



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
VI kadencja
Prezes Rady Ministrów
RM 10-101-08

Druk nr 834
Warszawa, 17 lipca 2008 r.

Pan
Bronisław Komorowski
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Na podstawie art. 118 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. przedstawiam Sejmowi Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy

-o koncesji na roboty budowlane lub usługi wraz z projektem aktu wykonawczego.

W załączeniu przedstawiam także opinię dotyczącą zgodności proponowanych regulacji z prawem Unii Europejskiej.

Ponadto uprzejmie informuję, że do prezentowania stanowiska Rządu w tej sprawie w toku prac parlamentarnych został upoważniony Minister Infrastruktury.

(-) Donald Tusk

U S T A W A

z dnia

o koncesji na roboty budowlane lub usługi ^{1) 2)}

Rozdział 1

Przepisy ogólne

Art. 1. 1. Ustawa określa zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej.

2. Koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą, zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi w przypadku:

- 1) koncesji na roboty budowlane – wyłącznie prawo do korzystania z obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy;
- 2) koncesji na usługi – wyłącznie prawo do korzystania z usługi albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy.

3. Płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji.

Art. 2. Przepisy ustawy nie naruszają przepisów ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. Nr 169, poz. 1420) oraz ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571, z późn. zm.³⁾).

Art. 3. Ilekroć w ustawie jest mowa o:

- 1) zainteresowanym podmiocie – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej lub grupę takich podmiotów, zainteresowanych udziałem w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji;
- 2) koncesjonariuszu – należy przez to rozumieć zainteresowany podmiot, z którym zawarto umowę koncesji;
- 3) kandydacie – należy przez to rozumieć zainteresowany podmiot, który złożył wniosek o zawarcie umowy koncesji;
- 4) ofercie – należy przez to rozumieć zainteresowany podmiot, który złożył ofertę;
- 5) robotach budowlanych – należy przez to rozumieć roboty budowlane w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych;
- 6) dostawie – należy przez to rozumieć dostawę w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych;
- 7) usłudze – należy przez to rozumieć usługę w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych;
- 8) koncesjodawcy – należy przez to rozumieć podmiot, o którym mowa w art. 4, lub grupę takich podmiotów obowiązanych do stosowania ustawy;
- 9) postępowaniu o zawarcie umowy koncesji – należy przez to rozumieć postępowanie eliminacyjne wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji, którego celem jest dokonanie przez koncesjodawcę wyboru zainteresowanego podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Art. 4. Ustawę stosuje się do zawierania umowy koncesji przez:

- 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej;

- 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki;
- 3) państwowe jednostki budżetowe, zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych;
- 4) inne niż wymienione w pkt 1 – 3 podmioty, które ustanowione zostały w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadają osobowość prawną oraz:
 - a) finansowane są w ponad 50 % przez podmioty, o których mowa w pkt 1 lub 2,
 - b) których zarząd podlega nadzorowi ze strony podmiotów, o których mowa w pkt 1 lub 2, lub
 - c) w których ponad połowa członków organu zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez podmioty, o których mowa w pkt 1 lub 2;
- 5) inne niż wymienione w pkt 1 – 4 podmioty, które ustanowione zostały w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadają osobowość prawną oraz:
 - a) finansowane są w ponad 50 % przez podmioty, o których mowa w pkt 4,
 - b) których zarząd podlega nadzorowi ze strony podmiotów, o których mowa w pkt 4, lub
 - c) w których ponad połowa członków organu zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez podmioty, o których mowa w pkt 4.

Art. 5. 1. Przepisów art. 7 – 32 nie stosuje się w przypadku zawierania umowy koncesji:

- 1) objętych tajemnicą państwową zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych albo jeżeli ich wykona-

niu muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa albo jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów państwa,

- 2) której głównym celem jest oddanie do używania lub eksploatacja publicznych sieci telekomunikacyjnych lub świadczenie usług telekomunikacyjnych,
- 3) na podstawie szczególnej procedury organizacji międzynarodowej odmiennej od określonej w ustawie,
- 4) na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, dotyczącej stacjonowania wojsk, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury zawierania umowy koncesji,
- 5) na podstawie umowy międzynarodowej zawartej między Rzeczpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury zawierania umowy koncesji,
- 6) z zainteresowanym podmiotem, który z mocy prawa ma wyłączne prawo do wykonywania działalności będącej przedmiotem koncesji,
- 7) przez jednostkę samorządu terytorialnego, jednostki samorządu terytorialnego lub związek jednostek samorządu terytorialnego ze spółką kapitałową, o której mowa w przepisach o gospodarce komunalnej, jeżeli łącznie zachodzą następujące warunki:
 - a) działalność spółki dotyczy wykonywania na rzecz jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego oraz jest prowadzona wyłącznie na obszarze tych jednostek lub na obszarze, na którym jednostka samorządu

terytorialnego realizuje zadania publiczne przekazane jej w drodze porozumienia, o którym mowa w przepisach o samorządzie gminnym, samorządzie powiatowym lub samorządzie województwa,

b) spółka podlega kontroli jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającej na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami spółki,

c) wszystkie udziały lub akcje spółki należą do jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, lub

8) na usługi – jeżeli wymagają tego nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym, które mogą być związane w szczególności z zagrożeniem ciągłości realizowania zadania będącego przedmiotem koncesji na usługi, a których wystąpienia koncesjodawca dochowując należytej staranności nie mógł przewidzieć, z zastrzeżeniem ust. 2.

2. Zawierając umowę, o której mowa w ust. 1 pkt 8, wszczyna się postępowanie o zawarcie umowy koncesji. Umowa zawarta w trybie ust. 1 pkt 8 nie może obowiązywać dłużej niż do dnia zakończenia tego postępowania.

Art. 6. Do czynności podejmowanych przez koncesjodawcę i zainteresowane podmioty w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.⁴⁾), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Rozdział 2

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji

Art. 7. Koncesjodawca przygotowując i prowadząc postępowanie o zawarcie umowy koncesji, zwane dalej „postępowaniem”, jest obowiązany zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie zainteresowanych podmiotów, działać w sposób przejrzysty oraz z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Art. 8. 1. Koncesjodawca jest obowiązany dokonać opisu przedmiotu koncesji w sposób umożliwiający zainteresowanym podmiotom jednakowy dostęp do wykonywania koncesji oraz w sposób, który nie stwarza ograniczeń konkurencji w dostępie do wykonywania koncesji.

2. Opisu przedmiotu koncesji dokonuje się przez:

- 1) odniesienie do specyfikacji technicznej;
- 2) charakterystykę lub wymagania w zakresie funkcjonalności, pod warunkiem, że opis taki umożliwia zainteresowanym podmiotom ustalenie przedmiotu koncesji albo
- 3) częściowe odniesienie się do specyfikacji technicznej, o której mowa w pkt 1 oraz częściowe odniesienie się do charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności, o których mowa w pkt 2.

3. Specyfikacja techniczna, o której mowa w ust. 2 pkt 1, powinna zawierać odniesienia do norm przenoszących normy europejskie, europejskie aprobaty techniczne, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku – do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych odnoszących się do projektowania, obliczania, realizacji robót, a także wykorzystania produktów oraz powinna zawierać przyjętą procedurę oceny zgodności oferty z wymaganiami koncesjodawcy, a ponadto:

- 1) w przypadku robót budowlanych – powinna dotyczyć całości zaleceń technicznych określających wymagane cechy materiału lub dostawy, w szczególności poziomu oddziaływania na środowisko, dostosowania do potrzeb wszystkich użytkowników, funkcjonalności, bezpieczeństwa, wymiarów, procedury dotyczącej zapewnienia jakości, metod produkcji, a także zasad dotyczących projektowania i kosztorysowania, warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych, metod i technik budowy oraz innych warunków technicznych, które koncesjodawca może określić zgodnie z odrębnymi przepisami;
- 2) w przypadku usług – powinna dotyczyć wymaganych cech usługi, w szczególności poziomu jakości, poziomu oddziaływania na środowisko, dostosowania do potrzeb wszystkich użytkowników.

4. Opis przedmiotu koncesji nie może zawierać znaków towarowych, patentów, oznaczenia typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania zainteresowanego podmiotu z postępowania. Opis taki jest dopuszczalny w uzasadnionych przypadkach, gdy koncesjodawca nie może opisać przedmiotu koncesji zgodnie z ust. 3, a opisowi takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Art. 9. 1. Gdy opis przedmiotu koncesji został dokonany za pomocą specyfikacji technicznej, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 1, a roboty budowlane lub usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne z tą specyfikacją, koncesjodawca nie może uznać oferty za nieodpowiadającą wymaganiom, jeżeli oferent uzasadni w ofercie, że proponowane przez niego rozwiązania są równoważne w stosunku do wymagań określonych w specyfikacji technicznej.

2. Gdy opis przedmiotu koncesji został dokonany za pomocą charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności, o których mowa w art. 8 ust. 2 pkt 2, koncesjodawca nie może uznać oferty za nieodpowiadającą wymaganiom, jeżeli oferent uzasadni w ofercie, że oferowane przez niego robo-

ty budowlane lub usługi są zgodne z normami przenoszącymi normy europejskie, europejskimi aprobatami technicznymi, wspólnymi specyfikacjami technicznymi, normami międzynarodowymi lub innymi systemami referencji technicznych ustanowionymi przez europejskie organy normalizacyjne oraz gdy odpowiadają one charakterystyce lub wymaganiom w zakresie funkcjonalności określonym przez koncesjodawcę.

Art. 10. 1. Podstawą obliczenia szacunkowej wartości koncesji na roboty budowlane jest, ustalona przez koncesjodawcę z należytą starannością, kwota niezawierająca podatku od towarów i usług, która uwzględnia koszt robót budowlanych oraz szacunkową całkowitą wartość dostaw niezbędnych do ich wykonania oddanych przez koncesjodawcę do dyspozycji koncesjonariusza, bez względu na planowany sposób zapłaty wynagrodzenia koncesjonariusza.

2. Podstawą obliczenia szacunkowej wartości koncesji na usługi jest, ustalona przez koncesjodawcę z należytą starannością, kwota niezawierająca podatku od towarów i usług, która uwzględnia koszt świadczonych usług, bez względu na planowany sposób zapłaty wynagrodzenia koncesjonariusza.

Art. 11. 1. Koncesjodawca wszczyna postępowanie przez publikację ogłoszenia o koncesji.

2. Koncesjodawca zamieszcza ogłoszenie o koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych, udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych.

3. Koncesjodawca przesyła ogłoszenie o koncesji na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy, oraz zgodnie z wzorem określonym w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005, str. 1).

4. Niezwłocznie po zamieszczeniu ogłoszenia o koncesji na usługi lub po przesłaniu ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane, koncesjodawca zamieszcza także odpowiednie ogłoszenie o koncesji w miejscu powszechnie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej, o ile taką posiada.

5. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wzór ogłoszenia o koncesji na usługi, zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, mając na względzie zakres wymaganych ustawą informacji, które powinna zawierać treść ogłoszenia o koncesji.

Art. 12. Ogłoszenie o koncesji zawiera w szczególności:

- 1) nazwę (firmę) i adres koncesjodawcy;
- 2) określenie przedmiotu koncesji;
- 3) miejsce i termin składania wniosków o zawarcie umowy koncesji;
- 4) opis potrzeb i wymagań koncesjodawcy lub informację o sposobie uzyskania tego opisu;
- 5) termin wykonania przedmiotu koncesji, o ile jest to podyktowane specyfiką zawieranej umowy koncesji;
- 6) warunki udziału oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 7) informację o dokumentach składanych przez oferenta, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą albo oferenta, który złoży najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, o którym mowa w art. 22 ust. 3, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału;
- 8) informację na temat wadium, o ile jego wniesienie jest wymagane;
- 9) kryteria oceny ofert, jakimi koncesjodawca będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej oraz, o ile to możliwe, ich znaczenie;

- 10) warunki uznania oferty za nieodpowiadającą wymaganiom koncesjodawcy, skutkujące niedopuszczeniem oferty do oceny i porównania;
- 11) okoliczności uzasadniające odwołanie postępowania.

Art. 13. 1. Jeżeli wartość przedmiotu koncesji jest mniejsza od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, termin składania wniosków o zawarcie umowy koncesji nie może być krótszy niż 21 dni od dnia, odpowiednio, zamieszczenia ogłoszenia o koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przesłania ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Termin ten może zostać skrócony do 14 dni ze względu na konieczność pilnego zawarcia umowy koncesji.

2. Jeżeli wartość przedmiotu koncesji jest równa lub przekracza równowartość kwoty, o której mowa w ust. 1, termin składania wniosków o zawarcie umowy koncesji nie może być krótszy niż 45 dni od dnia, odpowiednio, zamieszczenia ogłoszenia o koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przesłania ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Art. 14. 1. Kandydat składa wniosek o zawarcie umowy koncesji, zwany dalej „wnioskiem”, zawierający oświadczenie o zgłoszeniu udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o spełnianiu opisanych w ogłoszeniu o koncesji warunków udziału dotyczących:

- 1) zdolności ekonomicznej i finansowej;
- 2) kwalifikacji technicznych lub zawodowych, w tym:
 - a) posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
 - b) dysponowania potencjałem technicznym,

- c) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu koncesji;
- 3) uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;
- 4) braku prawomocnego skazania zainteresowanego podmiotu albo wspólnika, partnera, komplementariusza, członka zarządu zainteresowanego podmiotu, za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji lub postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- 5) innych, określonych przez koncesjodawcę oświadczeń związanych z wykonywaniem przedmiotu koncesji.

2. W przypadku niezłożenia przez kandydata oświadczeń, o których mowa w ust. 1, lub złożenia ich w niepełnym zakresie, koncesjodawca informuje kandydata o nieprzyjęciu wniosku.

Art. 15. 1. Koncesjodawca zaprasza do udziału w negocjacjach kandydatów, którzy złożyli wnioski zgodnie z art. 14 ust. 1.

2. Prowadzone negocjacje mogą dotyczyć wszystkich aspektów koncesji, w tym aspektów technicznych, finansowych i prawnych.

3. O zakończeniu negocjacji koncesjodawca informuje wszystkich kandydatów. Protokół z prowadzonych negocjacji jest jawny.

4. W wyniku przeprowadzonych negocjacji koncesjodawca może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań określonych w ogłoszeniu o koncesji.

Art. 16. 1. Koncesjodawca zaprasza do złożenia ofert kandydatów, z którymi prowadził negocjacje przesyłając im opis warunków koncesji.

