

KOMENTARZ DO REGULAMINU DIALOGU TECHNICZNEGO

1. DIALOG TECHNICZNY W UJĘCIU KRAJOWYM I EUROPEJSKIM

Dialog techniczny (konsultacje rynkowe) został wprowadzony do ustawy Prawo zamówień publicznych¹ („PZP”) nowelizacją z dnia 12 października 2012² i stanowi odzwierciedlenie instytucji, o której wspomina się w pkt 8 preambuły Dyrektywy 2004/18/WE („**Dyrektywa klasyczna**”)³ oraz pkt 15 preambuły Dyrektywy 2004/17/WE („**Dyrektywa sektorowa**”)⁴. Nowo wprowadzona regulacja, w brzmieniu nadanym jej przez art. 31a – 31c PZP stanowi, iż Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może 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. Wbrew zatem literalnemu brzmieniu, które może błędnie sugerować, że *dialog* obejmuje tylko kwestie techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia, dotyczy on wszystkich aspektów związanych z udzielanym zamówieniem.

Podobnie jak samo postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia również *dialog techniczny* należy prowadzić w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań, czego wyrazem jest z jednej strony obowiązek Zamawiającego polegający na zamieszczaniu informacji o zamiarze przeprowadzenia *dialogu technicznego* oraz o jego przedmiocie na stronie internetowej, z drugiej zaś, konieczność zamieszczania informacji o zastosowaniu *dialogu technicznego* w ogłoszeniu o zamówieniu, którego ten *dialog* dotyczył.

Instytucja dialogu technicznego, choć w nieco zmienionej postaci, została uregulowana także w nowych dyrektywach europejskich poświęconych zamówieniom publicznym, których termin implementacji upływa 18 kwietnia 2016 r. Zgodnie z art. 40 Dyrektywy 2014/24/UE ("**Nowa dyrektywa klasyczna**")⁵ oraz art. 58 Dyrektywy 2014/25/UE ("**Nowa dyrektywa sektorowa**")⁶ (łącznie jako „**Nowe dyrektywy**”), przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podmioty zamawiające mogą przeprowadzić *konsultacje rynkowe* mające na celu przygotowanie zamówienia i poinformowanie wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. W tym celu zamawiający mogą, np. szukać lub korzystać z doradztwa niezależnych ekspertów lub władz albo uczestników rynku. Doradztwo to może być wykorzystane przy planowaniu i

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.)

² Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271)

³ Dyrektywa 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 (Dz. U. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r., str. 114)

⁴ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r., str. 1)

⁵ Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94 z 28 marca 2014 r., str. 65)

⁶ Dyrektywa 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE L 94 z 28 marca 2014 r., str. 243)

przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, pod warunkiem że tego rodzaju doradztwo nie skutkuje zakłóceniem konkurencji i nie prowadzi do naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości.

Fakt, iż na gruncie Nowych dyrektyw zagadnieniu *konsultacji rynkowych* poświęcono osobne artykuły (inaczej niż miało to miejsce w przypadku Dyrektywy klasycznej i Dyrektywy sektorowej, gdzie kwestia *dialogu technicznego* została poruszona jedynie w preambule) podkreśla rolę, jaką tej instytucji w procesie udzielania zamówień publicznych przypisuje prawodawca europejski. Niewątpliwie wyraźne przewidzenie i dopuszczenie stosowania tego typu mechanizmów stanowi jednoznaczny sygnał - zarówno dla państw członkowskich jak również dla samych zamawiających – do wykorzystywania tego mechanizmu w praktyce.

Europejskie regulacje odnoszące się do *dialogu technicznego* odznaczają się stosunkowo niskim stopniem szczegółowości. Stanowi to wyraźny sygnał dla ustawodawców krajowych, przemawiający za tym aby ich uregulowania wewnętrzne także nie były w tym zakresie zbyt ograniczające. Polska regulacja, choć nieco bardziej ścisła, w pełni realizuje ten postulat pozostawiając tym samym w gestii zamawiającego zarówno sposób przeprowadzenia *dialogu technicznego*, jak i jego zakres przedmiotowy. Głównym założeniem regulacji odnoszących się do *dialogu technicznego* tak w perspektywie krajowej jak i europejskiej jest więc możliwość osiągnięcia przez zamawiających podstawowych celów *dialogu technicznego* w sposób maksymalnie elastyczny i odformalizowany. Nie ma zatem potrzeby, aby wewnętrzne regulaminy dotyczące prowadzenia *dialogu technicznego* przyjmowane przez zamawiających były nadmiernie rozbudowane i regulowały sam przebieg *dialogu* w sposób zbyt szczegółowy.

