

## UZASADNIENIE

### I. Cel projektowanej regulacji

Projekt ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi, zwanej dalej „ustawą” lub „nową ustawą”, ma na celu implementację do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U.U.E.L.2014.94.1), zwanej dalej „dyrektywą koncesyjną”.

Dyrektywa koncesyjna cechuje się z jednej strony charakterystycznymi dla umów koncesji uproszczeniami w stosunku do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, z drugiej zaś zawiera znaczną część identycznych w stosunku do zamówień publicznych przepisów, które były przewidziane w ramach dyrektyw tzw. pakietu zamówień publicznych, obejmującego obok dyrektywy koncesyjnej dyrektywy:

- 1) Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r. str. 65), dalej „dyrektywa klasyczna 2014/24/UE”,
- 2) Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r. str. 243), dalej „dyrektywa sektorowa 2014/25/UE”.

Przyjęcie ww. dyrektyw wiąże się w szczególności z uznaniem kluczowej roli zamówień publicznych oraz umów koncesji w realizacji strategii „Europa 2020” określonej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym „Europa 2020, strategia na rzecz inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu” („strategia Europa 2020”). W ślad za motywem 3 dyrektywy koncesyjnej szeroko rozumiane zamówienia publiczne i koncesje na roboty budowlane lub usługi stanowią „jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. W tym kontekście umowy koncesji są ważnymi instrumentami długoterminowego rozwoju strukturalnego infrastruktury i usług strategicznych, przyczyniając się do osiągania postępów w zakresie konkurencji na rynku wewnętrznym, umożliwiając korzystanie z wiedzy eksperckiej sektora prywatnego oraz pomagając osiągnąć wydajność i innowacyjność.

Celem uchwalenia dyrektywy koncesyjnej było ograniczenie niepewności prawnej przy udzielaniu koncesji oraz sprzyjanie publicznym i prywatnym inwestycjom w infrastrukturę i usługi strategiczne, przy zapewnieniu najlepszego stosunku jakości do ceny, w tym ułatwienie realizacji projektów w formule partnerstwa publiczno – prywatnego.

Przyjęcie w 2014 r. przez Parlament Europejski i Radę nowej dyrektywy koncesyjnej otworzyło drogę do wprowadzenia zupełnie nowych rozwiązań w zakresie zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, których celem jest wykonywanie zadań publicznych związanych z rozwojem infrastruktury oraz usług dla obywateli, z uwzględnieniem jak największej dostępności tych rozwiązań dla wykonawców, w tym małych i średnich przedsiębiorstw. Celem projektowanej regulacji jest wprowadzenie jasnych i przejrzystych zasad oraz procedur udzielania zamówień w drodze umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, zapewniających zgodność z obowiązującym w tym zakresie prawem Unii Europejskiej.

Ze względu na nowy sposób regulacji unijnej oraz z uwagi na wynikającą z dyrektywy koncesyjnej skalę zmian w stosunku do dotychczasowych przepisów krajowych regulujących udzielanie koncesji na roboty budowlane i usługi konieczne stało się opracowanie projektu nowej ustawy o koncesjach zamiast dokonywania nowelizacji obowiązującej obecnie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2015 r., poz. 113).

Nowa ustawa wdraża do prawa krajowego uregulowania prawa unijnego dotyczące:

1. definicji umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi,
2. konieczności przeniesienia na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług, obejmującego ryzyka związane z popytem lub podażą, albo oba te ryzyka, jak również zdefiniowania wymienionych ryzyk w celu precyzyjnego odróżnienia umów koncesji na roboty budowlane lub usługi od zamówień publicznych,
3. rozszerzenia zakresu podmiotowego zastosowania przepisów o umowach koncesji poprzez umożliwienie zamawiającym sektorowym zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi,
4. szacowania wartości umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, poprzez odniesienie jej do całkowitego obrotu koncesjonariusza, uzyskanego w okresie obowiązywania umowy, z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane lub usługi będące przedmiotem umowy koncesji, z uwzględnieniem m.in. opcji i przedłużeń

okresu obowiązywania umowy koncesji, przychodów z opłat i kar uiszczanych przez użytkowników, dotacji lub innych korzyści finansowych uzyskiwanych z tytułu realizacji umowy koncesji,

5. ukształtowania wyłączeń od stosowania przepisów ustawy w odniesieniu do umów koncesji poprzez zawężenie katalogu wyłączeń przedmiotowych przewidzianych w dyrektywie koncesyjnej o sektor gospodarki wodno-kanalizacyjnej i sektor transportu publicznego. Przepisy dyrektywy koncesyjnej regulujące kwestie wyłączeń od jej stosowania, nie wprowadzają skierowanego do jej adresatów, zakazu udzielania koncesji w sektorach, objętych wyłączeniami, pozostawiając ustawodawcy krajowemu decyzję o ich ewentualnym stosowaniu. W pozostałym zakresie wyłączenia ukształtowano w sposób zbieżny z projektem ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do zamówień publicznych: klasycznych, sektorowych oraz w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ze szczególnym uwzględnieniem wyłączeń dotyczących zamówień: in-house, odwróconych zamówień in-house i wspólnych zamówień in-house oraz współpracy publiczno-publicznej,
6. wprowadzenia progu stosowania przepisów ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi do zawierania umów o szacunkowej wartości równej lub wyższej od wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Rozwiązanie jest zbieżne z regulacją określającą próg stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych (próg bagatelności). Przekroczenie progu unijnego przewidzianego w dyrektywie koncesyjnej będzie wiązało się z koniecznością publikacji ogłoszenia o takiej koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Informacja w sprawie aktualizacji co dwa lata wartości progu unijnego, będzie podawana przez Komisję Europejską i Prezesa Urzędu w formie komunikatu
7. koncesji mieszanych obejmujących jednocześnie różne rodzaje umów koncesji (roboty budowlane, usługi, usługi społeczne i inne szczególne usługi) oraz umów udzielanych na podstawie różnych reżimów prawnych, tj. obejmujących zarówno umowy koncesji, jak również zamówienia klasyczne, zamówienia sektorowe, zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zamówienia objęte wyłączeniem z art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej,
8. uwzględnienia wśród zasad zawierania umów koncesji konieczności wykrywania i eliminowania konfliktów interesów,

9. wprowadzenia zasady przejrzystości postępowania koncesyjnego, polegającej na udzielaniu informacji z nim związanych wyłącznie w przypadkach przewidzianych w przepisach, w miejsce obecnie obowiązującej zasady jawności postępowań koncesyjnych,
10. umów koncesji zastrzeżonych oraz umów na usługi społeczne i inne szczególne usługi, mających służyć uwzględnieniu aspektów społecznych przy udzielaniu i realizacji umów koncesji na roboty budowlane lub usługi,
11. przyznania zamawiającym swobody w zakresie organizowania postępowania o zawarcie umowy koncesji,
12. zasad ogłaszania o wszczęciu postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji, w szczególności w zakresie miejsca publikacji ogłoszeń przewidzianych w ustawie, stosowania formularzy standardowych określonych w rozporządzeniu Komisji Europejskiej, wyjątków od obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji oraz przewidzenia dopuszczalności publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy koncesji,
13. kryteriów kwalifikacji podmiotowej, obligatoryjnych i fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji oraz kryteriów oceny ofert,
14. ograniczenia czasu na jaki mogą być zawierane umowy koncesji, w celu ograniczenia niekorzystnych zjawisk polegających na ograniczeniu konkurencji w dostępie do rynku,
15. realizacji umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, m.in. w zakresie uwzględnienia szczególnych warunków związanych z realizacją umów koncesji odnoszących się do aspektów gospodarczych, środowiskowych, społecznych, innowacyjnych i związanych z innowacyjnością, podejmowania stosownych środków w celu przestrzegania przez koncesjonariusza przepisów prawa pracy, ochrony środowiska i zabezpieczenia społecznego, podwykonawstwa, rozszerzenia zakresu dopuszczalnych zmian, rozwiązania oraz unieważnienia zawartej umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi,
16. przyznania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych kompetencji organu właściwego w sprawach umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, określenia kompetencji i sposobu realizacji zadań, oraz zakresu współpracy z ministrem właściwym ds. rozwoju regionalnego przy realizacji tego rodzaju czynności,

17. ukształtowania środków ochrony prawnej w postępowaniach w sprawie zawarcia umowy koncesji w sposób analogiczny do mających zastosowanie w zamówieniach publicznych, a tym samym przyznanie wykonawcom ubiegającym się o koncesje możliwości wniesienia odwołania rozpoznawanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym i skargi przez właściwy sąd okręgowy w postępowaniu skargowym, w miejsce wnoszenia skarg i skarg kasacyjnych w trybie sądownoadministracyjnym.