2. Opis warunków koncesji zawiera w szczególności:
 - 1) nazwę (firmę) i adres koncesjodawcy;
 - 2) opis przedmiotu koncesji;
 - 3) miejsce i termin składania ofert;
 - 4) termin związania ofertą;
 - 5) termin wykonania przedmiotu koncesji, o ile jest to podyktowane specyfiką koncesji;
 - 6) określenie opłat za korzystanie z przedmiotu koncesji przez koncesjonariusza lub podmioty trzecie lub sposób ich ustalania, o ile jest to podyktowane specyfiką koncesji;
 - 7) warunki udziału oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
 - 8) informację o dokumentach składanych przez zainteresowany podmiot, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału;
 - 9) informację na temat wadium, o ile obowiązek jego wniesienia był przewidziany w ogłoszeniu o koncesji;
 - 10) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
 - 11) warunki uznania oferty za niespełniającą wymagań koncesjodawcy, skutkujące niedopuszczeniem oferty do oceny i porównania;
 - 12) okoliczności uzasadniające odwołanie postępowania;

13) pouczenie o prawie do wniesienia skargi na czynności podejmowane przez koncesjodawcę w trakcie postępowania.

3. Koncesjodawca wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

Art. 17. 1. Koncesjodawca może żądać od oferentów złożenia wyjaśnień, sprecyzowania lub dopracowania złożonych ofert.

2. Wyjaśnienie, sprecyzowanie, dopracowanie lub dodatkowe informacje nie mogą prowadzić do zmiany oferty lub warunków zawartych w opisie, o którym mowa w art. 16 ust. 2, która mogłaby prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub mogłaby mieć charakter dyskryminacyjny.

Art. 18. 1. Koncesjodawca wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków koncesji, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w tym opisie.

2. Koncesjodawca może prowadzić postępowanie także w przypadku, gdy wpłynęła tylko jedna oferta.

3. Kryteriami, na podstawie których koncesjodawca wybiera ofertę, mogą być w szczególności: czas trwania koncesji, wysokość współfinansowania przedmiotu koncesji ze środków oferenta, koszty użytkowania przedmiotu koncesji, wysokość opłaty za usługę świadczoną na rzecz osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji, jakość wykonania, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, rentowność, termin wykonania przedmiotu koncesji.

4. Kryteria oceny ofert w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane mogą dotyczyć również właściwości zainteresowanego podmiotu.

5. Koncesjodawca informuje oferentów o wyborze oferty najkorzystniejszej podając uzasadnienie. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej zawiera również powody niedopuszczenia ofert do oceny i porównania.

Art. 19. 1. Z zastrzeżeniem ust. 2, oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest obowiązany w terminie wskazanym przez koncesjodawcę złożyć wskazane w ogłoszeniu o koncesji dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

2. Oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą może udowodnić swą sytuację ekonomiczną i finansową za pomocą każdego innego dokumentu, który koncesjodawca uzna za odpowiedni, jeżeli z jakiegokolwiek uzasadnionej przyczyny, nie może przedstawić dokumentów wymaganych przez koncesjodawcę.

3. Oferent, w zakresie spełniania warunków, określonych w art. 16 ust. 2 pkt 7, może polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji wykazać koncesjodawcy, że będzie dysponował środkami, zasobami lub uprawnieniami niezbędnymi do wykonania koncesji. Oferent przedstawia w tym celu stosowne zobowiązania tych podmiotów w zakresie realizacji koncesji.

Art. 20. 1. Koncesjodawca odwołuje postępowanie, o ile zaistnieją okoliczności przewidziane w ogłoszeniu o koncesji.

2. Zastrzeżenie w ogłoszeniu o koncesji możliwości odwołania postępowania bez podania przyczyn jest nieważne.

Art. 21. Koncesjodawca sporządza protokół z postępowania zawierający w szczególności:

- 1) określenie daty wszczęcia postępowania oraz miejsca, w którym opublikowano ogłoszenie o koncesji;
- 2) określenie przedmiotu koncesji;
- 3) wskazanie kandydatów, z którymi koncesjodawca prowadził negocjacje oraz przyczyn niezaproszenia do negocjacji innych kandydatów;
- 4) streszczenie oceny i porównania ofert;

- 5) informację o ofercie najkorzystniejszej oraz informację dotyczącą oceny kolejnych złożonych ofert, poczynając od oferty ocenionej najwyżej;
- 6) okoliczności uzasadniające niedopuszczenie do oceny i porównania oferty;
- 7) okoliczności uzasadniające odwołanie postępowania.

Rozdział 3

Umowa koncesji

Art. 22. 1. Z zastrzeżeniem ust. 2, koncesjodawca zawiera umowę z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie wcześniej niż w terminie 10 dni od dnia przesłania oferentom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej faksem lub drogą elektroniczną, a w przypadku przesłania informacji w inny sposób – nie wcześniej niż w terminie 15 dni od dnia jej przesłania.

2. Zachowanie terminu określonego w ust. 1, nie jest wymagane, gdy w postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta lub gdy wartość przedmiotu koncesji jest mniejsza od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane.

3. Jeżeli oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, w szczególności przez niezłożenie wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, koncesjodawca może zawrzeć umowę z oferentem, który złożył najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków koncesji.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, koncesjodawca zachowuje pobraną od oferenta uchylającego się od zawarcia umowy kwotę pie-

nieżną z tytułu wadium albo dochodzi zaspokojenia tej kwoty z przedmiotu zabezpieczenia, o ile wniesienie wadium było wymagane.

5. Umowa koncesji wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Art. 23. Umowa koncesji zawiera w szczególności:

- 1) określenie przedmiotu koncesji;
- 2) termin wykonania przedmiotu koncesji;
- 3) okres obowiązywania koncesji;
- 4) sposób wynagrodzenia koncesjonariusza;
- 5) określenie płatności koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza;
- 6) wskazanie i podział ryzyka między koncesjodawcę a koncesjonariusza związanych z wykonywaniem przedmiotu koncesji;
- 7) warunki i sposób udostępnienia koncesjonariuszowi składników majątkowych niezbędnych do wykonania przedmiotu koncesji;
- 8) opłaty lub sposób ustalania ich wysokości, pobierane przez koncesjonariusza od osób trzecich z tytułu korzystania z przedmiotu koncesji;
- 9) normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy wykonywaniu przedmiotu koncesji;
- 10) warunki dopuszczalności podwykonawstwa;
- 11) uprawnienia koncesjodawcy w zakresie kontroli wykonywania koncesji przez koncesjonariusza;
- 12) warunki przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania umowy;
- 13) warunki i sposób rozwiązania umowy koncesji;
- 14) warunki i zakres odpowiedzialności stron z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy koncesji;

- 15) warunki i zakres ubezpieczeń wykonywania przedmiotu koncesji;
- 16) wykaz dokumentów, jakie strony umowy są obowiązane uzyskać lub dostarczyć w celu realizacji umowy wraz z podaniem terminów, w jakich powinno to nastąpić;
- 17) tryb i warunki rozwiązywania sporów związanych z realizacją umowy.

Art. 24. 1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której zawarto umowę koncesji, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy.

2. Zmiana umowy koncesji dokonana z naruszeniem ust. 1 jest nieważna.

Art. 25. 1. Okres, na który zostaje zawarta umowa koncesji powinien uwzględniać amortyzację nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji i nie może być dłuższy niż:

- 1) w przypadku koncesji na roboty budowlane – 30 lat;
- 2) w przypadku koncesji na usługi – 15 lat.

2. W przypadku, gdy przewidziany okres amortyzacji nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji jest dłuższy niż okres, o którym mowa w ust. 1, oraz w uzasadnionym przypadku dotyczącym realizacji inwestycji infrastrukturalnej, umowa może zostać zawarta na okres dłuższy.

3. W przypadku zawarcia umowy na okres dłuższy niż określony w ust. 1 z naruszeniem zasad określonych w ust. 2, uznaje się, że umowa jest zawarta odpowiednio na okres 30 lub 15 lat.

Art. 26. 1. Koncesjodawca może zawrzeć z koncesjonariuszem dodatkową umowę na wykonanie robót budowlanych nieobjętych koncesją, jeżeli z uwagi na okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawiera-

nia umowy koncesji, stały się one niezbędne do wykonania określonego w koncesji obiektu budowlanego w przypadku, gdy roboty budowlane:

- 1) ze względów technicznych lub ekonomicznych nie mogą zostać oddzielone od przedmiotu objętego koncesją w sposób nieuciążliwy dla koncesjodawcy lub
- 2) mogą zostać oddzielone od wykonania przedmiotu objętego koncesją, ale są bezwzględnie niezbędne do jego zakończenia.

2. Łączna wartość dodatkowej umowy na roboty budowlane nie może przekroczyć 50 % wartości koncesji.

3. Umowa zawarta z naruszeniem ust. 1 lub ust. 2 jest nieważna.

Art. 27. Do udzielania przez koncesjonariuszy zamówień publicznych w celu wykonania przedmiotu koncesji stosuje się art. 131 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Rozdział 4

Skarga

Art. 28. 1. Zainteresowanemu podmiotowi, którego interes prawny w zawarciu umowy koncesji doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia skargi do sądu administracyjnego, jeżeli wartość przedmiotu koncesji jest równa lub przekracza równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane.

2. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się przepisy ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu

przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270, z późn. zm.⁵⁾), jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

Art. 29. 1. Skargę wnosi się do wojewódzkiego sądu administracyjnego właściwego dla siedziby koncesjodawcy w terminie 10 dni od dnia, w którym skarżący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć informację o czynności podjętej przez koncesjodawcę w sprawie.

2. Od pism wszczynających postępowanie przed sądem administracyjnym pobiera się wpis stosunkowy w wysokości określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 233 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

3. Skargę do sądu wnosi się za pośrednictwem koncesjodawcy, którego czynność jest przedmiotem skargi.

4. Koncesjodawca, o którym mowa w ust. 3, przekazuje skargę sądowi wraz z aktami sprawy i odpowiedzią na skargę w terminie 10 dni od dnia jej wniesienia.

5. Koncesjodawca, którego czynność zaskarżono, może w zakresie swojej właściwości uwzględnić skargę w całości do dnia rozpoczęcia rozprawy.

Art. 30. 1. Z zastrzeżeniem ust. 2, wniesienie skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wstrzymuje prawo do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do czasu ogłoszenia orzeczenia w sprawie przez wojewódzki sąd administracyjny.

2. Na wniosek koncesjodawcy, wojewódzki sąd administracyjny na posiedzeniu niejawnym, może, w drodze postanowienia, wyrazić zgodę na zawarcie umowy koncesji. Wyrażenie zgody jest dopuszczalne, jeżeli negatywne konsekwencje wstrzymania zawarcia umowy dla interesu publicznego mogłyby przewyższyć wynikające z tego korzyści dla ochrony wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.

3. Na postanowienie, o którym mowa w ust. 2, nie przysługuje zażalenie.

Art. 31. 1. Sąd nie może orzekać co do zarzutów i wniosków, które nie były zawarte w skardze.

2. Sąd, uwzględniając skargę, uchyla czynności podjęte przez koncesjodawcę, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji.

3. W przypadku zawarcia umowy koncesji, w trybie art. 30 ust. 2, sąd, uwzględniając skargę, może odstąpić od uchylecia czynności koncesjodawcy podjętych w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, w uzasadnionych przypadkach, w których uchYLECIE Czynności mogłoby wywołać niewspółmierne negatywne skutki dla interesu publicznego.

4. W przypadku odstąpienia od uchylecia czynności koncesjodawcy z przyczyn wskazanych w ust. 3, skarżącemu, który poniósł szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji, przysługuje roszczenie o odszkodowanie na zasadach określonych w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.

5. W przypadku zawarcia umowy koncesji po ogłoszeniu orzeczenia przez wojewódzki sąd administracyjny, przepisy ust. 3 i 4 stosuje się odpowiednio.

Art. 32. Sąd rozpoznaje skargę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia otrzymania akt wraz z odpowiedzią na skargę.

Rozdział 5

Zmiany w przepisach obowiązujących

Art. 33. W ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115, z późn. zm.⁶⁾) w art. 13a dodaje się pkt 5 w brzmieniu:

„5) na zasadach określonych w ustawie z dnia ... o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr ... , poz. ...)”.

Art. 34. W ustawie z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571, z późn. zm.³⁾) po art. 1 dodaje się art. 1a w brzmieniu:

„Art. 1a. Autostrady i drogi ekspresowe określone w przepisach wydanych na podstawie art. 1 ust. 2 i 4, mogą być budowane i eksploatowane albo wyłącznie eksploatowane na zasadach określonych w ustawie z dnia ...o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr ... ,poz. ...)”.

Art. 35. W ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43, z późn. zm.⁷⁾) w art. 3 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Jednostki samorządu terytorialnego mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, w drodze umowy na zasadach ogólnych – z uwzględnieniem przepisów o finansach publicznych lub, odpowiednio, przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi, przepisów o zamówieniach publicznych i przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.”.

Art. 36. W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 2 uchyla się pkt 4;

2) w art. 3 w ust. 1 pkt 7 otrzymuje brzmienie:

„7) podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia ... o kon-

cesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr ..., poz. ...), w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.”;

3) w art. 4 dodaje się pkt 12 w brzmieniu:

„12) koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi w rozumieniu ustawy z dnia ... o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr ..., poz. ...)”;

4) w Dziale III tytuł rozdziału 4 otrzymuje brzmienie: „Rozdział 4. Udzielanie zamówień przez koncesjonariuszy robót budowlanych”;

5) uchyla się art. 128 – 130;

6) w art. 131 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Podmiot, z którym zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie przepisów ustawy z dnia ... o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr ..., poz. ...), zwany dalej „koncesjonariuszem”, który jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 – 3a i 5, jest obowiązany stosować przepisy ustawy do udzielania zamówień wynikających z wykonywania koncesji.”;

7) w art. 142 w ust. 4 uchyla się pkt 4.

Art. 37. W ustawie z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. Nr 169, poz. 1420) art. 14 otrzymuje brzmienie:

„Art. 14. Do wyboru partnera prywatnego i umów o partnerstwie publiczno-prywatnym w zakresie nieuregulowanym w ustawie stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia ... o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr...,

poz. ...) albo ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr, poz.), zwanej dalej „ustawą – Prawo zamówień publicznych”, z wyjątkiem art. 55, art. 91 ust. 3, art. 142 ust. 2, art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 144 w zakresie, w jakim specyfikacja wyboru partnera prywatnego określa warunki zmiany lub uzupełnienia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, a także art. 145.”.

Rozdział 6

Przepisy przejściowe i końcowe

Art. 38. 1. Do postępowań o udzielenie koncesji wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, stosuje się przepisy dotychczasowe.

2. Do wykonywania koncesji udzielonych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych stosuje się przepisy dotychczasowe.

Art. 39. Ustawa wchodzi w życie po upływie 21 dni od dnia ogłoszenia.

¹⁾ Niniejsza 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 (Dz. Urz. L 134 z 30.4.2004, str. 114).

²⁾ Niniejszą ustawą zmienia się ustawy: z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym, z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

³⁾ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2004 r. Nr 273, poz. 2703, z 2005 r. Nr 155, poz. 1297 i Nr 172, poz. 1440, z 2006 r. Nr 12, poz. 61 oraz z 2007 r. Nr 23, poz. 136 i Nr 99, poz. 666.