2. CEL I SPOSÓB PRZEPROWADZANIA DIALOGU TECHNICZNEGO

Podstawowym celem przeprowadzania *dialogu technicznego* jest uzyskanie przez zamawiającego planującego przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego informacji o najnowszych, najkorzystniejszych i najtańszych rozwiązaniach technicznych, technologicznych, prawnych, wykonawczych, organizacyjnych, handlowych, ekonomicznych oraz logistycznych w dziedzinie będącej przedmiotem planowanego zamówienia. Dzięki nim zamawiający uzyskuje możliwość skonkretyzowania swoich potrzeb, a w konsekwencji przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy w sposób odpowiadający aktualnym wymaganiom i standardom rynkowym.

Ponadto rozpoznanie rynku właściwego umożliwia zamawiającemu określenie oczekiwań co do przedmiotu zamówienia w sposób maksymalnie efektywny. Przeprowadzenie *dialogu technicznego* pozwala mu bowiem na uniknięcie sytuacji, w której mogąc uzyskać korzystniejsze rozwiązanie (np. w zakresie ceny), na skutek braku rozeznania rynku właściwego określił on swe wymagania w sposób nieadekwatny do faktycznego potencjału i możliwości wykonawców w sposób, który niezasadnie ogranicza konkurencję. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w odniesieniu do podmiotów publicznych poszukujących najkorzystniejszych rozwiązań z punktu widzenia interesu publicznego. Z drugiej zaś strony, poznanie możliwości wykonawców prowadzi do optymalizacji wymagań stawianych przez zamawiającego. *Dialog techniczny* ogranicza bowiem ryzyko skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków przyszłej umowy w sposób przekraczający

możliwości wykonawców, narażając tym samym zamawiającego na konieczność zweryfikowania swoich wymagań i ponownej organizacji przetargu. Rezultatem *dialogu technicznego* powinno być adekwatne/proporcjonalne z jednej strony do potrzeb zamawiającego, z drugiej do oferty rynkowej, ukształtowanie warunków zamówienia.

Celowość przeprowadzenia *dialogu technicznego* jest szczególnie zauważalna w przypadku zamówień odznaczających się wysokim stopniem skomplikowania i zaawansowania, takich jak np. zamówienia na dostawę sprzętu komputerowego lub systemu informatycznego, w których zamawiający w celu prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi wykazać się wiedzą specjalistyczną adekwatną do przedmiotu zamówienia.

Fakt, iż regulacja dotycząca *dialogu technicznego* została ujęta w PZP nie oznacza, iż jest on odrębnym trybem udzielania zamówienia publicznego. Przesądza o tym sama ustawa, która przepisy poświęcone *dialogowi technicznemu* umieszcza w Rozdziale II tj. w części dotyczącej przygotowania postępowania, a nie w Rozdziale III, regulującym poszczególne tryby udzielania zamówień. Także na gruncie Nowych dyrektyw, przepisy dotyczące *konsultacji rynkowych* zostały ujęte w Sekcji I Rozdziału III, poświęconej przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, *dialog techniczny* zarówno w świetle ustawy PZP jak i Nowych dyrektyw stanowi jedynie formę komunikacji pomiędzy zamawiającym a podmiotami uczestniczącymi w *dialogu*, mającą na celu uzyskanie przez zamawiającego wiedzy specjalistycznej potrzebnej do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. *Dialog techniczny* poprzedza zatem postępowanie zamówieniowe (może on być prowadzony nawet w sytuacji, gdy budżet zamawiającego przeznaczony na realizację zamówienia nie jest jeszcze zaakceptowany), jednak, co bardzo istotne, w żaden sposób nie zobowiązuje on zamawiającego do przeprowadzenia postępowania, które docelowo miałyby doprowadzić do wyboru wykonawcy.

Krajowe i europejskie przepisy poświęcone *dialogowi technicznemu* zawierają jedynie ogólne regulacje odnoszące się do sposobu jego prowadzenia. Ustawa PZP oraz dyrektywy europejskie ustanawiają bowiem podstawowe zasady, do których przestrzegania zobowiązany jest zamawiający przeprowadzający *dialog techniczny*. Zasadami tymi są: zasada uczciwej konkurencji, zasada równego traktowania wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań oraz zasada przejrzystości. Zamawiający może zatem prowadzić *dialog techniczny* w dowolny sposób, samodzielnie decydując o jego przedmiocie, podmiotach, które będą w nim uczestniczyły jak również o jego rozpiętości czasowej, pod warunkiem jednak, iż odbywa się to w zgodzie z ww. zasadami. Ponadto, z racji tego, iż *dialog techniczny* ma charakter odformalizowany przepisy PZP nie nakładają na zamawiającego obowiązku stosowania regulaminu jego przeprowadzania. Z drugiej zaś strony ze względu na zasady, w oparciu o które zamawiający powinien prowadzić *dialog techniczny*, w tym przede wszystkim sformułowaną na gruncie obecnych i Nowych dyrektyw zasadę przejrzystości, opracowanie takiego regulaminu należy uznać za rozwiązanie optymalne i pożądane.