## **II. Zakres regulacji i definicje**

### Zakres przedmiotowy ustawy

Ustawa o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi reguluje zasady dotyczące zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, jak i zasady dotyczące realizacji umów koncesji, w tym ich zmian, oraz środki ochrony prawnej, a także organy właściwe w sprawach zawierania umów koncesji. W świetle dyrektyw unijnych sektor publiczny może zamawiać świadczenia (udzielać zamówień) na podstawie odpłatnych umów w formie:

(1) zamówień publicznych na dostawy, usługi lub roboty budowlane albo

(2) umów koncesji na roboty budowlane lub usługi (stanowiących szczególny rodzaj zamówienia publicznego),

- które różnią się od siebie źródłem pochodzenia środków finansowych służących do sfinansowania wynagrodzenia wykonawcy lub koncesjonariusza oraz przede wszystkim podziałem ryzyk pomiędzy zamawiającym i wykonawcą lub koncesjonariuszem.

Stosownie do postanowień art. 5 pkt 1 dyrektywy koncesyjnej pojęcie „umowy koncesji” oznacza umowę, na podstawie której zamawiający będzie powierzał wykonawcy wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem stanowiącym wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub wykonywania usług będących przedmiotem tej umowy, albo takie prawo wraz z płatnością. Jak wskazuje motyw 11 preambuły do dyrektywy koncesyjnej, koncesje są umowami o charakterze odpłatnym, poprzez które co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza wykonanie robót budowlanych, lub świadczenie usług i zarządzanie nimi, co najmniej jednemu wykonawcy. Przedmiotem takich umów jest nabycie roboty budowlanej lub usługi w drodze koncesji, za które wynagrodzeniem jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub korzystania z usług lub to prawo wraz z odpłatnością. Takie umowy mogą, ale nie muszą,

pociągać za sobą przekazanie własności na rzecz instytucji zamawiających lub podmiotów zamawiających, ale instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające zawsze osiągają korzyści z danych robót budowlanych lub usług. W związku z tym, dyrektywą koncesyjną nie są objęte umowy nie odpowiadające tej charakterystyce, w szczególności umowy, których przedmiotem, stosownie do motywu 15 preambuły do dyrektywy koncesyjnej, jest prawo wykonawcy do eksploatacji – na mocy prawa publicznego lub prywatnego – pewnych domen publicznych lub zasobów, takich jak grunty lub wszelka własność publiczna, zwłaszcza w sektorze morskim lub w zakresie portów żeglugi śródlądowej lub portów lotniczych, na podstawie których państwo, instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający ustanawia wyłącznie ogólne warunki ich wykorzystania, nie nabywając przy tym konkretnych robót budowlanych lub usług. Jest to z reguły przypadek umów dotyczących domen publicznych lub najmu gruntu, zawierających na ogół warunki dotyczące wejścia w posiadanie przez najemcę, planowane zastosowanie gruntu, obowiązki właściciela i najemcy w zakresie utrzymania przedmiotu najmu, czas trwania najmu oraz przekazania własności właścicielowi, kwotę najmu i opłaty powiązane, które uiszcza najemca.

Cechą charakterystyczną zawarcia umowy koncesji jest przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z podażą albo oba te rodzaje ryzyka.

W celu prawidłowego zdefiniowania umowy koncesji, odróżnienia umów koncesji od zamówień publicznych, wyeliminowania problemów interpretacyjnych dotyczących pojęcia „zasadniczego ryzyka”, którym posługuje się ustawa koncesyjna z 2009 r. oraz zapewnienia pewności prawnej zamawiającym, wykonawcom oraz organom orzekającym, w zakresie rozumienia pojęć: ryzyko operacyjne oraz ryzyko popytu i podaży, jako kluczowych pojęć definicyjnych umowy koncesji, w sposób szczegółowy zostały uregulowane zagadnienia dotyczące przejęcia przez koncesjonariusza ryzyka operacyjnego. Nowa ustawa wprowadza pojęcie ryzyka operacyjnego, którego znaczenie odpowiada pojęciu istniejącego obecnie na gruncie ustawy o koncesyjnej z 2009 r. pojęcia ryzyka ekonomicznego, niemniej pojęcie ryzyka operacyjnego zostało opisane w sposób kompleksowy, co znacznie ułatwi jego rozumienie przez zamawiających.

Tak jak w dyrektywie koncesyjnej, „ryzyko operacyjne” oznacza sytuację, w której w normalnych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji, a przeniesione na niego ryzyko obejmuje rzeczywiste poddanie się wahaniom rynku, tak aby potencjalnie

szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie mogły mieć jedynie charakteru nominalnego lub nieistotnego. Ryzyko operacyjne powinno wynikać z czynników, które pozostają poza kontrolą stron. Na potrzeby oceny ryzyka operacyjnego uwzględniana być powinna w spójny i jednolity sposób wartość bieżąca netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza.

#### Zakres podmiotowy ustawy

Projektowana ustawa będzie miała zastosowanie do podmiotów biorących udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz będących stronami umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, tj. do zamawiających, wykonawców, i koncesjonariuszy. W nowej ustawie proponuje się zastąpienie używanego na gruncie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi pojęcia „koncesjodawcy” - „zamawiającym”, który jest określeniem właściwszym z uwagi na fakt, że ta sama grupa podmiotów jest zobowiązana do udzielania zamówień w drodze zarówno zamówień publicznych, jak i umów koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ponadto, konieczne jest wyraźne odróżnienie umów koncesji będących w istocie rodzajem zamówienia, tj. odpłatnej umowy cywilnoprawnej o szczególnym sposobie wynagrodzenia wykonawcy i podziale ryzyk związanych z realizacją umowy koncesji, od koncesji rozumianych jako zezwolenie administracyjnoprawne na prowadzenie określonego rodzaju działalności.

Projekt zakłada, że obowiązek stosowania ustawy do zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi będzie dotyczył zamawiających, których zamknięty katalog został określony w art. 3 projektowanej ustawy. Regulacje przyjęte w tym zakresie w nowej ustawie będą w dużej mierze odzwierciedlać przepisy określające kategorie zamawiających zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych. Katalog zamawiających w stosunku do podmiotów obowiązanych do stosowania ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi ulegnie rozszerzeniu o zamawiających sektorowych, tj. jednostki sektora finansów publicznych, podmioty prawa publicznego i przedsiębiorstwa publiczne, którzy staną się uprawnieni do zawierania umów koncesji w celu prowadzenia zdefiniowanej w słowniczku ustawowym działalności sektorowej, polegającej m.in. na:

- (1) wydobywaniu gazu ziemnego i ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych,
- (2) poszukiwaniu, rozpoznawaniu i wydobywaniu węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych,

(3) tworzeniu sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczaniu energii elektrycznej, gazu, ciepła do takich sieci lub kierowaniu takimi sieciami, z wyjątkiem działalności wykonywanej przez zamawiającego innego niż zamawiający, o którym mowa w art. 3 pkt 1-4,

(4) zapewnieniu lub obsłudze sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, autobusowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych,

(5) zarządzaniu lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępnianiu przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym,

(6) świadczeniu usług pocztowych.