- ⁴⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1971 r. Nr 27, poz. 252, z 1976 r. Nr 19, poz. 122, z 1982 r. Nr 11, poz. 81, Nr 19, poz. 147 i Nr 30, poz. 210, z 1984 r. Nr 45, poz. 242, z 1985 r. Nr 22, poz. 99, z 1989 r. Nr 3, poz. 11, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, Nr 55, poz. 321 i Nr 79, poz. 464, z 1991 r. Nr 107, poz. 464 i Nr 115, poz. 496, z 1993 r. Nr 17, poz. 78, z 1994 r. Nr 27, poz. 96, Nr 85, poz. 388 i Nr 105, poz. 509, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1996 r. Nr 114, poz. 542, Nr 139, poz. 646 i Nr 149, poz. 703, z 1997 r. Nr 43, poz. 272, Nr 115, poz. 741, Nr 117, poz. 751 i Nr 157, poz. 1040, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 117, poz. 758, z 1999 r. Nr 52, poz. 532, z 2000 r. Nr 22, poz. 271, Nr 74, poz. 855 i 857, Nr 88, poz. 983 i Nr 114, poz. 1191, z 2001 r. Nr 11, poz. 91, Nr 71, poz. 733, Nr 130, poz. 1450 i Nr 145, poz. 1638, z 2002 r. Nr 113, poz. 984 i Nr 141, poz. 1176, z 2003 r. Nr 49, poz. 408, Nr 60, poz. 535, Nr 64, poz. 592 i Nr 124, poz. 1151, z 2004 r. Nr 91, poz. 870, Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1692, Nr 172, poz. 1804 i Nr 281, poz. 2783, z 2005 r. Nr 48, poz. 462, Nr 157, poz. 1316 i Nr 172, poz. 1438, z 2006 r. Nr 133, poz. 935 i Nr 164, poz. 1166 oraz z 2007 r. Nr 80, poz. 538, Nr 82, poz. 557 i Nr 181, poz. 1287.
- ⁵⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2004 r. Nr 162, poz. 1692, z 2005 r. Nr 94, poz. 788, Nr 169, poz. 1417, Nr 250, poz. 2118 i Nr 264, poz. 2205, z 2006 r. Nr 38, poz. 268, Nr 208, poz. 1536 i Nr 217, poz. 1590 oraz z 2007 r. Nr 120, poz. 818, Nr 121 poz. 831.
- ⁶⁾ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2007 r. Nr 23, poz. 136 i Nr 192, poz. 1381 oraz z 2008 r. Nr 54 poz. 326.
- ⁷⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1997 r. Nr 106, poz. 679 i Nr 121, poz. 770, z 1998 r. Nr 106, poz. 668, z 2002 r. Nr 113, poz. 984 oraz z 2003 r. Nr 96, poz. 874 i Nr 199, poz. 1937.

UZASADNIENIE

I. ZAŁOŻENIA OGÓLNE

Celem projektu ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi 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.

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej i związana z tym możliwość wykorzystywania środków pochodzących z funduszy strukturalnych znacznie poprawiło zdolność administracji do realizowania zadań publicznych. Korzyści płynące z dostępu do większych środków nie rozwiązują jednakże kwestii związanych ze sposobami ich wydatkowania.

Obowiązkiem władz jest, więc przyjęcie takich regulacji, które z jednej strony zabezpieczą interes publiczny oraz uwzględnią obowiązujące prawo, zarówno krajowe jak i wspólnotowe, z drugiej otworzą możliwie szerokie spektrum działalności pozwalające łączyć wiedzę, doświadczenie i kapitał publiczny z prywatnym.

Właściwe połączenie i wykorzystanie możliwości administracji oraz sektora prywatnego, które może przyjmować różnorodne formy w zależności od realizowanego „zadania”, stwarza największe szanse powodzenia wspólnych przedsięwzięć.

Najbardziej powszechnym sposobem realizacji zadań publicznych jest ich powierzanie do wykonania zgodnie z przepisami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przewiduje, że jedną z możliwości realizacji zadań publicznych jest ich wykonywanie w drodze koncesji na roboty budowlane.

Mimo, że regulacje te istnieją od 2004 r. tj. od dnia przyjęcia ustawy rynek koncesji na roboty budowlane pozostaje niewykorzystany.

Wydaje się, że jednym z powodów takiego stanu rzeczy jest fakt, że przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, choć przewidują odrębny rozdział poświęcony koncesji na roboty budowlane (rozdział 4), to procedura

ich udzielania nie odbiega od procedur udzielania zamówień publicznych (art. 129 ust. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych).

Dodatkowo w obowiązującym polskim porządku prawnym nie przewiduje się możliwości udzielania koncesji na usługi.

Należy zauważyć, że prawo wspólnotowe przewiduje możliwość powierzenia realizacji zadań publicznych na podstawie koncesji. Definicje koncesji są przewidziane w dyrektywie 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, zwanej dalej Dyrektywą. W przypadku zamówienia publicznego na roboty budowlane Dyrektywa reguluje w sposób szczegółowy postępowania zamawiającego mające na celu wyłonienie zainteresowanego podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa. Odmiennie jest w przypadku koncesji na roboty budowlane. Regulacja ta jest ograniczona. Przede wszystkim, zakresem Dyrektywy objęte są koncesje na roboty budowlane, których wartość wynosi co najmniej 5 150 000 euro. W przypadku takiej koncesji zamawiający ma obowiązek stosowania przepisów Dyrektywy dotyczących w szczególności publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz wyznaczenia odpowiedniego terminu na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dyrektywa nie reguluje przebiegu postępowania o zawarcie umowy koncesji, pozostawiając w tym zakresie swobodę państwom członkowskim. Wybór koncesjonariusza może więc mieć miejsce w trybie procedury przewidzianej w Dyrektywie (otwartej, ograniczonej, dialogu konkurencyjnym lub negocjacji z ogłoszeniem) bądź innej przewidzianej prawem krajowym. Dyrektywa wymaga jedynie, aby został przy tym zachowany minimalny termin składania wniosków o zawarcie umowy koncesji.

Koncesje na usługi zostały w ogóle wyłączone spod obowiązku stosowania Dyrektywy i podlegają jedynie ogólnym zasadom wynikającym z Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), tj.:

- 1) zasady swobodnego przepływu towarów (art. 28 TWE),
- 2) zasady swobody świadczenia usług (art. 43 TWE),
- 3) zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej (art. 49 TWE),

oraz wynikającym z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasadom:

- 1) niedyskryminacji,
- 2) równego traktowania,
- 3) przejrzystości,
- 4) wzajemnego uznawania oraz
- 5) proporcjonalności.

Oznacza to, że w odróżnieniu od rygorystycznych procedur udzielania zamówień publicznych ustanowionych w przepisach Dyrektywy państwa członkowskie Unii Europejskiej mają dużą swobodę w kształtowaniu przepisów krajowych w zakresie wyboru koncesjonariusza.

Niektóre państwa członkowskie skorzystały z możliwości przewidzianych prawem wspólnotowym przez wprowadzenie odrębnych regulacji dotyczących koncesji. Takie regulacje przewiduje ustawodawstwo m.in.: Francji, Włoch, Hiszpanii, Czech, czy Bułgarii.

W celu odblokowania funkcjonowania systemu koncesji na roboty budowlane oraz stworzenia nowej instytucji jaką są koncesje na usługi, postuluje się w przedmiotowym projekcie ustawy stworzenie nowej elastycznej regulacji obejmującej kompleksowo obie instytucje.

Rozwiązania przyjęte w projekcie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi powinny, obok rozwiązań już istniejących w ustawie – Prawo zamówień publicznych lub przepisów o partnerstwie publiczno-prywatnym stanowić podstawę do nawiązywania współpracy sektorów – publicznego i prywatnego.

Wprowadzenie do porządku prawnego regulacji dotyczących koncesji na roboty budowlane i koncesji na usługi przyczyni się do poszerzenia prawnych możliwości realizacji zadań publicznych. Projekt ustawy określa w sposób przejrzysty i możliwie elastyczny, przy równoczesnym zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, metody wyboru podmiotu prywatnego, który będzie realizował określone zadanie publiczne.

Należy wyraźnie zaznaczyć, że koncesje nie stanowią formy prywatyzacji zadań publicznych. Podmioty publiczne w dalszym ciągu pozostają odpo-

wiedzialne za ich realizację. Koncesja jest jedynie metodą ich wykonywania, w której ryzyko ekonomiczne powodzenia przedsięwzięcia w zasadniczej części zostaje przeniesione na podmiot prywatny. Jest to najistotniejszy element odróżniający koncesje od sensu stricte zamówienia publicznego. W zamówieniu publicznym mamy do czynienia ze stosunkiem między zamawiającym a wykonawcą, który w zamian za z góry określone wynagrodzenie wykonuje określone świadczenie na rzecz zamawiającego. Oznacza to, że całość ryzyka ekonomicznego powodzenia przedsięwzięcia jest ponoszona przez zamawiającego.

Nie wszystkie rodzaje działalności mogą być realizowane w formie koncesji. Znajdzie ona zastosowanie w przypadkach, w których odbiorcą świadczenia mogą być osoby trzecie, tj. faktyczni użytkownicy przedmiotu koncesji.

W sytuacji, gdy odbiorcą świadczenia jest podmiot, który to świadczenie zamawia, będziemy mieli do czynienia z zamówieniem publicznym.

Zatem projekt ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi nie uchybi przepisom ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Dzięki przewidzianym w projekcie rozwiązaniom, decyzję dotyczącą formy realizacji spoczywającego na nim obowiązku podmiot publiczny będzie podejmował uzależniając ją od:

- 1) odbiorcy świadczenia,
- 2) możliwości finansowych, organizacyjnych i technicznych będących w jego dyspozycji,
- 3) rzeczywistych potrzeb związanych z wykonaniem świadczenia.

Decyzja podmiotu publicznego dotycząca trybu wyboru wykonawcy przedmiotu koncesji powinna być starannie przeanalizowana. W przypadku bowiem, gdyby doszło do zawarcia umowy – koncesji – z zainteresowanym podmiotem wyłonionym w trybie przepisów projektu ustawy, a w rzeczywistości nie istniałyby przesłanki uzasadniające zawarcie umowy koncesji, zwłaszcza przesłanka dotycząca przeniesienia zasadniczej części ryzyka na koncesjonariusza, przez takie działanie udzielający zamówienia naruszyłby przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych. W takim bowiem przypadku udzielający zamówienia byłby zobligowany do stosowania przepisów

tej ustawy. Zgodnie z przepisami działu VII ustawy – Prawo zamówień publicznych (art. 201 ust. 1 pkt 1 lit. c) kto udziela zamówienia bez stosowania ustawy podlega karze pieniężnej.

Dzięki włączeniu w proces wykonywania zadań publicznych partnerów prywatnych, którzy przejmą na siebie część kosztów realizacji przedsięwzięć powinny wzrosnąć możliwości finansowe podmiotów publicznych.

Przewidziane w projekcie ustawy rozwiązania, nowatorskie na gruncie prawa polskiego, znane są prawu wspólnotowemu, co pozwala wykorzystać dobre praktyki istniejące w innych państwach Unii Europejskiej, przenosząc je do krajowego porządku prawnego.

Modele realizacji zadań publicznych w formie koncesji wyraźnie przewidziane są w prawie Unii Europejskiej m.in. w Dyrektywie, jak również w przyjętym w grudniu 2007 r. rozporządzeniu 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r. dotyczącym usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającym rozporządzenia 1191/69/EWG i 1107/70/EWG.

Dotychczasowy brak kompleksowego uregulowania kwestii zawierania umowy koncesji w rzeczywistości pozbawia polskie podmioty możliwości korzystania z tej metody realizacji zadań publicznych.

1. Pojęcie koncesji

U podstaw koncesji leży przekonanie, że zaangażowanie środków prywatnych i wykorzystanie potencjału podmiotów prywatnych może znacznie poszerzyć możliwości wykonywania zadań publicznych oraz wpływać na poprawę dostępności i jakości usług publicznych.

Biorąc pod uwagę fakt, że proponowana regulacja musi być zgodna z prawem Unii Europejskiej, uwzględnia ona Dyrektywę, jak również dorobek orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie.

Zgodnie z definicją przewidzianą w projekcie koncesja jest umową o charakterze odpłatnym w której, koncesjonariusz zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem. Dodatkowo wskazuje się, że wynagrodzeniem może być:

- 1) w przypadku koncesji na roboty budowlane – wyłącznie prawo do korzystania z obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy,
- 2) w przypadku koncesji na usługi – wyłącznie prawo do korzystania z usługi, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy.

Definicja ta jest wzorowana na postanowieniach Dyrektywy. Wyróżnia ona koncesje na roboty budowlane i koncesje na usługi i podaje ich definicje odpowiednio w art. 1 ust. 2 i 3 projektu.

Koncesja oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za wykonanie roboty budowlanej lub świadczenie usługi stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiego obiektu budowlanego lub usługi, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy.

Koncesja jest więc swego rodzaju zamówieniem publicznym, wiąże się bowiem z powierzaniem wykonania zadania publicznego podmiotowi trzeciemu. Jednakże w sposób zasadniczy różni się sposobem jego realizacji oraz charakterem wynagrodzenia wykonawcy. Dlatego też zawarcie umowy koncesji podlega zasadniczo odmiennym regulacjom od tych przewidzianych dla zamówień publicznych sensu stricto.

W definicji wynagrodzenia za realizację przedmiotu koncesji poza prawem do korzystania z przedmiotu koncesji mowa jest o możliwości płatności. W pojęciu prawa do korzystania z przedmiotu koncesji mieści się prawo do pobierania pożytków rzeczy i pożytków prawa, w tym prawo do pobierania opłat przez koncesjonariusza od osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji w okresie przysługującego mu uprawnienia. Płatność natomiast może pochodzić wyłącznie od koncesjodawcy. Oznacza to, że koncesjodawca ma możliwość pokrycia części kosztów ponoszonych przez koncesjonariusza. Wysokość ta nie została wyraźnie oznaczona.

W projekcie wskazuje się jednakże, że płatność dokonywana przez koncesjodawcę nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza.

sza. Oznacza to, że koncesjonariusz może odzyskać wszystkie nakłady poniesione na wykonanie przedmiotu koncesji, lecz nie może on ich uzyskać wyłącznie od koncesjodawcy, a na przykład z opłat pobieranych przez koncesjonariusza od osób trzecich z tytułu korzystania z podmiotu koncesji.

Niezależnie jednak od przyjętej w umowie koncesji formę wynagrodzenia, koncesjonariusz musi ponosić w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji (art. 1 ust. 3 projektu)

Taka propozycja przepisu została wprowadzona w celu wyraźnego zaznaczenia granicy, która oddziela zamówienie publiczne sensu stricto od koncesji. Podyktowane jest to odmiennością procedur udzielania zamówień publicznych i zawierania umów koncesji, co wynika z prawa wspólnotowego.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dostarcza wyjaśnień pomagających odróżnić koncesje od tradycyjnej definicji zamówienia publicznego.