Jedynymi regulacjami rangi ustawowej mającymi zagwarantować przestrzeganie przez zamawiającego zasad *dialogu technicznego* są postanowienia PZP w zakresie zamieszczania informacji o zamiarze przeprowadzenia *dialogu technicznego* oraz o jego przedmiocie na stronie internetowej zamawiającego. Zamawiający umożliwia w ten sposób wszystkim zainteresowanym podmiotom zgłoszenie chęci wzięcia udziału w *dialogu*

technicznym. Ponadto, zgodnie z ustawą PZP Zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia informacji o zastosowaniu *dialogu technicznego* w ogłoszeniu o zamówieniu, którego ten *dialog* dotyczył. Nie musi on jednak przy tym informować w treści dokumentacji przetargowej o konkretnych elementach przedmiotu zamówienia, przy tworzeniu których wykorzystał wiedzę i informacje zdobyte w toku przeprowadzania *dialogu technicznego*. Wystarczy bowiem, iż w ogłoszeniu o zamówieniu zamieści ogólną informację o tym, że *dialog* taki został zastosowany. Powyższą regulację dopełnia art. 96 ust. 2a PZP, zgodnie z którym 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 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Protokół ten, stosownie do treści art. 96 ust. 3 PZP jest jawny i podlega udostępnieniu na wniosek zainteresowanych podmiotów. Gwarancję zachowania zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowi ponadto możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Wykonawcy mogą w ten sposób uzyskać od zamawiającego dodatkowe informacje o wpływie zastosowanego *dialogu technicznego* na przygotowanie danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 PZP uczestnictwo w dialogu technicznym nie prowadzi do wykluczenia wykonawcy, który uprzednio brał udział w dialogu technicznym. W tym przepisie wskazano bowiem, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Pomimo powyższych obowiązków, podmioty zainteresowane udziałem w *dialogu technicznym* nie uzyskują przez to uprawnień do żądania by zamawiający dopuścił ich do udziału w *dialogu*. Decyzja o tym kogo i na jakich zasadach zamawiający zaprasza do udziału w *dialogu* (pod warunkiem, iż nie ma ona charakteru dyskryminującego lub ograniczającego konkurencję) zależy bowiem wyłącznie od jego woli. Tym niemniej w interesie zamawiającego powinno leżeć dopuszczenie do udziału w *dialogu technicznym* możliwie jak najszerszej grupy uczestników. Dzięki temu zamawiający ma możliwość poznania pełnego *spectrum* rozwiązań oferowanych przez przedsiębiorców działających na danym rynku. Ograniczenie dostępu do *dialogu technicznego* może natomiast prowadzić do pozbawienia zamawiającego takiej możliwości, co byłoby sprzeczne z celami dialogu. Co do zasady zamawiający nie powinien zatem dokonywać „prekwalifikacji” uczestników *dialogu technicznego* polegającej na ustanowieniu warunków, od których spełnienia miałoby zależeć dopuszczenie ich do udziału w *dialogu*. Pomimo to, w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wymagać od uczestników by wraz ze zgłoszeniem do udziału w *dialogu* lub w jego toku przedstawili dodatkowe oświadczenia, stanowiska, foldery, specyfikacje lub inne dokumenty, które uzna za istotne. Ich uzyskanie może pomóc zamawiającemu w dokonaniu rozeznania rynku oraz wyborze odpowiedniej formuły prowadzenia *dialogu*. Wstępna ocena rozwiązań proponowanych przez uczestników dokonana w oparciu o przedłożoną przez nich dokumentację może zatem przyczynić się do polepszenia efektywności prowadzonego *dialogu*. Istotnym jest jednak by w takiej sytuacji

zamawiający żądał przede wszystkim dokumentów o charakterze przedmiotowym tj. takich, które związane są bezpośrednio z przedmiotem i celem prowadzonego *dialogu technicznego*. Za niewskazane należałoby bowiem uznać przedstawianie przez uczestników dokumentów o charakterze podmiotowym, dotyczących np. ich wiedzy, doświadczenia czy sytuacji ekonomicznej. W uzasadnionych natomiast przypadkach, w zależności od indywidualnych potrzeb zamawiającego oraz specyfiki danego zamówienia, może on także ustanawiać przesłanki, od których spełnienia uzależnione będzie dopuszczenie do udziału w *dialogu*.