Obowiązek stosowania przepisów projektowanej ustawy do koncesji o wartości równej lub wyższej od wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.

Proponuje się, aby obowiązek stosowania ustawy dotyczył umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 000 euro. Rozwiązanie jest spójne z progiem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Określony w art. 8 ust. 1 dyrektywy koncesyjnej próg jej stosowania wynoszący obecnie 5 225 000 euro (próg unijny) będzie miał znaczenie w odniesieniu do miejsca publikacji ogłoszeń w sprawie koncesji. W celu uwzględnienia transgranicznego wymiaru koncesji o wartości równej lub wyższej od progu unijnego, wprowadzono jednocześnie obowiązek publikacji ogłoszeń o takich koncesjach w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W odniesieniu do koncesji o wartości poniżej progu unijnego, zamawiający będą zobowiązani do publikacji ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Należy stwierdzić, że pomimo braku obowiązku stosowania przepisów dyrektywy koncesyjnej do umów koncesji o wartości poniżej progu, dyrektywa nie tylko nie wprowadza zakazu jej stosowania w stosunku do takich koncesji ale zachęca kraje członkowskie do podejmowania działań zmierzających do usunięcia przypadków niepewności prawa, zakłóceń funkcjonowania rynku wewnętrznego i przeszkód w swobodnym świadczeniu usług. Zgodnie z motywem 8 dyrektywy „Państwom członkowskim należy zezwolić na uzupełnienie i dalsze rozwinięcie tych przepisów, jeśli uznają to za właściwe, zwłaszcza w celu skuteczniejszego zapewnienia przestrzegania zasad określonych powyżej” tj. otwarcia na konkurencję i



zapewnienia pewności prawa. W motywie 23 dyrektywy wyraźnie wskazano, że próg 5 225 000 EUR wskazany w dyrektywie dotyczy koncesji o transgranicznym charakterze.

Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi nie posługuje się pojęciem progu, od którego do umów koncesji należy stosować jej przepisy. Tym samym ustawa ma zastosowanie do każdej umowy koncesji, objętej zakresem art. 1 ustawy, bez względu na jej wartość.

Literalne przeniesienie do krajowego porządku prawnego dyspozycji przepisu art. 8 dyrektywy koncesyjnej, którego skutkiem byłoby wyłączenie stosowania ustawy do koncesji, których szacunkowa wartość jest mniejsza od równowartości kwoty 5 225 000 euro, miałyby doniosłe znaczenie dla rynku koncesji w Polsce, który ciągle znajduje się we wstępnej fazie rozwoju. Od momentu wejścia w życie ustawy koncesyjnej zawarto 63 umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, z których tylko 16 to umowy powyżej progu 5 225 000 euro (wg danych własnych Ministerstwa Rozwoju). Można zatem przyjąć, że zastosowanie progu o powyższej wartości nie będzie czynnikiem stymulującym dla zamawiających do realizacji swoich zadań publicznych w tej formule, gdyż wprowadzi to niepewność prawną dla koncesji poniżej progu unijnego.

Ze względu na okoliczność, że komunikat Komisji Europejskiej nie jest aktem prawa europejskiego o charakterze wiążącym kraje członkowskie, w projekcie ustawy proponuje się publikowanie informacji o wartości progu unijnego w złotych polskich przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w drodze komunikatu ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitorze" Polski oraz na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, niezwłocznie po publikacji komunikatu Komisji Europejskiej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Powyższe rozwiązanie zwiększy pewność prawa w zakresie obowiązku stosowania przepisów ustawy przez zamawiających w zakresie określania na potrzeby krajowych zamawiających wartości progu unijnego dla umów koncesji wyrażonego w złotych polskich oraz upowszechnienia wśród tych zamawiających powyższej informacji mającej podstawowe znaczenie dla prawidłowego wypełnienia obowiązków wynikających z przygotowywanej ustawy.

#### Szacowanie wartości umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi

Poza zasadniczą zmianą dotyczącą definiowania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi w aspekcie ryzyk ponoszonych przez koncesjonariusza, podstawowe znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów nowej ustawy będzie miało szacowanie wartości

koncesji, które diametralnie różni się w porównaniu do dotychczasowych przepisów w tym zakresie obowiązujących na gruncie art. 9 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, stosownie do którego wartością koncesji jest tylko szacunkowy koszt robót budowlanych i całkowita wartość związanych z nimi dostaw, a w przypadku koncesji na usługi szacunkowy koszt świadczonych usług.

Projekt ustawy wprowadza nową definicję szacunkowej wartości umowy koncesji, którą jest całkowity przychód koncesjonariusza uzyskany w okresie obowiązywania umowy, bez VAT, w odróżnieniu od kosztu robót oraz szacunkowej całkowitej wartości dostaw dla koncesji na roboty budowlane albo szacunkowego kosztu świadczonych usług dla koncesji na usługi w obecnej ustawie koncesyjnej. Proponuje się, aby szacunkową wartością umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi był całkowity przychód koncesjonariusza uzyskiwany w okresie obowiązywania umowy netto (bez podatku od towarów i usług), oszacowany przez zamawiającego z należytą starannością, z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane lub usługi, będące przedmiotem koncesji oraz dostawy towarzyszące takim robotom lub usługom. Zamawiający będzie zobowiązany do szacowania wartości umowy koncesji przy użyciu obiektywnej metody określonej w dokumentach koncesji, uwzględniając w stosownych przypadkach, m.in.:

- (1) wartość opłaty i przedłużenia okresu obowiązywania koncesji,
- (2) przychody z opłat i kar uiszczanych przez użytkowników robót budowlanych lub usług, za wyjątkiem pobieranych w imieniu zamawiającego,
- (3) płatności lub inne korzyści finansowe, otrzymane od zamawiającego lub innego organu publicznego,
- (4) wartości dotacji lub innych korzyści finansowych,
- (5) przychody ze sprzedaży aktywów wchodzących w skład przedmiotu umowy koncesji,
- (6) wartości dostaw i usług udostępnionych koncesjonariuszowi przez zamawiającego, jeżeli są one niezbędne do wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług oraz
- (7) nagrody lub płatności na rzecz wykonawców.

Proponuje się wprowadzić zasadę, że jako szacunkową wartość umowy koncesji przyjmuje się wartość umowy koncesji obowiązującą na dzień przekazania ogłoszenia o koncesji lub wstępnego ogłoszenia informacyjnego do publikacji, a w przypadku, gdy takie ogłoszenie nie jest publikowane – wartość obowiązującą na dzień wysłania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji. Zgodnie z postanowieniami dyrektywy, w projektowanej ustawie

została przewidziana także regulacja, zgodnie z którą, w przypadku gdy wartość zawieranej umowy koncesji netto będzie wyższa o ponad 20% od szacunkowej wartości umowy koncesji, ustalonej na dzień przekazania ogłoszenia lub na dzień wysłania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji, to za szacunkową wartość umowy koncesji będzie poczytywało się wartość umowy koncesji z momentu zawarcia tej umowy. Proponuje się również, aby wyraźnie wskazać w przepisach, że zamawiający nie może:

(1) dokonywać wyboru metody wykorzystywanej do szacowania wartości umowy koncesji lub (2) dzielić umowy koncesji (chyba, że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami), w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy przy zawarciu umowy koncesji.