W sprawie C-324/98 *Telaustria*¹ oraz w postanowieniu C-358/00 *Buchhandler*² mowa jest o tym, że koncesję odróżnia od zamówienia to, że „...wynagrodzeniem za realizację zadania w drodze koncesji może być możliwość eksploatacji (wykorzystywania) przedmiotu koncesji w zamian za pobieranie opłat”. Koncesja występuje, więc wówczas, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu koncesjonariusza do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przez niego usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie.

Takie ukształtowanie sposobu wynagrodzenia wyraźnie wskazuje, że jednym z możliwych sposobów wynagrodzenia jest możliwość pobierania przez koncesjonariusza opłaty od użytkowników przedmiotu koncesji.

W orzeczeniu ETS w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*³ wskazano wyraźnie, że:

¹ ETS z dnia 7 grudnia 2000 r.

² ETS z dnia 30 maja 2002 r.

³ ETS z dnia 13 października 2005 r.

„...wynagrodzenie koncesjonariusza nie pochodzi od danego organu władzy publicznej, lecz z kwot pieniężnych wpłacanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z rzeczzonego parkingu. Ten sposób wynagrodzenia oznacza, że koncesjonariusz bierze na siebie ryzyko związane z korzystaniem ze spornych usług, co stanowi cechę charakterystyczną koncesji. Z tego względu w sytuacji takiej, jak ta zaistniała w postępowaniu głównym, nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym na usługi, lecz z koncesją na świadczenie usług publicznych”.

Nie jest to jednak jedyny sposób uzyskiwania wynagrodzenia. Ani z postanowień Dyrektywy, ani z orzecznictwa ETS nie wynika jednoznacznie źródło pochodzenia wynagrodzenia wykonawcy.

Istnieją sytuacje, w których wynagrodzenie nie pochodzi od osób trzecich, ale bezpośrednio od koncesjodawcy. Jego wysokość jest uzależniona natomiast od ilości użytkowników, którzy jednak bezpośrednio nie płacą za korzystanie z niej (tzw. shadow tolls). Przykładem tego typu konstrukcji może być budowa drogi, która jest udostępniana bezpłatnie użytkownikom, ale wynagrodzenie wypłacane koncesjonariuszowi przez koncesjodawcę jest uzależnione od liczby użytkowników faktycznie z niej korzystających.

Jeżeli umowa między zamawiającym a wykonawcą jest skonstruowana w ten sposób, że wyeliminowany jest element ryzyka będziemy mieli do czynienia z zamówieniem publicznym a nie koncesją. Przykładowo, zgodnie z umową wykonawca jest obowiązany wybudować most dla samochodów i jest wynagradzany przez użytkowników tego mostu. Równocześnie jednak umowa zakłada, że koncesjodawca gwarantuje wykonawcy minimalne wynagrodzenie odpowiadające poniesionym na realizację przedsięwzięcia nakładom, w sytuacji, kiedy stopień wykorzystania mostu nie osiągnie pewnego minimalnego poziomu. W takim przypadku, umowa taka nie może zostać uznana za koncesję.

Taki wniosek wyciągnąć należy z orzecznictwa ETS w sprawie C-382/05⁴, gdzie wskazuje się, że:

⁴ ETS z dnia 18 lipca 2007 r.

„...w świetle utrwalonego orzecznictwa Trybunału, koncesja na świadczenie usług występuje wówczas, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu usługodawcy do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przezeń usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie”.

Jednocześnie w tej samej sprawie Trybunał analizując postanowienia umowy i kwalifikując ją jako zamówienie publiczne sensu stricto zauważył, że:

„Nie tylko bowiem rzeczony przedsiębiorca jest zasadniczo wynagradzany przez pełnomocnika poprzez opłatę ustaloną od tony przesłanych mu odpadów, lecz ponadto bezsporne jest, że na podstawie spornych umów pełnomocnik zobowiązuje się po pierwsze do tego, że wszystkie zainteresowane gminy będą przysyłać ogół pozostałości odpadów do przedsiębiorcy, a po drugie, że pewna minimalna ilość w skali roku zostanie przesłana do przedsiębiorcy. Ponadto rzeczony umowy przewidują dostosowanie kwoty opłaty w sytuacji, gdy rzeczywista roczna ilość przesłanych odpadów jest niższa niż 95 % lub przekracza 115 % tej minimalnej gwarantowanej ilości, w celu zapewnienia finansowej i ekonomicznej równowagi przedsiębiorcy. Przewidują one również, że opłata jest przedmiotem rocznej rewaloryzacji odpowiadającej zmianom kosztów w zakresie personelu, surowców i prac konserwacyjnych oraz zmianom wskaźnika finansowego. Umowy te przewidują ponadto renegotiację opłaty, gdy z powodu zmiany uregulowań prawnych przedsiębiorca musi dokonać przekraczających pewien poziom inwestycji, celem dostosowania się do nowych wymogów”.

Wynika z tego, że umowy, które na pierwszy rzut oka można by uznać za koncesje ze względu na możliwość uzyskania przez koncesjonariusza wynagrodzenia bezpośrednio od użytkowników, są kwalifikowane z punktu widzenia prawa wspólnotowego jako zamówienia publiczne. Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie wskazywał, że kwestia ewentualnego odmiennego zdefiniowania umowy w porządku prawnym państwa członkowskiego nie ma znaczenia z punktu widzenia przepisów Dyrektywy i zawartej w niej defi-

nicji zamówienia publicznego lub koncesji. Przepis art. 1 ust. 2 Dyrektywy, nie zawiera bowiem żadnego wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich w celu ustalenia jego treści i zakresu, co powoduje, że dochodzenie, jak zakwalifikowane są takie umowy w prawie krajowym, nie jest właściwe⁵.

Podkreślić, więc należy, że cechą decydującą o uznaniu umowy za koncesję jest element ryzyka ekonomicznego powodzenia realizowanego przedsięwzięcia.

Z drugiej strony jednak biorąc pod uwagę, że świadczenie określone w koncesji związane jest z zadaniem publicznym, nie wolno dopuścić do sytuacji, w której jedynym kryterium realizacji przedmiotu koncesji będzie rachunek ekonomiczny i chęć maksymalizacji zysku kosztem obniżenia standardów świadczenia. Koniecznym jest zagwarantowanie zachowania określonych standardów jego wykonania. Odpowiedzialność za ich ustalenie ponosi koncesjodawca, który określa je w umowie. Oczywiście mogą być one przedmiotem negocjacji, jednak pod warunkiem nie przekroczenia standardów minimalnych.

Jednocześnie należy podkreślić, że w przypadku, gdy umowa między koncesjodawcą i koncesjonariuszem nie wypełnia warunków zakwalifikowania tej umowy, jako koncesji na roboty budowlane lub usługi, w szczególności, gdy nie został spełniony warunek przeniesienia ryzyka, wówczas mamy do czynienia z zamówieniem publicznym. Błędne zakwalifikowanie przez strony umowy, jako koncesji, a nie, jako zamówienia publicznego może skutkować odpowiedzialnością wynikającą z przepisów zamówień publicznych. Zgodnie z art. 200 ustawy – Prawo zamówień publicznych udzielenie zamówienia publicznego bez zastosowania ustawy jest zagrożone karą pieniężną.

Z zawarciem umowy koncesji nie są związane zmiany w sferze stosunków własnościowych. W szczególności podmiot prywatny i publiczny nie tworzą odrębnego podmiotu prawa, a co za tym idzie nie występuje tu pojęcie wkładu. Strony nie dokonują także przewłaszczenia składników

⁵ ETS z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03; ETS z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05

majątkowych w jakiegokolwiek formie prawnej. Podmiot prywatny może jedynie udostępnić na czas wykonywania przedmiotu koncesji pewne składniki majątku niezbędne do wykonania przedmiotu koncesji (np. grunt niezbędny do wykonania robót budowlanych). W konsekwencji nie ma potrzeby zastosowania odrębnych lub specjalnych regulacji prawno-podatkowych. Obie strony umowy koncesyjnej działają na podstawie ogólnie obowiązujących przepisów tak w zakresie udostępnienia składników majątkowych, jak i skutków tych czynności, w tym skutków w obszarze przepisów prawa podatkowego.

2. Wybór koncesjonariusza

Odmienne niż ma to miejsce w przypadku wyboru zamawiającego w ustawie – Prawo zamówień publicznych, sposób i tryb wyboru koncesjonariusza nie został zdeterminowany przez przepisy prawa wspólnotowego.

Dyrektywa wskazuje jedynie, że w odniesieniu do koncesji na roboty budowlane postępowanie musi być poprzedzone ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz że termin na składanie wniosków o dopuszczenie do postępowania nie może być krótszy niż 52 dni lub 45 dni, jeżeli ogłoszenie jest przekazywane za pomocą odpowiednich środków elektronicznych.

Tak skonkretyzowanych obowiązków nie ma w stosunku do koncesji na usługi, które zostały wyłączone wprost spod postanowień Dyrektywy.

Jednakże jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi musi być zgodne z postanowieniami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

Trybunał wskazuje, że choć umowy koncesyjne są co do zasady wyłączone z zakresu obowiązywania Dyrektywy, organy zawierające umowy koncesji mają ogólny obowiązek przestrzegania podstawowych zasad Traktatu, w tym w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

Zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową został ustanowiony w art. 12 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

Bardziej szczegółowe postanowienia Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską dotyczące koncesji są zawarte między innymi w art. 43 Traktatu, którego pierwszy akapit stanowi, że ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane, oraz w art. 49 Traktatu, którego pierwszy akapit stanowi, że ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swoje przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia.

Zasady równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala organowi władzy publicznej zawierającemu umowę koncesji na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane. Obowiązek przejrzystości wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu publiczności otwierającego drogę konkurencji w zakresie ubiegania się o koncesję oraz gwarantującego bezstronność zawarcia umowy koncesji⁶.

Kierując się z jednej strony wytycznymi wynikającymi z prawa wspólnotowego, z drugiej jednak chcąc zachować możliwie szeroką elastyczność postępowania, projekt ustawy nie przewiduje ujętej w ścisłe i rygorystyczne ramy procedury wyboru partnera prywatnego, jak ma to miejsce w przypadku ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Równocześnie jednak wyraźnie określa obowiązek zachowania przez koncesjodawcę obowiązku zachowania zasad równego i niedyskryminacyjnego traktowania zainteresowanych podmiotów, działania w sposób przejrzysty oraz z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji (art. 7 projektu).

⁶ ETS z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji musi więc być poprzedzone ogłoszeniem, które jest dostępne w przypadku koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku koncesji na roboty budowlane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 11 projektu).

Ogłoszenie, którego treść określa art. 12 projektu, zawiera wszelkie niezbędne informacje, które pozwalają zainteresowanym podmiotom podjąć decyzję dotyczącą wzięcia udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę charakter umowy koncesyjnej, w tym przede wszystkim niezbędny dla tej formy realizacji zadania publicznego podział ryzyk, uznaje się, że decyzja dotycząca zakresu możliwych negocjacji dotyczących treści umowy jest podejmowana w zależności od przedmiotu koncesji oraz potrzeb i możliwości koncesjodawcy. Nie należy w związku z tym ustanawiać jakichkolwiek sztywnych ram, które mogłyby ograniczać pole działania koncesjonariusza. Nie oznacza to jednakże dowolności, czy arbitralności podejmowanych przez niego decyzji.

Prowadzone negocjacje mogą obejmować wszelkie aspekty koncesji i odbywają się z zainteresowanymi podmiotami, które złożyły oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu dotyczące ich indywidualnej sytuacji, finansowej, ekonomicznej i technicznej (art. 15 projektu).

W celu odformalizowania i odbiurokratyzowania procedury nie przewiduje się obowiązku składania stosownych dokumentów już na etapie przystępowania do postępowania. Ta weryfikacja odbywa się dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej pod względem bilansu jakości do ceny i dotyczy wyłącznie zwycięzcy postępowania (art. 19 projektu).

Uwzględniając fakt, że zawierana umowa dotyczy zarówno przedmiotu zamówienia, jak również aspektów finansowych i prawnych związanych z jego realizacją przewiduje się, że wybór oferty nie może odbywać się wyłącznie na podstawie ceny i powinien uwzględniać czas trwania koncesji, wysokość współfinansowania przedmiotu koncesji ze środków koncesjonariusza, koszty użytkowania, wysokość opłaty za usługę świadczoną na rzecz osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji, jakość wykonania, wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjo-

nalne, aspekty środowiskowe, rentowność, termin wykonania przedmiotu koncesji. Kryterium wyboru oferty na roboty budowlane może także dotyczyć właściwości zainteresowanego podmiotu (art. 18 projektu).

Zachowanie zasady przejrzystości i równego traktowania wymaga, by kryteria te były znane zainteresowanym podmiotom od początku prowadzonego postępowania, tj. od chwili ukazania się ogłoszenia. Jednak w związku z tym, że mogą one stanowić przedmiot negocjacji właściwym może się okazać ustalenie ich znaczenia dopiero na etapie zaproszenia do składania ofert.

Dodatkowym zabezpieczeniem interesów zainteresowanych podmiotów jest obowiązek sporządzenia protokołu z prowadzonych negocjacji, który jest jawny (art. 21 projektu).

Postępowanie w sprawie wyłonienia koncesjonariusza odbywa się z zachowaniem wszystkich powszechnie obowiązujących przepisów, w tym przepisów dotyczących ochrony danych osobowych.

II. PRZEPISY SZCZEGÓLNE

W art. 1 projektu ustawy wskazano, że reguluje ona zasady oraz tryb wyboru zainteresowanego podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej.

W art. 1 w ust. 1 projektu wskazano, że koncesja może obejmować roboty budowlane lub usługi. Koncesja, jest umową o charakterze odpłatnym, której podstawową cechą jest sposób wynagrodzenia, który polega albo wyłącznie na przekazaniu prawa do korzystania z przedmiotu koncesji albo na przekazaniu takiego prawa wraz z płatnością koncesjodawcy. Takie rozwiązanie przenosi do polskiego porządku prawnego instytucję koncesji, o której mowa w Dyrektywie. W odróżnieniu od zamówienia publicznego koncesja nie jest umową, w której wykonawca uzyskuje całość wynagrodzenia od podmiotu publicznego, bez uwzględnienia tego, czy realizowane zadanie ma jakikolwiek uzasadnienie ekonomiczne.

W art. 1 w ust. 3 projektu wprowadza się przepis wyraźnie wskazujący, że wynagrodzenie pochodzące ze środków koncesjonariusza nie może pokry-

wać całości nakładów poniesionych na realizację przedmiotu koncesji przez koncesjonariusza. Jak to przewidziano wyżej koncesjonariusz może odzyskać wszystkie poniesione nakłady, jednak niewyłącznie od podmiotu publicznego.

