



**Opinia do ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi  
(druk nr 393)**

**I. Cel i przedmiot ustawy**

Ustawa określa zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.

Opiniowana ustawa dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy 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.

W świetle uzasadnienia, celem opiniowanej ustawy jest "stworzenie nowych możliwości wykonywania zadań publicznych przez zaangażowanie środków prywatnych i wykorzystanie potencjału prywatnych podmiotów, które może wpłynąć korzystnie na poprawę ich dostępności i jakości".

**Koncesja** jest metodą wykonywania zadań publicznych, w której ryzyko ekonomiczne powodzenia przedsięwzięcia w zasadniczej części zostaje przeniesione na podmiot prywatny. Definicję tej instytucji ustawodawca formułuje w art. 1 ust. 2 ustawy. Zgodnie z nią, koncesja jest umową o charakterze odpłatnym, w której koncesjonariusz zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem. Wynagrodzeniem tym jest w przypadku koncesji na roboty budowlane – wyłącznie prawo do korzystania z obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy, a w przypadku koncesji na usługi – wyłącznie prawo do korzystania z usługi, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy.

W aktualnym porządku prawnym ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych przewiduje instytucję koncesji na roboty budowlane udzielanej w trybie przewidzianym dla zamówień publicznych (art. 129 ust. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych). W dotychczasowym stanie prawnym nie było jednak możliwości udzielania koncesji na usługi.

W art. 3 opiniowanej ustawy sformułowano katalog podmiotów, które będą mogły być koncesjodawcami. Katalog ten obejmuje: organy władzy publicznej, jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, państwowe jednostki budżetowe, zakłady budżetowe oraz gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych. W katalogu tym wymieniono również podmioty posiadające osobowość prawną, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, a które ustanowione zostały w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, o ile spełniają określone przez ustawodawcę warunki. W art. 4 natomiast zawarto wyłączenia przedmiotowe i podmiotowe z reżimu opiniowanej ustawy.

Ustawodawca przewidział, że koncesjodawca przygotowując i prowadząc postępowanie o zawarcie umowy koncesji będzie obowiązany zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie podmiotów zainteresowanych udziałem w takim postępowaniu, w szczególności opisując przedmiot koncesji koncesjodawca będzie zobowiązany dokonać tego w sposób umożliwiający zainteresowanym podmiotom jednakowy dostęp do wykonywania koncesji oraz w sposób, który nie stwarza ograniczeń konkurencji w dostępie do wykonywania koncesji.

W ustawie sformułowano zasady dokonywania opisu przedmiotu koncesji oraz zasady obliczania wartości szacunkowej koncesji (z podziałem na reguły dotyczące robót budowlanych i usług).

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji wszczynane będzie przez koncesjodawcę poprzez publikację ogłoszenia o koncesji. W przypadku koncesji na usługi koncesjodawca będzie zamieszczał ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych, natomiast w przypadku koncesji na roboty budowlane będzie on zobowiązany przesyłać je Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ustawodawca w art. 11 ustawy określił minimalną treść ogłoszenia o koncesji.

W dalszych przepisach ustawy określono zasady i procedurę: składania przez zainteresowany podmiot wniosku o zawarcie umowy (treść wniosku określa art. 13), zapraszania do udziału w negocjacjach dotyczących koncesji i prowadzenia takich negocjacji, zapraszania do złożenia ofert (w tym sporządzania opisu warunków koncesji), składania ofert (w tym składania wyjaśnień i dodatkowych informacji oraz precyzowania i dopracowywania złożonych ofert), wyboru oferty najkorzystniejszej, informowania o wyborze takiej oferty, dokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu, odwoływania postępowania, a także sporządzania protokołu z postępowania.

W rozdziale 3 ustawy znajdują się przepisy dotyczące umowy koncesji. W przepisach tych określono termin zawarcia umowy koncesji z oferentem, którego oferta

została uznana za najkorzystniejszą, skutki uchylania się przez oferenta od zawarcia takiej umowy, formy i treści umowy koncesji, a także zasady dokonywania zamian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty.