Projektowana ustawa będzie również przewidywać, że gdy proponowane wykonanie obiektu budowlanego lub świadczenie usług lub zarządzanie tymi usługami będzie mogło skutkować zawarciem umowy koncesji w odrębnych częściach (tj. na podstawie odrębnych umów koncesji), przy zawarciu każdej z tych umów, zamawiający będzie uwzględniał całkowitą szacunkową wartość wszystkich tych części. Tym samym, gdy łączna szacunkowa wartość części koncesji będzie przekraczała próg zastosowania przepisów ustawy o umowach koncesji, zamawiający będzie stosował przepisy tej ustawy do każdej z tych części. Powyższe uregulowania będą stanowiły wdrożenie postanowień art. 8 dyrektywy koncesyjnej.

#### Wyłączenia obowiązku stosowania przepisów projektowanej ustawy do zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi

Proponuje się, ograniczenie katalogu wyłączeń przewidzianego w dyrektywie koncesyjnej o wyłączenia dot. umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, w sektorze gospodarki wodno-kanalizacyjnej i sektorze transportu publicznego. Biorąc pod uwagę okoliczność, że ww. sektory cieszą się zainteresowaniem zamawiających, pozostawienie ich w katalogu wyłączeń miałyby negatywny wpływ na rynek koncesji w Polsce.

Pozostałe wyłączenia stanowią powtórzenie wyłączeń przewidzianych w obecnych, jak również przewidzianych do wdrożenia w niedalekiej przyszłości, unijnych i krajowych przepisach dotyczących zamówień klasycznych, sektorowych i w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W odróżnieniu od obowiązujących regulacji, nowa ustawa wprowadza szeroki katalog wyłączeń, obejmujących nowe sektory takie jak: usługi prawnicze, usługi finansowe, usługi transportu lotniczego, usługi w zakresie badań naukowych. Wprowadzane wyłączenia mają odpowiednio charakter podmiotowy i przedmiotowy.

Proponuje się, aby projektowana ustawa o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi przewidywała wyłączenia obowiązku jej stosowania w odniesieniu do umów koncesji:

1. do których zamawiający mają obowiązek przeprowadzić postępowanie zgodnie z procedurami odmiennymi od przewidzianych w ustawie, określonymi m.in. w umowach międzynarodowych lub przez międzynarodowe organizacje lub międzynarodowe instytucje finansowe,
2. w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
3. na usługi arbitrażowe lub pojednawcze,
4. na usługi Narodowego Banku Polskiego,
5. na usługi w zakresie nabycia własności lub innych praw rzeczowych do nieruchomości lub wstąpienie w stosunek obligacyjny, którego przedmiotem jest nieruchomość, w szczególności w dzierżawę lub najem, bez względu na sposób finansowania,
6. na usługi w zakresie nabycia, opracowania, produkcji lub koprodukcji materiałów do audycji przeznaczonych na potrzeby audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych udzielanych przez dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych,
7. na określone usługi prawnicze,
8. na usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, zakupem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, operacji przeprowadzanych z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem Stabilności,
9. pożyczki lub kredyty, bez względu czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, z zakupem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych,
10. na usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom, świadczone przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym i objęte kodami CPV wymienionymi w projekcie ustawy, z wyjątkiem usług transportu sanitarnego pacjentów,
11. na usługi transportu lotniczego, świadczone w oparciu o koncesję udzieloną na podstawie rozporządzenia w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie,

12. którym nadano klauzulę „poufne”, „tajne” albo „ściśle tajne”, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa, lub jeżeli wymaga tego ochrona bezpieczeństwa publicznego, pod warunkiem, że nie można zagwarantować odpowiednio: ochrony informacji objętych klauzulami, ochrony istotnego interesu bezpieczeństwa państwa, ochrony bezpieczeństwa publicznego, lub ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa przez mniej uciążliwe środki, w szczególności poprzez nałożenie wymagań mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez zamawiającego w trakcie postępowania o zawarcie umowy koncesji,
13. na usługi, innym zamawiającym, o których mowa w art. 3 pkt 1-4, którym przyznano prawo wyłączne do świadczenia tych usług,
14. na usługi, na podstawie prawa wyłącznego, które zostało przyznane zgodnie z postanowieniami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej lubi unijnymi aktami prawnymi przepisów, określającymi wspólne zasady dostępu do rynku, mającymi zastosowanie do rodzajów działalności, określonymi podanych w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydanym zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych,
15. udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmioty prawa publicznego lub związki wymienionych podmiotów, których głównym celem jest oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej, eksploatacja takiej sieci lub świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą takiej sieci,
16. na usługi badawcze i rozwojowe,
17. na usługi prowadzenia loterii,
18. w zakresie łączności telekomunikacyjnej,
19. udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmioty prawa publicznego lub związki wymienionych podmiotów, na potrzeby prowadzenia działalności w państwie nie będącym członkiem Unii Europejskiej, w warunkach, w których nie zachodzi fizyczne wykorzystanie sieci lub obszaru geograficznego w obrębie Unii Europejskiej,

20. udzielanych pomiędzy podmiotami w sektorze publicznym, w ramach zamówień in-house, odwróconych zamówień in-house oraz zamówień in-house udzielanych wspólnie przez zamawiających, współpracy publiczno-publicznej, udzielanych podmiotom wykonującym działalność sektorową w ramach przedsiębiorstw powiązanych oraz utworzonym przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej,
21. udzielanych przez zamawiających, jeżeli Komisja Europejska w drodze decyzji stwierdziła, że działają na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony, albo jeżeli nie wydała takiej decyzji w terminie zgodnie z dyrektywą sektorową.

### Definicje

Ze względu na podobieństwa systemowe umów koncesji oraz zamówień publicznych, jak również zasadność utworzenia jednego publikatora, służącego do zamieszczania w nim ogłoszeń dotyczących tych ww. dwóch sposobów odpłatnego nabywania świadczeń przez zamawiających, proponuje się, aby w sposób podobny do przewidzianego w projekcie nowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych zdefiniować pojęcia „Biuletynu Zamówień Publicznych”, który będzie służył do publikacji wszystkich ogłoszeń, przewidzianych w projektowanej ustawie o umowach koncesji (o koncesji, o udzieleniu koncesji, wstępne ogłoszenie informacyjne, o zamiarze zawarcia umowy koncesji, o zmianie umowy), jak również dotyczących zamówień publicznych, jako repozytorium ogłoszeń przewidzianych w przedmiotowej ustawie, znajdujące się na platformie Zamówień, określonej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Proponuje się, aby zdefiniować „dokumenty koncesji”, jako dokumenty, które sporządził, wytworzył lub do których odwołuje się zamawiający, w celu opisania lub ustalenia elementów koncesji lub postępowania o zawarcie umowy koncesji, w tym w szczególności ogłoszenie o koncesji, wstępne ogłoszenie informacyjne, zaproszenie do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji, zaproszenie do składania ofert, opis warunków umowy koncesji, formaty przedstawiania dokumentów przez wykonawców, informacje na temat mających ogólne zastosowanie obowiązków oraz inne dodatkowe dokumenty, w tym dotyczące formatu przedstawiania dokumentów przez wykonawców lub zawierające informacje na temat mających ogólne zastosowanie obowiązków.