Uzyskiwanie całości lub części wynagrodzenia ze środków innych niż pochodzących od koncesjodawcy wiąże się nierozzerwalnie z ryzykiem ekonomicznym, które ponosi koncesjonariusz. Ryzyko to obejmuje w szczególności przeniesienie ryzyka związanego z dostępnością przedmiotu koncesji. W odróżnieniu od zamówienia publicznego, gdzie ryzyko eksploatacyjne ponosi zamawiający, w koncesji to koncesjonariusz musi zadbać o to, żeby przedmiot koncesji był wykonywany w sposób zapewniający jak największą dostępność i użyteczność dla jego odbiorców. Z tym związane jest bowiem uzyskiwane przez niego wynagrodzenie w postaci prawa do korzystania, w tym pobierania pożytków z przedmiotu koncesji. Im mniejsza ilość użytkowników, tym mniejsze będą uzyskiwane przez koncesjonariusza dochody. Z drugiej strony jednak biorąc pod uwagę, że świadczenie określone w koncesji związane jest z zadaniem publicznym, należy zagwarantować zachowanie określonych standardów. Odpowiedzialność za ich ustalenie ponosi koncesjodawca, który ma obowiązek określenia ich w umowie.

Celem ustawy jest stworzenie dodatkowych możliwości związanych ze sposobem wyboru partnera prywatnego dla potrzeb realizacji zadań publicznych. Przepisy ustawy nie mają na celu zastąpienia istniejących rozwiązań. Nie naruszają one przepisów ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. Nr 169, poz. 1420) oraz ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571, z późn. zm.) Zakres przedmiotowy ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest szerszy niż zakres niniejszego projektu, nie dotyczy jak to ma miejsce w przypadku niniejszego projektu wyłącznie robót budowlanych lub usług, ale różnego typu przedsięwzięć inwestycyjnych i eksploatacyjnych oraz działań nie tylko o charakterze gospodarczym. Ustawa określa zarazem zasady i tryb współpracy podmiotów publicznych i prywatnych w formach wykraczających poza formy opisane w niniejszym projekcie, nie wykluczając współpracy

w formie wspólnie utworzonej spółki. Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym odnosi się potencjalnie do wielu form i rodzajów PPP, które nie mają standardowego nazewnictwa i są wykorzystywane oraz kształtowane w praktyce krajów europejskich. Ustawa o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym ma z kolei zastosowanie zdecydowanie węższe niż projektowana regulacja oraz ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ustawa ta dotyczy budowy i eksploatacji albo wyłącznie eksploatacji tylko inwestycji autostradowych i to ograniczonych do autostrad lub ich odcinków wskazanych w rozporządzeniu Rady Ministrów jako autostrady płatne. Dodatkowo z realizacją autostrad płatnych są powiązane regulacje dotyczące szczególnych zasad przygotowania i realizacji tych inwestycji m.in. w obszarze nabywania nieruchomości i lokalizacji dróg publicznych. W konsekwencji każdy z wymienionych aktów prawnych ma odrębne cele oraz metody ich realizacji, stąd brak dostatecznych podstaw by uznać, że przedmiot ich regulacji jest tożsamy w całości lub w znacznej części.

Definicja zainteresowanego podmiotu, o której mowa w art. 3 pkt 1 projektu obejmuje wszystkie podmioty, które mogą być, potencjalnie lub faktycznie, zainteresowane realizacją przedmiotu koncesji. Takie określenie zakresu podmiotowego jest związane z definicją „przedsiębiorcy” zawartą w art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Pojęcia wprowadzone w art. 3 w pkt. 2 – 4 projektu są związane z określeniem sytuacji zainteresowanego podmiotu w poszczególnych fazach postępowania dotyczących zawierania umowy koncesji i zostały wprowadzone w celu zwiększenia przejrzystości tekstu.

Określenie zakresu przedmiotu koncesji poprzez wskazanie, że może nim być robota budowlana lub usługa, o czym mowa w art. 3 pkt 5 i 7 projektu jest związane z definicją koncesji, w szczególności ze sposobem wynagrodzenia koncesjonariusza. Dodatkowo taki zakres wynika bezpośrednio z przepisów prawa wspólnotowego i definicji zawartych w Dyrektywie.

Definicje robót budowlanych, dostaw oraz usług zostały określone przez odwołanie do rozumienia tych pojęć w przepisach o zamówieniach publicznych.

Definicja koncesjodawcy wynika bezpośrednio z przepisów Dyrektywy. Definicja określa krąg podmiotów zobowiązanych do jej stosowania w art. 3 pkt 8 projektu. Należy ją odczytywać łącznie z art. 4 projektu.

Istnieją sytuacje, w których nie jest właściwym przeprowadzenie jakiegokolwiek otwartej procedury wyboru koncesjonariusza (art. 5 projektu). Przypadki te zostały określone w prawie wspólnotowym i wynikają z przepisów Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską uszczegółowionych w art. 13 – 15 i 18 Dyrektywy oraz orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Istotnym jest, że jako odstępstwo od zasad ogólnych należy je interpretować ściśle i zawężająco, co wielokrotnie podkreślał Europejski Trybunał Sprawiedliwości⁷. Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, że chociaż tryb wyboru przewidziany w ustawie nie ma zastosowania do wyjątków określonych w art. 5 projektu, umowy zawarte na podstawie tego przepisu nie tracą charakteru koncesji o ile spełniają warunki określone w art. 1 projektu ustawy. Koncesja będzie w przypadkach określonych w art. 5 projektu zawierana w trybie „zwykłego” zawarcia umowy z wybranym kontrahentem w sposób przewidziany w prawie cywilnym. Analogiczna regulacja funkcjonuje obecnie w ustawie – Prawo zamówień publicznych przewidując przypadki, w których ustawa ta nie ma zastosowania.

W art. 5 w ust. 1 pkt 1 projektu przewidziano wyłączenie dotyczące sytuacji, gdy koncesje objęte są tajemnicą państwową zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych albo jeżeli ich wykonaniu muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa albo jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów państwa.

Wyłączenie wskazane w art. 5 ust. 1 pkt 2 projektu jest związane z efektywnym funkcjonowaniem konkurencji w sektorze telekomunikacyjnym w następstwie wdrożenia przepisów wspólnotowych mających na celu liberalizację tego sektora, zawieranie umów koncesji w tym obszarze powinny zostać wyłączone z zakresu ustawy, w sytuacji, gdy ich głównym celem jest umożli-

⁷ ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec

liwianie koncesjodawcy realizacji pewnych działań w sektorze telekomunikacyjnym.

W sytuacji, gdy szczególna procedura organizacji międzynarodowej przewiduje odmienny od określonego w ustawie trybu zawierania umowy koncesji jest właściwe wyłączenie w tym przypadku jej przepisów, o czym mowa jest w art. 5 ust. 1 pkt 3 projektu.

W sytuacji nadzwyczajnej jaką jest stacjonowanie wojsk wynikające z umowy międzynarodowej nie jest właściwe stosowanie przepisów krajowych do zawierania umowy koncesji, gdy umowa przewiduje odmienne zasady, co zostało ujęte w art. 5 ust. 1 pkt 4 projektu.

Podobnie jest w sytuacji umowy międzynarodowej, której stroną jest Polska oraz jedno lub więcej państw niebędących członkami Unii Europejskiej, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury udzielania zamówień publicznych lub zawierania umów koncesji, co określa art. 5 ust. 1 pkt 5 projektu.

W art. 5 ust. 1 pkt 6 projektu, przewidziano wyłączenie w sytuacji, gdy zainteresowanemu podmiotowi z mocy prawa przysługuje prawo wyłączne do wykonywania określonej działalności będącej przedmiotem koncesji. Zainteresowany podmiot jest w konsekwencji jedynym podmiotem, z którym można zawrzeć umowę koncesji, co powoduje, że nie jest właściwe stosowanie jakiegokolwiek procedury konkurencyjnej zmierzającej do jego wyboru.

Projektowany w art. 5 ust. 1 pkt 7 przepis ma na celu wprowadzenie do polskiego systemu instytucji, która funkcjonuje w praktyce w państwach członkowskich Unii Europejskiej i która została potwierdzona przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Jest on związany z funkcjonującym w orzecznictwie terminem „podmiot wewnętrzny” (ang. in-house).

Termin „podmiot wewnętrzny” nie jest jednoznacznie zdefiniowany w prawie wspólnotowym, jednakże jego najistotniejsze cechy zostały określone przez ETS, m.in. w sprawach: C-107/98 z dnia 18 listopada 1999 r., C-26/03 z dnia 11 stycznia 2005 r., C-410/04 z dnia 6 kwietnia 2006 r. i znalazły odzwierciedlenie w proponowanej w niniejszym projekcie definicji.

Idea instytucji „podmiotu wewnętrznego” znalazła odzwierciedlenie również w orzecznictwie sądów polskich, m.in. w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05).

Istotą przyjętego w projekcie rozwiązania jest to, że za „podmiot wewnętrzny” uznaje się podmiot podlegający kontroli analogicznej do tej jaką jednostka samorządu terytorialnego (j.s.t.) sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi i który wykonuje zasadniczą część swojej działalności w zakresie zadań własnych j.s.t. na rzecz j.s.t., który kontroluje ten podmiot. Celem takiego rozwiązania jest uporządkowanie istniejącego stanu niepewności prawnej wynikającej z braku jednoznacznej regulacji przy równoczesnym pojawieniu się wyroków sądów krajowych, jak i ETS odnoszących się do tej instytucji. Ujęcie tej problematyki w ustawie pozwoli na jasne i przejrzyste wskazanie przesłanek i warunków powierzania przez jednostki samorządu terytorialnego „podmiotowi wewnętrznemu” realizacji określonej działalności.

Wyłączenie przewidziane w art. 5 ust. 1 pkt 8 projektu jest związane z koniecznością zapewnienia ciągłości wykonywania przedmiotu koncesji na usługi. Ponieważ koncesje w znacznej większości przypadków będą dotyczyć zadań publicznych realizowanych na rzecz osób trzecich (użytkowników przedmiotu koncesji) należy przewidzieć sytuację, w której realizacja tego zadania byłaby zagrożona. Z drugiej strony jednak nie można dopuścić do sytuacji, w której powołując się na interes ogólny koncesjodawca zawrze umowę koncesji na długi okres bez przeprowadzenia konkurencyjnej procedury. W związku z tym w art. 5 w ust. 2 projektu ograniczono czas na jaki może być zawarta umowa do okresu niezbędnego na przeprowadzenie procedury wyboru koncesjonariusza przewidzianej w ustawie.

W art. 6 projektu przewidziano, że do wszelkich działań podejmowanych przez koncesjodawcę oraz zainteresowane podmioty podczas prowadzenia postępowania oraz w stosunku do umów zawartych w wyniku przeprowadzonego postępowania będą miały zastosowanie zasady prawa cywilnego. Przyjęcie takiej regulacji prawnej jest uzasadnione, gdy dla żadnej ze stron umowy nie są przewidziane uprawnienia naruszające zasadę równości

stron, dobrowolności udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub dobrowolności zawarcia umowy.

Ze względu na to, że w trybie projektowanej ustawy mogą być zawierane umowy koncesji o różnorodnym charakterze, zakresie i stopniu złożoności niecelowe jest zbyt kazuistyczne regulowanie zasad dokonywania opisu przedmiotu koncesji. Przepisy projektu ustawy odzwierciedlają w tym zakresie normy przyjęte w Dyrektywie (art. 8 projektu).

Koncesjodawca dokonując opisu przedmiotu koncesji powinien mieć na względzie respektowanie zasad obowiązujących przy prowadzeniu postępowania o zawarcie umowy koncesji. Tym samym, opis powinien być dokonywany w celu umożliwienia zainteresowanym podmiotom dostępu do przedmiotu koncesji oraz w sposób, który nie skutkuje tworzeniem nieuzasadnionych przeszkód dla konkurencji w dostępie do realizacji koncesji.

Kierując się powyższymi zasadami jest niedopuszczalne dyskryminowanie zainteresowanych podmiotów, jak i oferowanych produktów w sposób pośredni przez odwoływanie przez koncesjodawcę do konkretnej marki ani źródła, ani też do żadnego szczególnego procesu, znaku handlowego, patentu, typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania z postępowania przedsiębiorstw lub produktów. Takie odwoływanie się przez koncesjodawcę jest dopuszczalne tylko w okolicznościach przewidzianych ustawą przy jednoczesnym obowiązku dopuszczenia składania ofert równoważnych.

Dokonywanie w dokumentach przekazywanych zainteresowanemu podmiotowi opisu równoważności nie jest wymagane, albowiem pośrednio „równoważność” definiuje ustawa wskazując, że jeżeli proponowane przez zainteresowany podmiot rozwiązania w równym stopniu spełniają wymagania określone w specyfikacji technicznej, koncesjodawca nie ma możliwości nie dopuszczenia oferty do porównania i oceny.

Niedopuszczalne jest również dyskryminowanie zainteresowanych podmiotów, jak i oferowanych produktów w sposób pośredni przez określenie przez koncesjodawcę nieuzasadnionych wymagań, które pośrednio wskazują na markę lub źródło pochodzenia produktu.

Powyższe nie jest równoznaczne z obowiązkiem formułowania wymagań dotyczących opisu przedmiotu koncesji w sposób, który umożliwi wszystkim zainteresowanym podmiotom ubieganie się o wykonywanie koncesji. Koncesjodawca ma prawo formułowania odpowiednich wymagań, byleby były to wymagania o charakterze obiektywnym, podyktowanym jego uzasadnionymi potrzebami. Celem ustawy jest ograniczenie możliwości nieuzasadnionego ograniczania dostępu zainteresowanych podmiotów do wykonywania koncesji a nie stworzenie możliwości ubiegania się o koncesję wszystkim potencjalnym zainteresowanym podmiotom.

Opis przedmiotu zamówienia może być dokonywany przez specyfikację techniczną oznaczającą w odniesieniu do robót budowlanych całość zaleceń technicznych określających wymagane cechy materiału, produktu lub dostawy, a także zasady dotyczące projektowania i kosztorysowania, warunki testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych, metod i technik budowy oraz wszelkie inne warunki techniczne, które koncesjodawca może określić na podstawie odrębnych przepisów, a także przyjętą procedurę oceny zgodności oferty z wymaganiami, natomiast w odniesieniu do usługi – wymagane cechy usługi, a także przyjętą procedurę oceny zgodności oferty z wymaganiami.

Zalecenia koncesjodawcy powinny być dokonywane z uwzględnieniem właściwych norm odnoszących się do projektowania, obliczania, realizacji robót, a także wykorzystania produktów.

Opis przedmiotu koncesji może być dokonywany również w kategoriach charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności, pod warunkiem że jest to określenie na tyle precyzyjne, że umożliwi zainteresowanym podmiotom ustalenie przedmiotu zamówienia.