Ustawodawca przyjął zasadę, iż okres, na który zostaje zawarta umowa koncesji powinien uwzględniać zwrot nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji i nie może być dłuższy niż 30 lat - w przypadku koncesji na roboty budowlane oraz 15 lat - w przypadku koncesji na usługi. Jeżeli jednak przewidziany okres zwrotu nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji będzie dłuższy, umowa taka będzie mogła być zawarta na czas dłuższy niezbędny do uzyskania zwrotu nakładów przez koncesjonariusza. W przypadku naruszenia powyższych zasad uznawać się będzie, że umowa jest zawarta odpowiednio na okres 30 lub 15 lat.

Regulując środki ochrony prawnej przyjęto, iż zainteresowanemu podmiotowi, którego interes prawny w zawarciu umowy koncesji doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy, będzie przysługiwało prawo do wniesienia skargi do sądu administracyjnego. W założeniu ustawodawcy, kontrola sądów administracyjnych ma ograniczać się wyłącznie do legalności działania koncesjodawców, a więc być przeprowadzana w węższym zakresie niż w przypadku sądów powszechnych. Ponadto w rozdziale 4 ustawy określono tryb wnoszenia skargi, skutki jej wniesienia oraz tryb rozpatrywania skargi przez sąd.

W związku z przedmiotem analizowanej ustawy ustawodawca dokonuje nowelizacji ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym, ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a także ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W szczególności ustawodawca skreśla w ustawie – Prawo zamówień publicznych przepisy dotyczące udzielania i wykonywania koncesji na roboty budowlane (w ustawie tej pozostał jedynie przepis stanowiący o udzielaniu zamówień publicznych przez koncesjonariuszy robót budowlanych)

Ustawa wejdzie w życie 14 dni od dnia ogłoszenia.

## **II. Przebieg prac legislacyjnych**

Sejm uchwalił ustawę na 31. posiedzeniu w dniu 5 grudnia 2008 r. Projekt ustawy był przedłożeniem rządowym. W trakcie prac w Sejmie nie dokonano zmian wpływających

zasadniczo na kształt uregulowań proponowanych w projekcie. Ustawodawca sejmowy w szczególności:

- 1) skreślił z katalogu wyłączeń z reżimu opiniowanej ustawy wyłączenie dotyczące zawierania umowy przez jednostkę samorządu terytorialnego, jednostki samorządu terytorialnego lub związek takich jednostek ze spółką kapitałową, o której mowa w przepisach o gospodarce komunalnej, będącą "podmiotem wewnętrznym" (ang. in-house) w rozumieniu orzecznictwa ETS;
- 2) sprecyzował wyłączenie z reżimu opiniowanej ustawy odnoszące się do sektora telekomunikacyjnego;
- 3) dodał przepis statuujący zasadę jawności protokołu z postępowania o zawarcie umowy koncesji;
- 4) dokonał zmian w przepisie określającym treść umowy koncesji wskazując jednoznacznie elementy, które będą musiały się znaleźć w każdej umowie o koncesję oraz wymieniając przykładowe elementy, które będą mogły być zawarte w takiej umowie, jeżeli będzie to wynikało z przedmiotu koncesji;
- 5) zrezygnował z nowelizacji ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym;
- 6) dodał przepisy nowelizujące ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

### III. Uwagi szczegółowe

- 1) art. 3 pkt 3 – w przepisie tym ustawodawca stanowi, że ustawę będzie się stosować do zawierania umowy koncesji przez państwowe jednostki budżetowe, zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych. Zgodnie z art. 25 i art. 27 ustawy o finansach publicznych zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych można kwalifikować jako państwowe albo jako wojewódzkie, powiatowe lub gminne. Brzmienie art. 3 pkt 3 sugeruje, że przymiotnik "państwowy" odnosi się wyłącznie do jednostek budżetowych. W związku z tym nasuwa się pytanie, czy takie rozumienie przepisu jest zgodne z wolą ustawodawcy, jeżeli nie należałoby rozważyć wprowadzenie niżej zaproponowanej poprawki. W poprawce tej przyjęto założenie, że wolą ustawodawcy jest, aby zmieniany przepis stanowił o państwowych zakładach budżetowych i gospodarstwach pomocniczych państwowych jednostek budżetowych.