W celu precyzyjnego określenia różnych etapów i form ubiegania się przez wykonawców o zawarcie umowy koncesji, co ma szczególne znaczenie w przypadku postępowania o zawarcie umowy koncesji, którego przebieg nie wynika wprost z przepisów projektowanej ustawy (tak jak w przypadku trybów udzielania zamówień publicznych), lecz jest określany przez zamawiającego, proponuje się zdefiniować następujące pojęcia użyte w projekcie ustawy:

„wykonawca”, którym będzie mogła być osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej lub grupa takich podmiotów, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług, ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego lub złożyły ofertę,

oraz

„koncesjonariusz” – wykonawca, z którym zawarto umowę koncesji.

Na potrzeby określenia przedmiotu umowy koncesji na roboty budowlane, proponuje się zdefiniować pojęcia: „wykonanie robót budowlanych” – wykonanie albo zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I do dyrektywy koncesyjnej, lub obiektu budowlanego, lub realizację, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez zamawiającego mającego decydujący wpływ na rodzaj lub projekt tego obiektu oraz „obiekt budowlany” – wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej lub wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

. Działalność sektorowa polega na:

- a) wydobywaniu gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych,
- b) poszukiwaniu, rozpoznawaniu lub wydobywaniu węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych,
- c) tworzeniu sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła, lub dostarczaniu energii elektrycznej, gazu lub ciepła do takich sieci, lub kierowaniu takimi sieciami, z wyjątkiem działalności wykonywanej przez zamawiającego innego niż zamawiający, o którym mowa w art. 3 pkt 1-4, polegającej na:
  - dostarczaniu gazu lub ciepła do sieci, jeżeli: produkcja gazu lub ciepła stanowi nieuniknioną konsekwencję prowadzenia działalności innej niż określona lit. a-e oraz dostarczanie gazu lub ciepła ma na celu wyłącznie ekonomiczne wykorzystanie produkcji i w

okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia publicznego, nie przekracza 20 % przeciętnych obrotów zamawiającego,

- dostarczaniu energii elektrycznej do sieci, jeżeli: produkcja energii elektrycznej jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w lit. a-e oraz dostarczanie energii elektrycznej jest uzależnione wyłącznie od własnego zużycia i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia publicznego, nie przekracza 30 % łącznej produkcji,

d) zapewnieniu lub obsłudze sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, autobusowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych,

e) zarządzaniu lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępnianiu przewoźnikom powietrznym, morskim lub śródlądowym,

g) świadczeniu usług pocztowych; zamawiający udzielający zamówień sektorowych, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w celu prowadzenia działalności związanej ze świadczeniem usług pocztowych stosują przepisy ustawy do świadczenia usług zarządzania usługami pocztowymi lub usług dotyczących przesyłek innych niż pocztowe,

h) tworzeniu sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej, lub dostarczaniu wody pitnej do takich sieci, lub kierowaniu takimi sieciami.

Definicja „Wspólnego Słownika Zamówień” będzie stanowić wdrożenie art. 27 ust. 1 dyrektywy koncesyjnej, zgodnie z którym wszelkie odniesienia do nomenklatur w kontekście udzielania koncesji są dokonywane z wykorzystaniem Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), stanowiącego załącznik Nr I do rozporządzenia (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. Wspólnego Słownika Zamówień CPV.

Używane w projekcie ustawy pojęcie „środków komunikacji elektronicznej” będzie rozumiane, tak samo jak w przepisach ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

#### Umowy mieszane

Proponuje się uregulowanie w projekcie ustawy zagadnień dotyczących koncesji mieszanych obejmujących jednocześnie różne rodzaje umów koncesji (roboty budowlane, usługi, usługi



społeczne i inne szczególne usługi) oraz różne reżimy prawne, tj. zarówno umowy koncesji, jak również zamówienia klasyczne, zamówienia sektorowe, zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz objęte wyłączeniem z art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

W zakresie umów koncesji obejmujących różne rodzaje świadczeń składające się na przedmioty umowy (roboty budowlane i usługi), proponuje się wprowadzić zgodnie z art. 20 ust. 1 dyrektywy koncesyjnej zasadę, zgodnie z którą jeżeli przedmiot umowy koncesji obejmuje wykonanie robót budowlanych oraz usługi, do zawarcia umowy koncesji stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju koncesji, który odpowiada głównemu przedmiotowi danej koncesji. Jeżeli natomiast przedmiot umowy koncesji obejmuje równocześnie usługi społeczne i inne szczególne usługi szczególne, o których mowa w załączniku IV do dyrektywy koncesyjnej oraz inne usługi, stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia publicznego, którego szacowany udział w danym tym zamówieniu jest największy.

W ślad za regulacjami dyrektywy koncesyjnej przepisy nowej ustawy przewidują różne rozwiązania w zależności od tego, czy przedmiot umowy koncesyjnej można podzielić, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych oraz w przypadku umowy koncesji, w odniesieniu do których nie jest możliwe określenie rodzaju działalności, której ta umowa koncesji ma dotyczyć.

Jeżeli przedmiot umowy koncesji, który nie może być podzielony, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, obejmuje umowę koncesji na usługi i zamówienie publiczne na dostawy, główny przedmiot ustala się, przez określenie, która z szacowanych wartości danych usług lub dostaw jest wyższa. Jeżeli przedmiot umowy koncesji można podzielić, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, zamawiający może zawrzeć odrębne umowy, których przedmiotem będą poszczególne odrębne części, stosując do postępowania o zawarcie każdej z umów przepisy właściwe dla tych części z uwagi na ich charakterystyczne cechy lub zawrzeć jedną umowę koncesji.

Jeżeli przedmiot umowy koncesji obejmuje:

- 1) części, do których mają zastosowanie przepisy ustawy oraz zamówienia publiczne, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i pkt 5 lub w art. 2 pkt 14 projektu nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, których szacunkowa wartość danego zamówienia jest wyższa od wartości, od której mają zastosowanie przepisy ustawy do

udzielania tego rodzaju zamówień, stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych;

2) części, z których część jest objęta art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do zawarcia tej umowy koncesji nie stosuje się przepisów ustawy, jeżeli zawarcie jednej umowy koncesji jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych;

3) umowy koncesji, których część stanowi zamówienie, o którym mowa w art. 2 pkt 15 projektu nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, do udzielenia którego stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, do zawarcia takiej umowy stosuje się ustawę albo ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jeżeli zawarcie jednej umowy koncesji jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych;

4) części, które obejmują umowy koncesji, służące prowadzeniu działalności sektorowej oraz umowy koncesji, które są objęte art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, do zawarcia umowy koncesji nie stosuje się przepisów ustawy;

5) części, które obejmują umowy koncesji, służące prowadzeniu działalności sektorowej oraz zamówienia, o których mowa w art. 2 pkt 15 projektu nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, do zawarcia takiej umowy stosuje się ustawę albo ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych;

6) kilka różnych rodzajów działalności, w szczególności służących prowadzeniu działalności sektorowej, do zawarcia umowy takiej koncesji stosuje się przepisy mające zastosowanie do tego rodzaju działalności, który stanowi działalność główną;

7) części, do których mają zastosowanie przepisy ustawy oraz części inne niż wymienione w pkt 1 - 6, jeżeli zamawiający podejmie decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, zastosowanie mają przepisy ustawy.