Projekt ustawy określa zasady obliczania wartości szacunkowej koncesji. Ustanowienie tych zasad jest konieczne ze względu na zróżnicowanie zasad zawierania umów koncesji w zależności od wartości koncesji. Zasady zawierania umów koncesji o wartości równej lub większej niż 5 150 000 euro są oparte na Dyrektywie, w stosunku zaś do koncesji o mniejszej wartości stosowanie takich samych wymogów nie jest uzasadnione. Tym samym, przy ewentualnym dokonywaniu oceny zachowania zasad dotyczących szaco-

wania wartości koncesji należy brać pod uwagę, czy postępowanie koncesjodawcy doprowadziło lub może prowadzić do zaniżenia wartości i stosowania zasad mniej rygorystycznych właściwych dla postępowań o wartości mniejszej niż 5 150 000 euro.

Podstawą obliczenia szacunkowej wartości koncesji jest oszacowana przez koncesjodawcę z należytą starannością kwota (bez podatku od towarów i usług – VAT) uwzględniająca koszt robót lub świadczonych usług. Na szacowanie wartości koncesji nie powinien mieć wpływu przyjęty sposób finansowania wykonania przedmiotu koncesji, a więc np. to w jakim stopniu finansowany jest on ze środków koncesjonariusza.

W projektowanej regulacji nie przewiduje się szczegółowych przepisów odnośnie ustalania wartości koncesji. Należy zresztą zauważyć, że ustalenie wartości szacunkowej ma wyłącznie na celu umiejscowienie danego postępowania powyżej lub poniżej progu wynikającego z Dyrektywy 2004/18/WE, a procedury stosowane powyżej lub poniżej tych progów są w pełni procedurami transparentnymi. Inne znaczenie ma szacowanie wartości w ustawie – Prawo zamówień publicznych, gdzie jest to opisane bardziej precyzyjnie dla robót budowlanych, z tym, że wartość szacunkowa zamówienia odnosi się tam pośrednio do innych czynności przy udzielaniu zamówień publicznych np. do wyboru trybu niekonkurencyjnego zamkniętego. W ustawie – Prawo zamówień publicznych ma zatem znaczenie m.in. dla trybu i miejsca publikacji, dla wyboru trybu niekonkurencyjnego, dla dodatkowych zamówień. W niniejszym projekcie szacunkowa wartość nie wpływa na meritum prowadzonego postępowania o zawarcie umowy koncesji, a jedynie na obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia o koncesji.

Koncesja jest związana co do zasady z wyłącznym prawem koncesjonariusza do korzystania z przedmiotu koncesji, co może w sposób niekorzystny wpływać na zachowanie konkurencji na rynku. Dodatkowo prawo korzystania z przedmiotu koncesji, ze względu na wysokość dokonywanych nakładów, może wiązać się z gwarancjami wieloletniego korzystania z przedmiotu koncesji. Stąd też, niezmiernie istotne jest zagwarantowanie przejrzystości przy prowadzeniu postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Jednym ze sposobów zachowania zasady przejrzystości jest obowiązek publikacji ogłoszenia o koncesji (art. 11 projektu). W wyniku tej publikacji potencjalnie zainteresowane podmioty będą mogły wyrazić swoje zainteresowanie wykonywaniem koncesji. Zawarcie umowy koncesji z wyłączeniem obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji może nastąpić tylko i wyłącznie w okolicznościach wskazanych w projekcie ustawy i ma charakter wyjątkowy.

Mając na względzie, że zasada przejrzystości jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących przy prowadzeniu postępowania o zawarcie umowy koncesji, środkiem służącym zapewnieniu jej realizacji jest zagwarantowanie publikacji ogłoszenia o koncesji w miejscach, które umożliwią wszystkim potencjalnie zainteresowanym podmiotom dostęp do informacji o koncesji. Miejsce publikacji ogłoszenia o koncesji zostało zróżnicowane w zależności od przedmiotu koncesji. Mając na względzie, że Dyrektywa nakłada obowiązek publikacji ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest konieczne implementowanie takiego rozwiązania do polskiego porządku prawnego o zawarcie umowy koncesji, z tym że przewiduje się, że obowiązek ten będzie dotyczył każdej koncesji na roboty budowlane niezależnie od wartości przedmiotu koncesji. Jednocześnie, ze względu na to, że Dyrektywa nie reguluje zasad zawierania umowy koncesji na usługi, a tym samym nie przewiduje możliwości publikowania ogłoszenia o koncesji na usługi w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, przewiduje się nałożenie obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na portalu internetowym Urzędu Zamówień Publicznych.

Dodatkowo koncesjodawca ma obowiązek zamieścić ogłoszenie o koncesji w swojej siedzibie w miejscu powszechnie dostępnym oraz na stronie internetowej jeżeli taką posiada. Powyższe miejsca publikacji ogłoszenia o koncesji nie stanowią listy zamkniętej i nie wykluczają możliwości zamieszczenia ogłoszenia o koncesji również w innych miejscach, takich jak np. czasopisma, branżowe strony internetowe itp.

Zasadą jest, że wszczęcie postępowania o zawarcie umowy koncesji następuje z chwilą uzewnętrznienia woli koncesjodawcy, tj. z chwilą publikacji

ogłoszenia o koncesji. Wszczęcie postępowania następuje odmiennie w zależności od przedmiotu koncesji.

Jeżeli przedmiotem koncesji jest robota budowlana, na koncesjodawcę nakłada się obowiązek w pierwszej kolejności przesłania ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W momencie przesłania ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej postępowanie nie zostaje jeszcze wszczęte, gdyż jak już wskazano jego wszczęciem jest dopiero publikacja ogłoszenia, a ta, jak wskazuje praktyka, następuje kilka dni później od dnia jego przesłania. Koncesjodawca ma jednak obowiązek po przesłaniu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej niezwłocznego zamieszczenia ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane w swojej siedzibie w miejscu powszechnie dostępnym oraz na swojej stronie internetowej, o ile taką posiada. Tym samym, wszczęcie postępowania w przypadku koncesji na roboty budowlane będzie następować co do zasady w chwili zamieszczenia ogłoszenia o koncesji w swojej siedzibie lub na swojej stronie internetowej.

W przypadku koncesji na usługi, co do zasady wszczęcie postępowania będzie następowało z chwilą zamieszczenia ogłoszenia o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych, ponieważ zamieszczenie ogłoszenia następuje z jednoczesnym wypełnieniem właściwego formularza i jest widoczne dla wszystkich potencjalnych zainteresowanych podmiotów.

Ustawa jest skierowana do koncesjodawców zobligowanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przy zamawianiu dostaw, usług oraz robót budowlanych. Praktyka wskazuje, że znana im jest właściwa dla zamówień publicznych metoda elektronicznego przesyłania ogłoszeń do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Stąd też, zakłada się, że jedyną właściwą metodą przesłania ogłoszenia o koncesji na robotę budowlaną do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest metoda elektroniczna zgodna z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do 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. Z tego też względu jest możliwe skrócenie terminu przewidzianego w dyrektywie na składanie ofert z 52 do 45 dni. Jeżeli jednak z jakichś uzasadnionych względów zamawiający prześle ogłoszenie o koncesji w inny sposób (np. pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną w sposób inny niż przewidziany w ust. 3 załącznika VIII do Dyrektywy) postępowanie koncesjodawcy nie może zostać uznane za naruszenie normy ustawy, o ile od momentu przesłania w ten sposób ogłoszenia termin na złożenie oferty wynosił nie mniej niż 52 dni.

Projekt nie reguluje kwestii dopuszczalności zmian treści opublikowanego ogłoszenia, co nie oznacza uznania, że takich możliwości koncesjodawca nie ma. W przypadku jednak konieczności zmian w opublikowanym ogłoszeniu, koncesjodawca jest zobowiązany respektować podstawowe zasady takie jak przejrzystość, równe traktowanie, zakaz dyskryminacji zainteresowanych podmiotów, powinien każdorazowo rozważyć zasadność wydłużenia wyznaczonego terminu składania wniosków. Szczególnie jest to pożądane w sytuacji istotnych zmian w treści publikowanego ogłoszenia oraz, gdy ze względu na krótki pozostały okres do złożenia wniosku zainteresowany podmiot mógłby złożyć wniosek nieodpowiadający zmienionym wymaganiom, z czym wiązałyby się dla niego negatywne skutki w postaci niedopuszczenia do kolejnego etapu postępowania.

Projekt określa w art. 12 wymagany zakres informacji zawarty w treści ogłoszenia o koncesji. Mając na względzie, że określenie warunków wykonywania koncesji wymaga przeprowadzenia negocjacji z kandydatami w celu ewentualnego sprecyzowania warunków finansowych, prawnych czy technicznych wykonywania koncesji, treść publikowanego ogłoszenia może nie zawierać pewnych istotnych informacji takich jak wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, termin wykonania przedmiotu koncesji, znaczenie poszczególnych kryteriów oceny ofert. Z drugiej strony, pewne wymagania nie powinny być zmieniane po upływie terminu składania wniosków o zawarcie umowy koncesji, np. opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału, zakres żądanych dokumentów, kryteria oceny ofert, przesłanki niedopuszczenia oferty do oceny i porównania oraz przesłanki odwołania postępowania. Zawarty w art. 12 pkt 8 projektu wymóg wniesienia wadium ma

charakter fakultatywny. To rozwiązanie jest wystarczające z uwagi na cel założony w niniejszym projekcie, aby nie regulować w sposób kazuistyczny prowadzenia przez koncesjodawcę postępowania o zawarcie umowy koncesji. Zgodnie z art. 6 projektu do czynności podejmowanych przez koncesjodawcę i koncesjonariusza oraz zainteresowane podmioty, a także do umów koncesji stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tą regułą, jeżeli koncesjodawca zdecyduje się na wprowadzenie wadium, zastosowanie znajdują w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego w tym art. 70⁴ K.c.

Ogłoszenie o koncesji stanowi zaproszenie zainteresowanych podmiotów do złożenia wniosków o zawarcie umowy koncesji. Do dalszego udziału w postępowaniu może zostać dopuszczony tylko i wyłącznie zainteresowany podmiot, który złożył odpowiedni wniosek.

Stosownie do art. 14 projektu, każdy z kandydatów składa wniosek o zawarcie umowy koncesji zawierający oświadczenie o zgłoszeniu udziału w postępowaniu oraz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału określa ustawa, natomiast koncesjodawca dokonuje opisu sposobu oceny spełniania warunków w ogłoszeniu o koncesji. Tym samym, każdy kandydat składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w kontekście opisu dokonanego w treści ogłoszenia o koncesji. Sposób opisu oceny spełniania warunków został pozostawiony swobodzie koncesjodawcy, z tym że nie może wychodzić poza zakres warunków przewidzianych ustawą oraz powinien być adekwatny do wartości i zakresu koncesji.

Na etapie oceny wniosków o zawarcie umowy koncesji, koncesjodawca nie żąda jeszcze dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Obowiązek dostarczenia tych dokumentów został przewidziany po zakończeniu postępowania o zawarcie umowy koncesji tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej oraz tylko i wyłącznie od zainteresowanego podmiotu, z którym zawarto umowę koncesji (art. 19 projektu). Przyjęte rozwiązanie ma na celu ograniczenie formalizmu związanego z prowadzeniem postępowania o zawarcie umowy koncesji oraz ma pozwolić koncesjodawcy przyspieszyć prowadzenie postępowania.

Niemniej jednak, już na etapie ogłoszenia o koncesji koncesjodawca określa, jakie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu koncesjonariusz będzie miał obowiązek złożyć. Powyższe ma na celu zagwarantowanie przejrzystości postępowania koncesjodawcy.

Ustawa w sposób celowy nie określa rodzaju dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu pozostawiając w tym zakresie swobodę koncesjodawcy.

W stosunku do kandydatów, a później oferentów istnieje domniemanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Domniemanie to, koncesjodawca może obalić wykazując, że kandydat/oferent wbrew złożonemu oświadczeniu nie spełnia opisanych warunków udziału. Zasadnicza ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu jest dokonywana wprawdzie w stosunku do koncesjodawcy po wyborze oferty najkorzystniejszej, co nie wyklucza jednak możliwości nie zaproszenia zainteresowanego podmiotu do udziału w kolejnych etapach procedury. Nie wyklucza to również możliwości wzięcia pod uwagę, przy ocenie i porównaniu ofert, oferty złożonej przez oferenta, w stosunku, do którego zamawiający posiada dowody, za pomocą, których potrafi wykazać brak spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jest to uzasadnione w szczególności tym, by zapobiec sytuacji prowadzenia nieefektywnych negocjacji z kandydatami, o których koncesjodawca wie, że ze względu na niespełnienie warunków udziału nie mogą ubiegać się o zawarcie umowy koncesji.

W przypadku niezłożenia przez kandydata oświadczeń, o których mowa w art. 14 ust. 1 projektu lub złożenia ich w niepełnym zakresie, koncesjodawca informuje kandydata o nieprzyjęciu wniosku.

Koncesjodawca zaprasza kandydatów, którzy złożyli wnioski zgodne z art. 14 ust. 1 projektu, do udziału w negocjacjach (art. 15 projektu). Prowadzone negocjacje mogą dotyczyć wszelkich aspektów przyznawanej koncesji a punktem wyjścia dla negocjacji jest opis potrzeb i wymagań zawarty w treści ogłoszenia o koncesji lub udostępniony na stronie internetowej. Negocjacje mogą zatem dotyczyć takich aspektów, jak warunki finansowe i prawne koncesji, sposób wykonania przedmiotu koncesji, okres koncesji, dopuszczalność podwykonawstwa, zakres finansowania koncesji przez kon-

cesjonariusza, wysokość ewentualnych opłat pobieranych przez koncesjonariusza itp.

Po przeprowadzonych negocjacjach z poszczególnymi kandydatami, koncesjodawca formułuje opis warunków koncesji, który przekazuje kandydatom wraz z zaproszeniem do złożenia oferty (art. 16 projektu). Koncesjodawca może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem negocjacji w stosunku do pierwotnie ustalonych w opisie potrzeb i wymagań.

Zaproszenie do złożenia oferty koncesjodawca przesyła tylko i wyłącznie kandydatowi, z którym prowadził negocjacje. Kandydat, który pomimo zaproszenia do negocjacji nie podjął ich, nie może zostać zaproszony do złożenia oferty.

Mając na względzie, że wykonywanie koncesji może mieć charakter bardzo złożony, może okazać się, że nie wszystkie istotne aspekty koncesji mogły być doprecyzowane w sposób dostatecznie jasny na etapie prowadzonych negocjacji, czy też składania ofert. Ze względu również na możliwe różne, dopuszczone przez koncesjodawcę, opcje sposobu wykonywania koncesji może okazać się, że dla ich pełnego zrozumienia jest konieczne dodatkowe uszczegółowienie. Stąd też, projekt ustawy dopuszcza, w granicach jakich nie prowadzi to do zmiany treści oferty i przyjętych w niej warunków lub warunków zawartych w opisie przedmiotu koncesji – wyjaśnianie, precyzowanie i dopracowywanie treści złożonych ofert (art. 17 projektu).

