawca nie wskazał, czy protokół z przeprowadzonego dialogu technicznego jest w całości jawny, jednak należy tak założyć. Oznacza to, że partner prywatny na etapie dialogu technicznego raczej nie będzie ujawniał informacji, która może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 pkt 4 Ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (DzU z 2003 r. nr 153, poz. 1503, ze zm.).

To, w jakim stopniu instytucja dialogu technicznego usprawni system zamówień publicznych, a przede wszystkim tę jego część, która dotyczy strategicznie ważnych, wartościowych i skomplikowanych zamówień, zależy od zamawiających.

**Witold Grzybowski**