W rozdziale dotyczącym koncesji mieszanych, w ślad za odpowiednimi postanowieniami dyrektywy koncesyjnej, proponuje się uregulowanie, zgodnie z którym zamawiający nie będą mogli w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, łączyć przedmiotu umowy koncesji z przedmiotem objętym art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej lub stanowiącym zamówienie, o którym mowa w art. 2 pkt 15 projektu nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

W przypadku umowy koncesji, której przedmiot obejmuje różne rodzaje działalności i nie jest możliwe określenie głównego przedmiotu umowy, do postępowań o zawarcie tej umowy stosuje się przepisy dotyczące:

- 1) udzielania zamówień publicznych, jeżeli jeden z rodzajów działalności dotyczy zamówień publicznych, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 projektu nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, a drugi umowy koncesji, do zawarcia której stosuje się przepisy ustawy;
- 2) zawarcia umowy koncesji, jeżeli jeden z rodzajów działalności dotyczy:
  - a) umowy koncesji, a drugi nie dotyczy zamówień, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i pkt 5 lub w art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych,
  - b) umowy koncesji, a drugi dotyczy umowy koncesji, do udzielania których nie stosuje się przepisów ustawy.

Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy podejmować decyzji o zawarciu jednej umowy koncesji lub kilku odrębnych umów koncesji.

W przypadku, gdy przedmiot umowy koncesji, który nie może być podzielony, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, obejmuje:

- 1) umowy koncesji, których część jest objęta art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, do zawarcia takiej umowy koncesji nie stosuje się przepisów ustawy;
- 2) części, które stanowią zamówienie, o którym mowa w art. 2 pkt 15 projektu nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, do postępowania o zawarcie takiej umowy koncesji stosuje się ustawę lub ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, o których mowa w art. 2 pkt 15 projektu nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

#### Zasady zawierania umów koncesji

W projekcie nowej ustawy o umowach koncesji zostaną wdrożone, przewidziane w art. 3 dyrektywy koncesyjnej, zasady:

1. otwarcia na konkurencję postępowań o zawarcie umowy koncesji,

2. zakazu przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób mający na celu obejście stosowania ustawy lub w sposób mający na celu nieuzasadnione działanie na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców lub niektórych robót budowlanych, dostaw lub usług ,
3. zapewnienia przez zamawiającego równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz działania w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Proponuje się również szczegółowe uregulowanie zagadnień odnoszących się do zapobiegania konfliktom interesów. Pod pojęciem konfliktu interesów będzie się rozumieć, stosownie do art. 35 dyrektywy koncesyjnej, sytuację, w której osoby wykonujące po stronie zamawiającego czynności w związku z prowadzeniem postępowania o zawarcie koncesji lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania, mają bezpośrednio lub pośrednio interes finansowy, ekonomiczny lub interes osobisty, który może być postrzegany jako zagrażający ich bezstronności lub niezależności w związku z tym postępowaniem. W celu zapewnienia zamawiającym odpowiednich środków do wykrywania i eliminowania konfliktów interesów w postępowaniach koncesyjnych, proponuje się, aby osoby wykonujące czynności w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub mogące mieć wpływ na jego wynik składały, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności skutkujących ich wyłączeniu z postępowania lub dokonywania czynności. W celu doprecyzowania momentu, w którym będą składane tego rodzaju oświadczenia, oraz zapewnienie zamawiającym wiedzy o ewentualnym konflikcie interesów, na jak najwcześniejszym etapie postępowania koncesyjnego, proponuje się, aby oświadczenia były składane przez wskazane osoby niezwłocznie po powzięciu wiadomości o okolicznościach, stanowiących podstawę do wyłączenia, a oświadczenie o braku istnienia tych okoliczności nie później niż przed zawarciem umowy koncesji.

Proponuje się, aby do koncesji, podobnie, jak w przypadku zamówień publicznych, w zakresie czynności w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz umów koncesji miały zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, w zakresie w jakim przepisy projektowanej ustawy nie będą stanowiły inaczej.

Z uwzględnieniem przepisów dyrektywy koncesyjnej, proponuje się uregulowanie kwestii związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o zawarcie umowy koncesji oraz zachowaniem poufności informacji przekazywanych wykonawcom przez zamawiającego w toku postępowania koncesyjnego.

W rozdziale dotyczącym zasad zawierania umów koncesji, proponuje się również wdrożenie postanowień dyrektywy koncesyjnej mające zastosowanie do komunikacji w trakcie postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 29 dyrektywy koncesyjnej). Proponuje się, aby informacje, dokumenty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty, oświadczenia, zawiadomienia były przekazywane zgodnie z wyborem zamawiającego, za pośrednictwem operatora pocztowego, przez posłańca, osobiście przez wykonawcę lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W celu uregulowania zgodnie z dyrektywą koncesyjną i w sposób przejrzysty przekazywania informacji ustnie, w tym telefonicznie, proponuje się, aby przekazywanie informacji w tej formie odbywało się za zgodą zamawiającego, oraz nie dotyczyło istotnych elementów postępowania o udzielenie koncesji oraz ich treść została odpowiednio utrwalona na trwałym nośniku.

Podkreślić należy, że wybrane przez zamawiającego środki komunikacji w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji powinny być: (1) ogólnie dostępne, (2) niedyskryminacyjne, (3) nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do postępowania, (4) a środki komunikacji elektronicznej i ich właściwości powinny być interoperacyjne z produktami teleinformatycznymi będącymi w powszechnym użyciu.

W świetle projektu ustawy, zamawiający powinien zapewnić zachowanie integralności danych, poufności wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert (w ramach komunikacji, wymiany i przechowywania informacji) oraz powinien zapewnić brak możliwości zapoznania się, przez kogokolwiek, z treścią wniosków i ofert przed upływem terminu wyznaczonego na ich składanie.

#### Umowy koncesji zastrzeżone oraz umowy koncesji na usługi społeczne oraz inne szczególne usługi

W celu umożliwienia zamawiającym uwzględnienia przy realizacji umów koncesji względów społecznych, dotyczących m. in. społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych lub innych osób defaworyzowanych (zgodnie z art. 35 dyrektywy koncesyjnej), w projektowanej ustawie zaproponowano przepisy, zgodnie z którymi zamawiający będą mogli zastrzec odpowiednio w ogłoszeniu o koncesji albo we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, że o zawarcie umowy koncesji mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej lub inni wykonawcy, których statutowym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz

zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub osób defaworyzowanych. Projekt ustawy stanowi również, że zamawiający określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców.

W przypadku koncesji na usługi społeczne i inne usługi szczególne, wymienione w załączniku IV do dyrektywy koncesyjnej, której wartość przekracza próg stosowania ustawy, zamawiający będzie miał wyłącznie obowiązek: publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, chyba że obowiązek taki jest wyłączony zgodnie z art. 26, oraz publikacji ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji, o którym mowa w art. 29 ustawy. Powyższa regulacja stanowi wdrożenie przepisu art. 19 dyrektywy koncesyjnej.

Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zawarcie umowy koncesji (konsorcjum), na zasadach określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych

### Procedura

Proponuje się, aby zapewnić zamawiającym wynikającą z art. 30 ust. 1 dyrektywy koncesyjnej swobodę organizowania postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji, zgodnie z regułami określonymi przepisami projektowanej ustawy.

Proponuje się jednocześnie określić w przepisach projektowanej ustawy podstawowe elementy procedury, które będą mogły być zastosowane przez zamawiającego, odpowiednio do prowadzonego postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. W projekcie ustawy, proponuje się wskazać, że zamawiający będzie mógł przeprowadzić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, w którym:

1. w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji, oferty (w tym również oferty wstępne) wraz z informacjami na potrzeby kwalifikacji podmiotowej składają wszyscy zainteresowani wykonawcy, lub
2. w odpowiedzi na ogłoszenie wszyscy zainteresowani wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z informacjami na potrzeby kwalifikacji podmiotowej (w szczególności w celu przeprowadzenia prekwalifikacji), lub
3. przeprowadza się negocjacje z dopuszczonymi do udziału wykonawcami.