Propozycja poprawki:

- w art. 3 w pkt 3 po wyrazie "budżetowe," dodaje się wyraz "państwowe" oraz po wyrazie "pomocnicze" dodaje się wyraz "państwowych";
- 2) art. 4 ust. 1 pkt 7 – mając na względzie poprawność językową przepisu należałoby wprowadzić niżej zaproponowaną poprawkę redakcyjną.
- w art. 4 w ust. 1 w pkt 7 wyraz "których" zastępuje się wyrazem "którego";
- 3) art. 7 ust. 3 – w przepisie tym ustawodawca przesądza, co powinna zawierać specyfikacja techniczna, do której będzie się odnosił opis przedmiotu koncesji. W świetle tego przepisu, specyfikacja techniczna powinna zawierać odniesienia do norm przenoszących normy europejskie i europejskie aprobaty techniczne. Analiza art. 30 ustawy – Prawo zamówień publicznych, który stanowi o sposobie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia oraz art. 5 ust. 2 ustawy o normalizacji (stanowi on o Polskich Normach) prowadzi do wniosku, że normy krajowe mogą przenosić normy europejskie, nie przenoszą natomiast europejskich aprobat technicznych. W związku z tym, należałoby rozważyć skorelowanie przepisów opiniowanej ustawy z przepisami o zamówieniach publicznych w tym zakresie. Propozycja poprawki:
- w art. 7 w ust. 3 w zdaniu wstępnym wyrazy "europejskie aprobaty techniczne" zastępuje się wyrazami "europejskich aprobat technicznych";
- 4) art. 9 ust. 1 – stanowi o podstawie obliczania szacunkowej wartości koncesji na roboty budowlane przyjmując, że będzie nią kwota uwzględniająca m.in. koszt robót budowlanych. W związku z tym przepisem nasuwa się wątpliwość, czy mówiąc o szacunkowej wartości koncesji przepis nie powinien odnosić się do szacunkowego (planowanego) kosztu robót budowlanych, podobnie jak czyni to art. 33 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, dotyczący ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane. Analogiczna uwaga dotyczy art. 9 ust. 2 opiniowanej ustawy, który stanowi o podstawie obliczania szacunkowej wartości koncesji na usługi.

Propozycja poprawki:

- w art. 9 w ust. 1 i 2 po wyrazie "uwzględnia" dodaje się wyraz "szacunkowy";
- 5) art. 13 ust. 1 zdanie wstępne – przepis ten stanowi, że wniosek o zawarcie umowy koncesji składa kandydat. Analizując zawarte w słowniczku ustawy definicje pojęć

"zainteresowany podmiot" oraz "kandydat" należy stwierdzić, że wniosek o zawarcie umowy składa zainteresowany podmiot, który dopiero od momentu założenia wniosku nazywany będzie kandydatem.

Propozycja poprawki:

- w art. 13:
  - a) w ust. 1 w zdaniu wstępnym wyraz "Kandydat" zastępuje się wyrazami "Zainteresowany podmiot",
  - b) w ust. 2 wyrazy "przez kandydata" zastępuje się wyrazami "przez zainteresowany podmiot" oraz wyrazy "kandydata o" zastępuje się wyrazami "go o";

- 6) art. 13 ust. 1 pkt 4 – wskazany przepis stanowi, że wniosek o zawarcie umowy koncesji zawiera w szczególności oświadczenie o spełnianiu opisanych w ogłoszeniu o koncesji warunków udziału w postępowaniu dotyczących m.in. braku prawomocnego skazania za określone w tym przepisie przestępstwa. Analizując inne zawarte w systemie prawnym przepisy stanowiące o braku prawomocnego skazania za przestępstwo należy stwierdzić, że mówiąc o tym fakcie ustawodawca zwykł posługiwać się sformułowaniem "niekaralność za przestępstwo". W związku z tym w poniższej poprawce proponuje się zastosowanie w przepisie formuły przyjętej w innych aktach prawnych.