Po złożeniu ofert, koncesjodawca dokonuje ich analizy (badania) pod kątem spełniania wymogów zawartych w zaproszeniu. Nie spełnianie przez ofertę wymagań skutkuje nie dopuszczeniem jej do oceny i porównania. Inaczej mówiąc, oferta nie jest brana pod uwagę przy dokonywaniu przez koncesjodawcę wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 18 projektu).

Okoliczności, które skutkują nie dopuszczeniem oferty do oceny i porównania wskazywane są już w ogłoszeniu o koncesji i pozostają niezmiennie z chwilą upływu terminu składania wniosków o zawarcie umowy koncesji. Należy zapewnić dekoncentrację podejmowanych decyzji polegającą na oddaniu koncesjodawcy uprawnienia rozstrzygnięcia, w jakich okolicznościach należy uznać daną ofertę za odpowiednią, tj. spełniającą odpowiednie wy-

magania. Powyższe rozwiązanie ma na celu zagwarantowanie przejrzystości prowadzonego postępowania, tak by zainteresowane podmioty posiadały niezbędną wiedzę co do wymagań im stawianych, a także odformalizowanie prowadzonej procedury.

Niemniej jednak, przyznane koncesjodawcy uprawnienie określenia okoliczności skutkujących nie dopuszczeniem oferty do oceny i porównania nie jest nieograniczone. Koncesjodawca określając te okoliczności ma obowiązek kierowania się zasadami dotyczącymi zawierania umowy koncesji przewidzianymi w projekcie ustawy. W szczególności za niepożądane należy uznać stawianie wielu wymagań formalnych, nieuzasadnionych potrzebą zagwarantowania wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, które mogą prowadzić do ograniczenia liczby prawidłowo złożonych ofert. Praktykę taką należy uznać za szkodzącą interesowi publicznemu, albowiem negatywnie wpływa na zachowanie konkurencyjności w postępowaniu oraz prowadzi do wyboru ofert mniej korzystnych niż byłoby to możliwe.

Koncesjodawca wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w ogłoszeniu o koncesji, którym odpowiednie znaczenie zostało nadane w określonych przypadkach w opisie warunków koncesji. Niedopuszczalne jest przy wyborze oferty najkorzystniejszej kierowanie się innymi kryteriami niż przyjęte w treści ogłoszenia o koncesji.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 projektu kryteriami, na podstawie których koncesjodawca dokonuje wyboru podmiotu z którym zostanie zawarta umowa koncesji mogą być w szczególności: okres trwania koncesji, wysokość współfinansowania przedmiotu koncesji ze środków koncesjonariusza, koszty użytkowania, wysokość opłat świadczenia usług na rzecz osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji, jakość wykonania, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, rentowność, czas wykonania przedmiotu koncesji. Wskazane w projekcie ustawy kryteria, którymi koncesjodawca może kierować się dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, mają charakter jedynie przykładowy.

Nie jest celem ustawy kształtowanie za koncesjodawcę kryteriów oceny ofert. Stąd też do koncesjonodawcy należy wybór, ile kryteriów ma być ustanowione, jakie mają to być kryteria oraz jakie znaczenie nadać poszczegól-

nym kryteriom. W przypadku koncesji na roboty budowlane jest dopuszczalne ustanawianie również kryteriów „podmiotowych”, tj. dotyczących właściwości oferenta.

Koncesjodawca informuje wszystkie zainteresowane podmioty, które złożyły oferty o wyborze oferty najkorzystniejszej podając uzasadnienie. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej zawiera również powody niedopuszczenia ofert do oceny i porównania.

Oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą jest obowiązany, w terminie określonym przez koncesjodawcę, złożyć wskazane w ogłoszeniu o koncesji dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Co do zasady jest wymagane złożenie dokumentów wymienionych w ogłoszeniu o koncesji. Odstępstwo od tej zasady zostało dopuszczone w stosunku do dokumentów potwierdzających sytuację finansową i ekonomiczną koncesjonariusza, którą może wykazać za pomocą każdego innego dokumentu, który koncesjodawca uzna za odpowiedni.

Koncesjonariusz w zakresie warunków udziału w postępowaniu może polegać również na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego, łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić koncesjodawcy, że będzie dysponował zasobami lub uprawnieniami niezbędnymi do realizacji koncesji, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów w zakresie realizacji koncesji.

Ustawa, nie określa okoliczności, w których koncesjodawca ma obowiązek odwołania postępowania o zawarcie umowy koncesji. Koncesjodawca posiada uprawnienie samodzielnego określania takich okoliczności w treści ogłoszenia o koncesji. Tak jak każde inne zapisy ogłoszenia o koncesji, tak i zapisy o okolicznościach odwołania postępowania podlegają ocenie pod względem ich zgodności z zasadami postępowania o zawarcie umowy koncesji. Niemniej jednak, koncesjodawcy została pozostawiona swoboda w określeniu okoliczności w których nastąpi odwołanie postępowania. Koncesjodawca nie może jednak zastrzec w ogłoszeniu o koncesji możliwości odwołania postępowania bez podania przyczyn (art. 20 projektu). Takie zastrzeżenie jest zagrożone sankcją nieważności.

Definicja legalna postępowania o zawarcie umowy koncesji oraz systematyka ustawy wskazuje, że postępowanie o zawarcie umowy koncesji kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej lub ewentualnie wraz z odwołaniem postępowania. Celem postępowania o zawarcie umowy koncesji jest bowiem wyselekcjonowanie zainteresowanego podmiotu, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Zawarcie umowy, dla której pod rygorem nieważności zastrzeżono formę pisemną, jest konsekwencją wyboru dokonanego przez koncesjodawcę w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.

Nie stanowi etapu postępowania o zawarcie umowy koncesji postępowanie wywołane skargą wniesioną przez zainteresowany podmiot do właściwego sądu administracyjnego. Czynności dokonywane w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji mają charakter eliminacyjny i zmierzają do wyboru zainteresowanego podmiotu, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Postępowanie wywołane skargą ma na celu jedynie weryfikację czynności podjętych w postępowaniu pod względem ich zgodności z prawem.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 projektu koncesjodawca nie może zawrzeć umowy z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wcześniej niż 10 dni od dnia przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej faksem lub drogą elektroniczną, a w przypadku przesłania informacji w inny sposób – nie wcześniej niż w terminie 10 dni od dnia jej doręczenia. Powyższy okres zawieszenia czynności zawarcia umowy wynika z rozwiązań przyjętych w dyrektywie 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. Rozwiązanie przyjęte przez ustawę ma zagwarantować oferentom skuteczne wniesienie skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym, nie ma potrzeby stosowania terminu zawieszania do sytuacji, w której została złożona tylko jedna oferta, albowiem brak jest oferentów, których interes prawny mógłby doznać uszczerbku w wyniku wyboru oferty innego oferenta. Z tego względu, ustawa zakłada brak obowiązku dochowywania terminu zawieszenia w takim przypadku. Wyjątek ten nie dotyczy jed-

nak sytuacji, w której złożono więcej ofert, nawet, gdy tylko jedna z nich w ocenie koncesjodawcy odpowiada jego wymaganiom.

Projekt ustawy, w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla zachowania zasad zawierania umów koncesji, reguluje termin, w którym zawarta może być umowa koncesji, niezbędne wymagania, co do jej treści oraz okres, na jaki umowa może zostać zawarta.

Mając na względzie, że uchylanie się oferenta od zawarcia umowy jest z reguły niekorzystne dla realizacji zadań publicznych ustawa przewiduje uprawnienie koncesjodawcy do zawarcia umowy z oferentem, który złożył najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert (art. 22 ust. 3 projektu).

Projekt ustawy w sposób szczególny traktuje przypadek, w którym oferent uchyla się od zawarcia umowy przez nie złożenie wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji. Nie jest to jednak jedyna okoliczność, w której zachowanie oferenta może skutkować uznaniem go za uchylającego się od zawarcia umowy. Dokonując oceny zachowania oferenta, koncesjodawca powinien działać w dobrej wierze, w szczególności nie należy traktować zachowania oferenta jako zmierzającego do uchylania się od zawarcia umowy w sytuacji, gdy oferent nie jest w stanie dopełnić trudnych do spełnienia wymogów (np. nie złożenie dokumentów w pierwotnie wyznaczonym terminie szczególnie w przypadku wyznaczenia krótkiego terminu na ich złożenie) lub brak akceptacji dodatkowych wymagań koncesjodawcy nie przewidzianych w warunkach prowadzonego postępowania.

W sytuacji uchylania się od zawarcia umowy, koncesjodawca zachowuje pobraną od uchylającego się oferenta kwotę pieniężną z tytułu wadium albo dochodzi zaspokojenia tej sumy z przedmiotu zabezpieczenia, o ile wniesienie wadium było wymagane (art. 22 ust. 3 i 4 projektu).

Zawarcie umowy z kolejnym oferentem odbywa się poza postępowaniem o zawarcie umowy koncesji oraz już po upływie terminu zawieszenia umowy, w czasie którego ewentualnie pozostałym oferentom przysługiwało uprawnienie do wniesienia skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Koncesjodawca nie dokonuje ponownego porównania i oceny złożonych ofert, albowiem ta została już dokonana. Umowa jest zawierana z ofe-

rentem, który złożyły ofertę najkorzystniejszą spośród złożonych ofert, oczywiście z wyjątkiem oferty tego oferenta, który uchyla się od zawarcia umowy. Z tych względów nie jest wymagane zachowanie terminu zawieszenia zawarcia umowy z kolejnym oferentem.

Ze względu na doniosłe skutki społeczne związane z realizacją przez koncesjonariusza zadań administracji publicznej, ustawa przewiduje wymóg pisemności umowy pod rygorem nieważności oraz wskazuje istotne postanowienia, które powinny być przewidziane w umowie koncesji.

Przepis art. 23 projektu zawiera ogólny zakres przedmiotowy umowy koncesji. Zostawia on szeroki zakres swobody stronom co ma umożliwić zawieranie umów w wielu różnych dziedzinach realizacji zadań publicznych.

Jak to powiedziano w części ogólnej uzasadnienia projekt nie przewiduje zmian w stosunkach własnościowych między koncesjodawcą a koncesjonariuszem. Umowa zawiera jednak możliwość udostępnienia przez koncesjodawcę koncesjonariuszowi składników majątku niezbędnych do realizacji przedmiotu koncesji. Udostępnienie będzie odbywać się na ogólnych zasadach przewidzianych w prawie cywilnym, stosownie do treści art. 6 projektu. W umowie powinny zostać określone także uprawnienia koncesjodawcy do kontroli działalności objętej umową. Reżim umownej kontroli wydaje się w pełni uzasadniony i wystarczający, zważywszy na zachowanie zasady równości stron i dobrowolności zawarcia umowy.

Ze względu na to, że zawieranie umów długoterminowych niekorzystnie wpływa na zachowanie konkurencyjności, jest zasadne ograniczenie terminu na który zostaje zawarta umowa koncesji. W przypadku koncesji na roboty budowlane termin umowy nie może być dłuższy niż 30 lat, natomiast w przypadku koncesji na usługi – 15 lat. Jedynie w uzasadnionych przypadkach związanych z dokonywaniem znaczących wydatków koncesjonariusza oraz związaną z tym koniecznością amortyzacji poniesionych nakładów w dłuższym okresie, umowa może zostać zawarta na okres dłuższy (art. 25 projektu). W przypadku zawarcia umowy na okres dłuższy bez zachowania przewidzianych ustawą warunków umowę poczytuje się za zawartą odpowiednio na okres 30 lub 15 lat.

Projekt nie reguluje zasad udzielania „klasycznego” zamówienia publicznego, którego zasady i tryb regulują przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych. Stąd też, o tym, czy oraz w jakim zakresie wybrany koncesjonariusz jest obowiązany do stosowania odpowiednich procedur udzielania zamówień publicznych przy zamawianiu dostaw, usług lub robót budowlanych przesądzają przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych (art. 35 projektu).

W art. 26 projektu przewidziano możliwość udzielania koncesjonariuszowi przez koncesjodawcę zamówień dodatkowych na wykonanie robót budowlanych. Łączna wartość dodatkowego zamówienia nie może przekroczyć 50 % wartości koncesji. Celem szczególnej regulacji jest wprowadzenie szerszych możliwości udzielania zamówień dodatkowych związanych z wykonywaniem koncesji niż jest to przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przyjęte w ustawie rozwiązania odzwierciedlają postanowienie art. 61 Dyrektywy 2004/18/WE, a także są zbieżne z przygotowywaną obecnie nowelizacją ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W rozdziale IV projektu określono zakres ochrony prawnej zainteresowanych podmiotów, których interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku z powodu naruszenia przepisów ustawy. Projekt przewiduje możliwość wniesienia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego, a postępowanie przed sądem odbywa się zgodnie z przepisami Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, z wyjątkami określonymi w projekcie ustawy. Zgodnie z założeniami projektodawcy kontrola sądów administracyjnych ma się ograniczać wyłącznie do legalności działania koncesjodawców. Jest zatem przeprowadzana w węższym zakresie niż w przypadku sądów powszechnych. Zamiarem projektodawcy jest odstąpienie od kontrolowania innych niż legalność aspektów postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Ponadto celem ustawy ma być odformalizowanie procedur przetargowych, a zarazem większa ich elastyczność i w tym kontekście znacznie bardziej skuteczne wydaje się zastosowanie kontroli sądowoadministracyjnej, ograniczonej zasadniczo do kontroli legalności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Możliwość skorzystania ze szczególnego trybu skargi została ograniczona do przypadków zawarcia umowy koncesji o znaczącej wartości. Nie wyłącza to jednak możliwości dochodzenia przez podmioty swoich praw na podstawie przepisów ogólnych.

W art. 30 projektu przewidziano możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem orzeczenia sądu administracyjnego, w przypadkach negatywnych konsekwencji dla interesu publicznego. Na postanowienie sądu nie przysługuje zażalenie. Nie pozbawia to jednak stron ochrony prawnej. Zawarcie umowy z wybranym podmiotem, podyktowane pilną potrzebą realizacji przedmiotu koncesji, nie wyłącza, bowiem dochodzenia odszkodowania przez inne podmioty, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia prawa przez koncesjodawcę.

Zmiany w przepisach obowiązujących są konsekwencją przepisów projektu i uwzględniają regulacje ustawy.

Przedmiotowy projekt nie zawiera przepisów technicznych, w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039) w związku z tym nie wymaga notyfikacji.

Projekt ustawy, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingskiej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414), został udostępniony w Biuletynie Informacji Publicznej Ministerstwa Infrastruktury. Projekt ustawy został przekazany do zaopiniowania Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego. W dniu 14 kwietnia 2008 r. projekt był przedmiotem obrad zespołu Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu, który ocenił projekt pozytywnie.

Przedmiotowy projekt ustawy jest zgodny z obowiązującymi regulacjami Unii Europejskiej w tym zakresie.