Jednocześnie prowadzenie *dialogu technicznego* z wybranymi przez zamawiającego uczestnikami nie uprawnia ich do skorzystania z ustanowionych w ustawie PZP środków ochrony prawnej. Wynika to bowiem, z treści art. 180 ust. 1 PZP, w którym Ustawodawca postanowił, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami PZP czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. *Dialog techniczny* jako etap poprzedzający postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie może zatem stać się przedmiotem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Wniesienie środka odwoławczego będzie jednak dopuszczalne w przypadku, gdy sam efekt zastosowania *dialogu technicznego* np. w postaci opisu przedmiotu zamówienia, lub postanowień wzoru umowy ma charakter dyskryminacyjny. Jako przykład można wskazać wyrok KIO z 15 listopada 2013 r. (KIO 2455/13; KIO 2460/13), który wskazuje, że zamawiający może określić, iż wymaga zdywersyfikowania producentów oferowanych przez wykonawców w różnych technologiach urządzeń, w taki sposób, aby nie uzależniać się faktycznie od jednego dostawcy. Stwierdzenie jednak w sposób arbitralny przez zamawiającego, że w danej technologii jest tylko jeden producent poprzez odwołanie się do korespondencji prowadzonej z przedstawicielem tej technologii w ramach prowadzonego dialogu technicznego jest nieuzasadnione.

3. ZALETY I WADY PRZEPROWADZANIA DIALOGU TECHNICZNEGO

Niewątpliwie najważniejszą zaletą *dialogu technicznego*, wynikającą z samego celu, dla którego jest on przeprowadzany, jest możliwość uzyskania przez zamawiającego specjalistycznej wiedzy potrzebnej do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Dzięki konsultacjom przeprowadzonym z podmiotami potencjalnie zainteresowanymi udziałem w takim postępowaniu Zamawiający może dostosować specyfikację zamówienia do aktualnych realiów rynkowych, co biorąc pod uwagę dynamikę ich zmian oraz postęp technologiczny stanowi ważki argument przemawiający za jego stosowaniem.

Przeprowadzenie *dialogu technicznego* pozwala także zamawiającemu na zoptymalizowanie budżetu jaki planuje on przeznaczyć na realizację zamówienia publicznego. Ponadto, dzięki zastosowaniu *dialogu* może on skonfrontować swoje potrzeby z możliwościami wykonawców oraz rozwiązaniami dostępnymi na rynku.

Decyzja o przeprowadzeniu *dialogu technicznego* nie obliguje przy tym zamawiającego do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może zatem wykorzystać instytucję *dialogu technicznego* jako narzędzie służące do rozeznania rynku oraz poznania wiedzy i *know-how* potencjalnych wykonawców,

co w konsekwencji może zdecydować o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w inny, niż pierwotnie zamierzony przez zamawiającego sposób.

Jednocześnie zamawiający ma możliwość przeprowadzenia *dialogu technicznego* w dowolny, odformalizowany sposób zachowując przy tym podstawowe zasady konkurencji, niedyskryminacyjnego traktowania zainteresowanych podmiotów oraz przejrzystości. Dzięki temu może on zorganizować *dialog techniczny* zgodnie z własnymi możliwościami i potrzebami.

W porównaniu z wielością zalet *dialogu technicznego*, katalog wad i ryzyk wynikających z jego stosowania jest zdecydowanie węższy i trudniejszy do zidentyfikowania. Wynika to przede wszystkim z prostoty i elastyczności w przeprowadzaniu *dialogu technicznego* oraz jego odformalizowania. Do wykorzystywania tej instytucji zachęca dodatkowo brak rozbudowanych i skomplikowanych regulacji prawnych, do których przestrzegania byłby zobowiązany zamawiający. Przy zachowaniu podstawowych zasad i postanowień określonych w ustawie PZP ryzyko i sankcje związane z przeprowadzaniem *dialogu technicznego* (wynikające zarówno z przepisów PZP, jak również innych ustaw, w tym m.in. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), na które potencjalnie narażony jest zamawiający zostają praktycznie wyeliminowane.

Formuła *dialogu technicznego* oraz wielość korzyści wynikających z jego prowadzenia powinny stanowić dla zamawiających naturalną zachętę do stosowania tej instytucji. Przemawiają za tym także doświadczenia państw obcych (dla przykładu można wskazać chociażby Holandię, Danię, Włochy lub Hiszpanię), gdzie *dialog techniczny* wykorzystywany jest z powodzeniem od wielu lat, niejednokrotnie stanowiąc kluczowy element skomplikowanego procesu jakim niewątpliwie jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W krajach tych *dialog techniczny* wykorzystywany jest przede wszystkim w postępowaniach odznaczających się innowacyjnością oraz wysokim stopniem zaawansowania technicznego (budowa farm wiatrowych, dostawa systemów teleinformatycznych, dostawa sprzętu medycznego). *Dialog techniczny* w sposób oczywisty przyczynia się do uproszczenia i zwiększenia efektywności tego procesu, odpowiadając tym samym na wyzwania ciągle zmieniającego się rynku.