Wskazane elementy procedury mogą zostać zastosowane niezależnie od siebie lub też łącznie, według wyboru zamawiającego. Proponowane uregulowanie powinno pozwolić zamawiającemu na zorganizowanie procedury jednoetapowej lub wieloetapowej, z

dopuszczeniem składania ofert wstępnych, z prekwalifikacjami podmiotowymi oraz z negocjacjami ze wszystkimi lub prekwalifikowanymi wykonawcami, w sposób dostosowany do przedmiotu, wartości, stopnia złożoności i specyfiki planowanego przez zamawiającego do udzielenia przedmiotu umowy koncesji.

Przykładowo w postępowaniu, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie, oferty wraz z informacjami na potrzeby kwalifikacji podmiotowej składają wszyscy zainteresowani wykonawcy, nie jest wykluczone przeprowadzenie następnego etapu, w którym będą prowadzone negocjacje z dopuszczonymi do udziału wykonawcami, pod warunkiem, że zamawiający w ogłoszeniu wymagał od wykonawców ofert wstępnych.

Podobnie w przypadku postępowania, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie wszyscy zainteresowani wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji wraz z informacjami na potrzeby kwalifikacji podmiotowej, zamawiający może zdecydować o przeprowadzeniu drugiego etapu z wykorzystaniem negocjacji lub bezpośrednio zaprosić do składania ofert zakwalifikowanych wykonawców.

Kolejnym przykładem postępowania wieloetapowego, będzie postępowanie, w którym zamawiający zaprasza wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, do składania ofert wstępnych, a następnie prowadzi negocjacje, po czym zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych.

Procedura, jaką zamierza wykorzystać zamawiający w celu przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji powinna być określona na etapie przygotowania postępowania w „opisie planowanego postępowania”. Opis planowanego postępowania będzie stanowił dokument koncesji, i jako taki będzie udostępniany na stronie internetowej od daty opublikowania ogłoszenia o koncesji, a w przypadku braku obowiązku publikacji, od daty wysłania zaproszenia do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.

Powyższe rozwiązania znajdują swą podstawę w treści motywu 68 dyrektywy koncesyjnej, zgodnie z którym „koncesje są zazwyczaj długoterminowymi, złożonymi porozumieniami, na mocy których koncesjonariusz przyjmuje na siebie obowiązki i ryzyko ponoszone zwykle przez instytucje zamawiające i podmioty zamawiające i wchodzące w zakres ich kompetencji. Z tego względu, z zastrzeżeniem zgodności z niniejszą dyrektywą i zasadami przejrzystości i równego traktowania, instytucje zamawiające i podmioty zamawiające powinny dysponować znaczną elastycznością w definiowaniu i organizowaniu postępowania prowadzącego do wyboru koncesjonariusza. Jednak by zapewnić równe traktowanie i przejrzystość na przestrzeni całego procesu udzielania koncesji, należy zapewnić podstawowe gwarancje dotyczące tego procesu, w tym informacje na temat charakteru i zakresu koncesji,

ograniczenia liczby kandydatów, rozpowszechniania informacji wśród kandydatów i oferentów oraz dostępności odpowiedniej ewidencji.”

### Unieważnienie postępowania

Proponuje się doprecyzowanie w projekcie ustawy przesłanek unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji. Zamawiający będzie zobowiązany unieważnić postępowanie w sprawie zawarcia umowy koncesji, gdy dalsze prowadzenie postępowania nie będzie możliwe, w przypadku, gdy nie złożono żadnej oferty albo żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wszystkie oferty albo wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone. Zamawiający będzie mógł także unieważnić postępowanie, w przypadku wystąpienia innych uzasadnionych przesłanek o charakterze obiektywnym. Wśród głównych przyczyn dopuszczalności unieważnienia postępowania proponuje się wskazać w projekcie ustawy istotną zmianę okoliczności, z powodu której prowadzenie postępowania lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie będzie leżało w interesie publicznym. Każdorazowo decyzja o unieważnieniu postępowania powinna zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne.

### Ogłoszenia i dokumenty koncesji

W rozdziale dotyczącym ogłoszeń i dokumentów koncesji proponuje się uregulowanie takich kwestii: jak sposób zapraszania przez zamawiającego do udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji (ogłoszenie o koncesji/wstępne ogłoszenie informacyjne/zaproszenie do ubiegania się o udzielenie koncesji), przypadki, w których zamawiający nie ma obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji lub wstępnego ogłoszenia informacyjnego, sposób publikowania, w tym przygotowania i przekazania do publikacji przez zamawiających ogłoszeń przewidzianych w nowej ustawie, publikacja ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, przekazanie przez zamawiającego ogłoszenia o udzieleniu koncesji, udostępniania przez zamawiającego dokumentów koncesji oraz uprawnienia wykonawców do zwrócenia się do zamawiającego o przekazanie dodatkowych informacji dotyczących dokumentów koncesji.

Proponuje się, aby zamawiający zapraszał do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji za pomocą: (1) ogłoszenia o koncesji lub (2) wstępnego ogłoszenia informacyjnego, w przypadku umów koncesji na usługi społeczne lub inne szczególne usługi.

Zamawiający będzie zwolniony od obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji, w przypadku, gdy umowa koncesji będzie mogła być zrealizowana tylko przez jednego wykonawcę, z



powodu: (1) braku konkurencji ze względów technicznych, (2) istnienia praw wyłącznych, w tym praw własności intelektualnej, (3) ochrony praw własności intelektualnej oraz praw wyłącznych, innych niż określone w art. 3 pkt 6 ustawy – o ile nie istnieje odpowiednie rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów zawarcia umowy koncesji, lub (4) gdy celem koncesji jest stworzenie lub nabycie unikatowego dzieła sztuki lub przedstawienia artystycznego. Obowiązek publikacji ogłoszenia o koncesji nie będzie zachodził w przypadku, gdy nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie została złożona żadna oferta albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone ze względu na wykluczenie wykonawców na podstawie art. 33 lub nie spełnienie przez nich kryteriów kwalifikacji określonych przez zamawiającego zgodnie z art. 34, albo żadna ze złożonych ofert bez istotnych zmian nie może zaspokoić potrzeby zamawiającego i spełnić wymogów określonych w dokumentach zamówienia, o ile warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. W tego rodzaju przypadku, zamawiający przekazuje Komisji Europejskiej sprawozdanie, o ile Komisja Europejska wystąpi o jego przekazanie. Zamawiający będzie publikował ogłoszenia dot. koncesji, o wartości równej lub wyższej od progu unijnego w Dzienniku Urzędowym, a ogłoszenia dot. koncesji o wartości równej lub wyższej od kwoty 30 000 euro w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Udostępnianie ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych, w którym będą zamieszczane i przechowywane wszystkie ogłoszenia zamieszczane przez zamawiających, z jednej strony, umożliwi wykonawcom łatwiejszy dostęp do ogłoszeń, gdyż w jednym miejscu zostaną zawarte wszystkie ogłoszenia o umowach koncesji i zamówieniach publicznych, z drugiej zaś strony umożliwi uzyskanie niezbędnych danych służących do monitorowania krajowego systemu umów koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ogłoszenia będą sporządzane na wzorach stanowiących standardowe formularze określone w rozporządzeniu Komisji Europejskiej i przesyłane do publikacji odpowiednio w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i Biuletynie Zamówień Publicznych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W celu jak najszerszego upowszechnienia informacji o planowanym zawarciu umowy koncesji, proponuje się, aby ponadto zamawiający był uprawniony do publikacji ogłoszenia o koncesji w inny sposób, w szczególności w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.