Ocena Skutków Regulacji

1. Podmioty, na które oddziałuje projekt ustawy

Projekt ustawy oddziałuje na:

- organy władzy publicznej,
- jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki,
- państwowe jednostki budżetowe, zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych,
- podmioty ustanowione w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, które posiadają osobowość prawną oraz są finansowane w ponad 50 % przez organy władzy publicznej lub jednostki samorządu terytorialnego albo których zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów, albo w których ponad połowa członków organu zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez te podmioty,
- osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub grupy takich podmiotów – oferujące na rynku wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług.

Ponadto projekt oddziałuje na Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w zakresie publikowania ogłoszeń o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

2. Konsultacje społeczne

Projekt ustawy został przesłany w ramach konsultacji społecznych do:

- Stowarzyszenia Architektów Polskich,
- Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych
- Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych „Lewiatan”,
- Konfederacji Pracodawców Polskich,
- Instytutu Gospodarki Nieruchomościami.

Ponadto, zgodnie z art. 157 ust. 2 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych projekt ustawy został skierowany do zaopiniowania przez Radę Zamówień Publicznych.

Wpłynęły uwagi wyłącznie od Instytutu Gospodarki Nieruchomościami.

Merytoryczne uwagi do projektu ustawy zgłoszone przez ten Instytut w zasadniczej części pokrywają się z uwagami zgłoszonymi do projektu przez poszczególne resorty w ramach uzgodnień międzyresortowych. W związku z tym, zostały one omówione i przeanalizowane w toku konferencji uzgadniającej i dalszych pracach legislacyjnych w ramach resortu infrastruktury, znajdując odzwierciedlenie w projekcie przedkładanym na posiedzenie Komitetu Rady Ministrów. Uwagi o charakterze redakcyjno-legislacyjnym zostały uwzględnione.

3. Wpływ regulacji na:

a) sektor finansów publicznych, w tym budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego

Projekt ustawy nie spowoduje skutków finansowych dla sektora finansów publicznych, w tym budżetu państwa i budżetu jednostek samorządu terytorialnego. Zaproponowane w projekcie ustawy rozwiązania, pozwalające na przejęcie znacznej części kosztów realizacji przedsięwzięć przez podmioty prywatne, powinny przyczynić się do wzrostu możliwości finansowych podmiotów publicznych.

Przewidywana regulacja prawna ma w szczególności na celu aktywizację sektora administracji publicznej w realizacji zadań publicznych przy wykorzystaniu wiedzy, doświadczenia i potencjału podmiotów prywatnych.

Jest to regulacja, której zadaniem jest odformalizowanie procedury wyłaniania podmiotu prywatnego, z którym zostanie następnie nawiązany stosunek zobowiązaniowy. Skala realizacji zadań publicznych w oparciu o projektowaną ustawę będzie zależała wyłącznie od potrzeb, inicjatywy i woli jednostek sektora finansów publicznych.

Projektowana regulacja prawna nie wymusza konieczności bezwzględnego jej stosowania. Podmiot publiczny będzie mógł wybrać odpowiednią regulację w zależności od aktualnych potrzeb, czy też konieczności (ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawa – Prawo zamówień publicznych, ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi).

Projektowana regulacja prawna w ślad za postanowieniami dyrektyw (Dyrektywa 2004/18/WE) definiuje jedynie ryzyko ekonomiczne, które jest między innymi podstawowym wyróżnikiem tej regulacji od rozwiązań zawartych w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, która to ustawa posługuje się całym katalogiem możliwych ryzyk. Istotą projektowanej regulacji jest wyłonienie partnera prywatnego w drodze sformalizowanego procesu negocjacji, w wyniku, którego nastąpi określenie zasad podziału ryzyka ekonomicznego, tak by w zasadniczej części to ryzyko ponosił partner prywatny.

Regulacja sama w sobie nie powoduje powstawania jakichkolwiek skutków finansowych dla budżetu państwa lub budżetów jednostek samorządu terytorialnego. W praktyce stosowania, w większości przypadków może doprowadzić do tego, że zadania publiczne nałożone na administrację publiczną będą finansowane i realizowane w przeważającej części bądź też w całości przez podmioty prywatne. Zasady i tryb monitorowania zobowiązań wynikających z zawartej umowy koncesji, są określane przez strony tej umowy przez określenie w jej treści uprawnień koncesjodawcy w zakresie kontroli wykonywania koncesji (art. 23 pkt 11 projektu).

W umowie koncesji będącej wynikiem przeprowadzonej procedury wyłonienia podmiotu prywatnego strony określają standardy jakościowe realizowanego przedmiotu koncesji oraz wysokość opłat eksploatacyjnych. Sama projektowana regulacja nie wpłynie w żaden sposób na zawyżanie opłat za świadczenie usług publicznych, czy też na zaniżanie standardów jakościowych realizowanych zadań publicznych. Projekt reguluje sposób wyłaniania partnera prywatnego i nie

ingeruje w sferę, jakości robót budowlanych i usług, która będzie realizowana zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.

b) rynek pracy

Wprowadzenie w życie przepisów projektu ustawy, przez uproszczenie procedur wyboru wykonawców, pozwoli na szybszą realizację zadań publicznych a przez to pośrednio może i powinien wpłynąć na powstawanie nowych miejsc pracy.

c) konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw

Zaproponowany w projekcie ustawy wybór koncesjonariusza ma odbywać się w sposób przejrzysty i z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Wykorzystanie, przy realizacji zadań publicznych, potencjału prywatnych podmiotów może wywołać skutek w postaci poprawy dostępności i jakości robót lub usług.

d) sytuację i rozwój regionalny

Projekt ustawy nie będzie miał wpływu na sytuację i rozwój regionalny.



**URZĄD
KOMITETU INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ
SEKRETARZ
KOMITETU INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ
SEKRETARZ STANU**

Mikołaj Dowgielewicz

Min.MD/1453/08/DP/pr

Warszawa, dnia 30 czerwca 2008 r.

**Pan Maciej Berek
Sekretarz Rady Ministrów**

Opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej projektu ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi wyrażona na podstawie art. 9 pkt 3 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 2a ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Komitecie Integracji Europejskiej (Dz. U. Nr 106, poz. 494, z późn. zm.) przez Sekretarza Komitetu Integracji Europejskiej Mikołaja Dowgielewicza

Szanowny Panie Ministrze,

W związku z przedłożonym projektem ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (pismo nr RM-10-101-08) pozwalam sobie wyrazić następującą opinię:

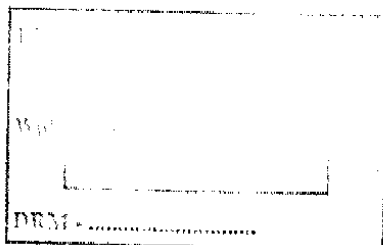
Projekt ustawy jest zgodny z prawem Unii Europejskiej.

Z poważaniem,

Do wiadomości:

Pan Andrzej Panasiuk

Podsekretarz Stanu – Ministerstwo Infrastruktury



2008-07-02

Rozporządzenie
Prezesa Rady Ministrów
z dnia
w sprawie wzoru ogłoszenia o koncesji na usługi zamieszczanego w Biuletynie Zamówień
Publicznych

Na podstawie art. 11 ust. 5 ustawy z dnia ... o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr, poz.) zarządza się, co następuje:

§ 1. Określa się wzór ogłoszenia o koncesji na usługi zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, stanowiący załącznik do rozporządzenia.

§ 2. Rozporządzenie wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

Prezes Rady Ministrów

Urząd Zamówień Publicznych
Al. Szucha 2/4, 00-582 Warszawa
Zamieszczanie ogłoszeń on-line w BZP:
<http://www.portal.uzp.gov.pl>

W Z Ó R

OGŁOSZENIE O KONCESJI NA USŁUGI

SEKCJA I: KONCESJONODAWCA

I. 1). Nazwa i adres:

Nazwa:		
Adres:		
Miejscowość:	Kod pocztowy:	Województwo:
Tel.:	Fax:	
Adres strony internetowej koncesjonodawcy:		

I. 2). Rodzaj koncesjonodawcy:

<input type="checkbox"/> Administracja rządowa	<input type="checkbox"/> Uczelnia publiczna
<input type="checkbox"/> Administracja terenowa	<input type="checkbox"/> Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego
<input type="checkbox"/> Administracja samorządowa	<input type="checkbox"/> Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej
<input type="checkbox"/> Podmiot prawa publicznego	<input type="checkbox"/> Inny (<i>proszę określić</i>): _____
<input type="checkbox"/> Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd, trybunał	

SEKCJA II: PRZEDMIOT KONCESJI

Nazwa nadana koncesji przez koncesjonodawcę: _____
Określenie przedmiotu koncesji i jej przewidywanej wartości : _____

Opis potrzeb i wymagań koncesjonodawcy (lub informacja o sposobie uzyskania opisu):
Termin wykonania przedmiotu koncesji (o ile potrzebne)

SEKCJA III: INFORMACJE O CHARAKTERZE PRAWNYM, EKONOMICZNYM, FINANSOWYM I TECHNICZNYM:

III. 1). Warunki udziału:

Opis warunków udziału w postępowaniu i sposób dokonywania oceny spełnienia warunków:
Informacja o oświadczeniach składanych przez wykonawcę:
Informacja o dokumentach składanych przez wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału:

SEKCJA IV: PROCEDURA:

IV. 1) Wadium

Wysokość wadium (<i>jeśli wymagane</i>):
Tryb wnoszenia wadium (<i>jeśli wymagane</i>):

IV. 2). Kryteria oceny ofert:

Kryteria	Znaczenie (jeżeli możliwe do wskazania)
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____

IV. 3). Warunki uznania oferty za nieodpowiadającą wymaganiom:

Warunki uznania oferty za nieodpowiadającą wymaganiom skutkujące niedopuszczeniem ofert do oceny i porównania:

IV. 4). Okoliczności uzasadniające odwołania postępowania:

Okoliczności uzasadniające odwołanie postępowania:

IV. 5). Informacje administracyjne:

Opis przedmiotu koncesji można uzyskać pod adresem:

Miejsce i termin składania wniosków o udzielenie koncesji:

Data: □□/□□/□□□□ (dd/mm/rrrr)

Godzina:

Miejsce:

Uzasadnienie:

Rozporządzenie stanowi wykonanie delegacji ustawowej zawartej w art. 11 ust 5 ustawy z dnia ... o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. nr ... poz. ...) (dalej jako ustawa). Przedmiotowy projekt rozporządzenia określa wzór ogłoszenia o koncesji na usługi, które koncesjonodawca ma obowiązek zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wzór ogłoszenia, który podmiot zamierzający udzielić koncesji na usługi powinien zamieścić w BZP został określony w załączniku do rozporządzenia.

W ogłoszeniu o koncesji na usługi koncesjonodawca powinien zamieścić wszystkie niezbędne informacje, przewidziane w art. 12 ustawy. Ogłoszenie zawiera cztery sekcje. W sekcji pierwszej powinny zostać podane dane dotyczące koncesjonodawcy, takie jak nazwa, adres i adres strony internetowej, jak również rodzaj koncesjonodawcy.

W części drugiej koncesjonodawca powinien określić przedmiot koncesji, podać jego nazwę, jak również opisać przedmiot koncesji, wraz ze swoimi wymaganiami dotyczącymi sposobu, w jaki powinny być świadczone usługi stanowiące przedmiot koncesji. Powinien także podać czas, na jaki zostanie udzielona koncesja, który zgodnie z ustawą nie może być dłuższy niż 15 lat. Koncesjonodawca powinien w sekcji II podać na tyle precyzyjne dane, na ile pozwala na to wstępny etap procedury.

Sekcja III ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane lub usługi będzie zawierała dane ekonomiczne, prawne i techniczne oraz finansowe. W tej części powinny znaleźć się informacje o wymaganiach koncesjonodawcy w zakresie oświadczeń, które kandydaci składają na wstępny etapie, ale także informacja o dokumentach, jakie będą brane pod uwagę na ostatnim etapie procedury określonej w ustawie. W trzeciej części tabeli koncesjonodawca podaje bowiem, jakie dokumenty będą musiały być złożone przez wykonawcę, z którym będzie zawierał umowę.

Bardzo duże znaczenie ma sekcja IV ogłoszenia, w którym wskazane zostały niektóre wymagania proceduralne. W tej części koncesjonodawca powinien określić, czy będzie wymagał wadium, a jeśli tak to w jakiej wysokości. Winien również podać w jakim trybie kandydaci powinni wnosić wadium. Koncesjonodawca podaje tu także kryteria oceny, jakimi będzie się kierował przy ocenie ofert złożonych w drugim etapie postępowania. Znaczenie kryteriów powinno zostać podane jedynie w przypadku, gdy na tym etapie jest możliwe ich określenie przez koncesjonodawcę. W tabeli trzeciej sekcji IV koncesjonodawca podaje jakie mogą być przyczyny uznania oferty za nieodpowiadającą wymaganiom, natomiast w tabeli IV jakie mogą

być przyczyną odwołania postępowania. Okoliczności te powinny być określone zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy. Część 5 sekcji IV ma charakter wyłącznie proceduralny. Koncesjonodawca określi w niej gdzie można otrzymać dokładny opis przedmiotu koncesji, jak również gdzie i do kedy można składać wnioski o udzielenie koncesji.

Rozwiązania zawarte w projekcie są zgodne z prawem Unii Europejskiej.

Przedłożony projekt rozporządzenia nie podlega notyfikacji, o której mowa w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039, z późn. zm.).

Zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingskiej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414) projekt rozporządzenia zostanie udostępniony na stronach urzędowego informatora teleinformatycznego - Biuletynu Informacji Publicznej.

Wejście w życie rozporządzenia nie spowoduje dodatkowych wydatków dla budżetu państwa.

OCENA SKUTKÓW REGULACJI

1. Podmioty, na które oddziałuje regulacja

Projektowana regulacja jest kierowana do podmiotów, które mogą udzielać koncesji na usługi, a zatem na organy władzy publicznej oraz jednostki samorządu terytorialnego, jak również państwowe jednostki budżetowe, zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze.

Regulacja będzie także pośrednio wpływać na wykonawców – podmioty sektora prywatnego zainteresowane świadczeniem usług w ramach koncesji na usługi.

2. Konsultacje społeczne

Projekt rozporządzenia zostanie poddany konsultacjom poprzez:

1. Przesłanie do następujących organizacji zrzeszających przedsiębiorców:
3. Zamieszczenie na stronach Biuletynu Informacji Publicznej.

3. Wpływ regulacji na koszty społeczne

Proponowana regulacja nie wpłynie na koszty społeczne.

4. Wpływ regulacji na sektor finansów publicznych, w tym budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego, skutki finansowe

Brak wpływu.

5. Wpływ regulacji na rynek pracy

Brak wpływu.

6. Wpływ regulacji na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw, sytuację i rozwój regionalny

Brak wpływu.

7. Wpływ na sytuację i rozwój regionalny

Brak wpływu.