Propozycja poprawki:

- w art. 13 w ust. 1 w pkt 4 wyrazy "braku prawomocnego skazania" zastępuje się wyrazem "niekaralności";
- 7) art. 13 ust. 1 pkt 5 – uwzględniając przewidziane w Zasadach techniki prawodawczej zasady formułowania przepisów zawierających wyliczenie, a także analizując treść wprowadzenia do wyliczenia, należy uznać, że pkt 5 w uchwalonym przez Sejm kształcie nie mieści się w zakresie wyliczenia zawartego w ust. 1. Wykładnia gramatyczna analizowanego przepisu prowadzi do konkluzji, że wniosek o zawarcie umowy koncesji zawiera w szczególności oświadczenie o spełnianiu opisanych w ogłoszeniu o koncesji warunków udziału w postępowaniu dotyczących innych, określonych przez koncesjodawcę, oświadczeń związanych z wykonywaniem przedmiotu koncesji. Jak się wydaje, wolą ustawodawcy jest, aby koncesjodawca mógł żądać od zainteresowanych podmiotów innych, aniżeli określonych w art. 13 ust. 1 zdanie wstępne, oświadczeń związanych z wykonywaniem przedmiotu koncesji. Możliwa jest również interpretacja zgodnie, z którą wolą ustawodawcy jest, aby oświadczenie o spełnianiu warunków

udziału w postępowaniu dotyczyło również innych niż wymienione w pkt 1 – 4, a określonych przez koncesjodawcę warunków udziału w postępowaniu. Mając na względzie wyeliminowanie wątpliwości interpretacyjnych oraz kierując się Zasadami techniki prawodawczej należałoby rozważyć wprowadzenie jednej z poniższych poprawek. Propozycje poprawek mają charakter alternatywny w zależności od przyjętej interpretacji.

Propozycja poprawki (przy założeniu, że wolą ustawodawcy jest umożliwienie domagania się dodatkowych oświadczeń):

- w art. 13:

a) w ust. 1 skreśla się pkt 5,

b) po ust. 1 dodaje się ust. 1a w brzmieniu:

"1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, powinien zawierać również inne oświadczenia związane z wykonywaniem przedmiotu koncesji w przypadku, gdy wymóg taki został przewidziany w ogłoszeniu o koncesji.",

c) w ust. 2 wyrazy "ust. 1" zastępuje się wyrazami "ust. 1 i 1a";

ALBO

Propozycja poprawki (przy założeniu, że wolą ustawodawcy jest, aby oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu dotyczyło również innych warunków):

- w art. 13 w ust. 1:

a) w zdaniu wstępnym po wyrazie "dotyczących" dodaje się wyrazy "co najmniej",

b) skreśla się pkt 5;

8) art. 16 ust. 2 – mając na uwadze, że w art. 15 ust. 2, do którego odsyła ustawodawca mowa jest zarówno o opisie warunków koncesji, jak i o opisie przedmiotu koncesji należałoby doprecyzować, że wskazany przepis dotyczy opisu warunków koncesji.

Propozycja poprawki:

- w art. 16 w ust. 2 po wyrazie "opisie" dodaje się wyrazy "warunków koncesji";

9) art. 18 ust. 3 – w przepisie tym dano oferentowi, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, możliwość polegania na zdolności innych podmiotów. Będzie on musiał w takiej sytuacji wykazać koncesjodawcy, że będzie dysponował środkami, zasobami lub uprawnieniami niezbędnymi do wykonywania koncesji. W związku z tym przepisem

nasuwa się wątpliwość co należy rozumieć przez "środki" i "zasoby" (w szczególności, czy należy to rozumieć, jako środki techniczne i zasoby ludzkie) oraz dlaczego nie posłużono się w tym przepisie formułą przyjętą przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych. W przepisie tym mówi się o możliwości wykorzystania **potencjału technicznego lub osób zdolnych do wykonania zamówienia** udostępnionych przez inny podmiot. Mając na uwadze wyeliminowanie możliwych wątpliwości interpretacyjnych oraz dążąc do zapewnienia spójności terminologicznej w ramach systemu prawa należałoby rozważyć wprowadzenie poprawki korelującej nomenklaturę art. 18 ust. 3 opiniowanej ustawy oraz wspomnianego przepisu ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Propozycja poprawki:

- w art. 18 w ust. 3 wyrazy "środkami, zasobami" zastępuje się wyrazami "potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania koncesji".

*Jakub Zabielski*

*Starszy legislator*