Biorąc pod uwagę, że w ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi nie przewidziano możliwości publikowania ogłoszeń o koncesjach na roboty budowlane w Biuletynie Zamówień Publicznych, natomiast projekt ustawy o umowach koncesji wprowadza

obowiązek publikacji ogłoszeń o koncesjach o wartości poniżej progu 5 225 000 euro w Biuletynie, konieczne będzie przygotowanie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odpowiednich formularzy dla tego rodzaju koncesji, w celu uniknięcia luki prawnej w tym zakresie.

W celu zapewnienia przejrzystości udzielania koncesji bez publikacji ogłoszenia o koncesji oraz w celu zapewnienia potencjalnym wykonawcom możliwości weryfikacji udzielania takiej koncesji poprzez zastosowanie środków ochrony prawnej, proponuje się wprowadzić w zakresie umów koncesji, w odniesieniu do których nie ma obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji, możliwość publikacji przez zamawiającego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy koncesji, które powinno zawierać co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu umowy koncesji oraz jej wielkości lub zakresu;
- 3) uzasadnienie decyzji zamawiającego o zawarciu umowy koncesji bez uprzedniego ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, z którym zamawiający zamierza zawrzeć umowę koncesji.

W ślad za dyrektywą koncesyjną, proponuje się, aby zamawiający był zobowiązany udostępniać dokumenty koncesji od daty opublikowania ogłoszenia o koncesji lub wysłania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy do wybranych wykonawców. W ogłoszeniu lub zaproszeniu, zamawiający będzie zobligowany podawać adres strony internetowej, na której będą dostępne dokumenty koncesji. W uzasadnionych względami technicznymi, związanymi z bezpieczeństwem lub szczególnie wrażliwym charakterem przekazywanych informacji, zamawiający będzie zwolniony z zamieszczania niektórych dokumentów w Internecie, lecz będzie je przekazywał w inny sposób niż za pomocą środków komunikacji elektronicznej. W takim przypadku, zgodnie z postanowieniami dyrektywy koncesyjnej, zamawiający będzie zobowiązany do przedłużenia terminu składania ofert.

Proponuje się, aby wykonawcy byli uprawnieni do zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie dodatkowych informacji lub wyjaśnienie treści dokumentów koncesji. W przypadku, gdy ww. wniosek wpłynie do zamawiającego do połowy terminu przewidzianego na składanie ofert, zamawiający jest zobowiązany udzielić wszystkim wykonawcom odpowiedzi nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert.

### Opis przedmiotu umowy koncesji

W projektowanych przepisach proponuje się, w ślad za postanowieniem art. 36 dyrektywy koncesyjnej, że dokumenty koncesji będą określać wymagane cechy robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem umowy koncesji, odnoszące się do wymogów technicznych i funkcjonalnych. Jednocześnie pewne cechy charakterystyczne robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem umowy koncesji będą mogły mieć odniesienie również do określonego procesu produkcyjnego, realizacji zamówionych robót budowlanych lub świadczenia usług, pod warunkiem że będą one powiązana z przedmiotem umowy koncesji i proporcjonalne do jej wartości oraz celów, i obejmować w szczególności: poziomy jakości, poziomy oddziaływania na środowisko i klimat, dostosowanie projektu do wszystkich potrzeb, w tym dla osób niepełnosprawnych oraz ocenę zgodności, wydajność, bezpieczeństwo lub wymiary, terminologię, symbole, testy i metody testowania, oznakowanie oraz instrukcje użytkownika. Proponuje się wprowadzić regulację, że przedmiotu umowy koncesji nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę lub mogłoby prowadzić do wyeliminowania lub uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów. Wyjątek będzie dotyczyć wyłącznie przypadków, w których nie jest możliwe opisanie przedmiotu umowy koncesji w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu będą towarzyszyć wyrazy "lub równoważne". Ponadto, w świetle projektowanej regulacji nie będzie można odrzucić oferty z tego powodu, że roboty budowlane lub usługi będące przedmiotem oferty, nie spełniają wymogów technicznych i funkcjonalnych, do których się ona odnosi, o ile wykonawca udowodni w ofercie za pomocą stosownych środków, że proponowane rozwiązanie w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu umowy koncesji.

### Terminy składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

Z uwagi na konieczność zapewniania wykonawcom odpowiedniego czasu na przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert, proponuje się, aby zamawiający był zobowiązany ustalać termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub ofert z uwzględnieniem w szczególności złożoności przedmiotu koncesji oraz czasu wymaganego do sporządzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, z zastrzeżeniem terminów minimalnych wskazanych w przedmiotowym projekcie ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ponadto, zgodnie z postanowieniami art. 39 dyrektywy koncesyjnej, proponuje się

uwzględnienie możliwości stosowania szczególnych rozwiązań odnoszących się do sytuacji, gdy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty mogą być złożone jedynie po odbyciu wizji lokalnej albo po dokonaniu na miejscu sprawdzenia dokumentów potwierdzających dokumenty koncesji, zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, w takiej sytuacji zachodzi konieczność wyznaczenia przez zamawiającego dłuższego niż minimalny terminu składania ofert, ofert wstępnych lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Proponuje się, aby minimalne terminy przewidziane w projekcie ustawy zostały uregulowane podobnie jak zostało to przewidziane w art. 39 dyrektywy koncesyjnej. W przypadku ustalenia przez zamawiającego procedury jednoetapowej, gdy w odpowiedzi na ogłoszenie zainteresowani wykonawcy składają oferty oraz w przypadku procedury wieloetapowej, gdy w pierwszym etapie są składane wnioski o dopuszczenie do udziału – minimalny termin składania ofert oraz wniosków będzie wynosił 30 dni od dnia wysłania ogłoszenia o koncesji. Termin składania ofert wstępnych w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji, które toczą się w kolejnych etapach, nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

Ponadto, proponuje się wprowadzenie możliwości skrócenia o 5 dni terminu składania ofert, w tym ofert wstępnych, w przypadku gdy zamawiający dopuści składanie ofert za pomocą środków elektronicznych.

#### Kwalifikacja podmiotowa i kryteria oceny ofert

W projekcie ustawy proponuje się zamieszczenie katalogu przesłanek stanowiących podstawę wykluczenia wykonawców z postępowania o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Wykluczenie wykonawcy w razie zaistnienia jednej ze wskazanych okoliczności będzie obowiązkowe dla zamawiających z sektora publicznego, a fakultatywne w przypadku pozostałych kategorii zamawiających.

W projekcie ustawy proponuje się również wprowadzenie katalogu fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców dla wszystkich kategorii zamawiających.

W projekcie ustawy proponuje się wdrożyć instytucję *tzw. self cleaning*. Zgodnie z przyjętym w dyrektywie koncesyjnej rozwiązaniem, jeżeli będzie zachodzić jedna ze wskazanych w ustawie podstaw wykluczenia, wykonawca będzie mógł w terminie określonym przez

zamawiającego, przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę lub zobowiązanie się do naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym. Wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli zamawiający uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy uzna za wystarczające dowody przedstawione przez wykonawcę. Instytucja ta nie będzie jednak mieć zastosowania, jeżeli wykonawca został skazany prawomocnym wyrokiem sądu na zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego lub zakaz ubiegania się o zawarcie umowy koncesji oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu

Przewiduje się, że zamawiający będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy na dowolnym etapie postępowania o zawarcie umowy koncesji, jeżeli okaże się, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia.

Regulacje przyjęte w nowej ustawie w zakresie podstaw wykluczenia będą zgodne z przepisem art. 38 dyrektywy koncesyjnej, z tym że część podstaw wykluczenia, określonych w dyrektywie jako fakultatywne, będzie miało na gruncie przepisów krajowych – w odniesieniu do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 – charakter obligatoryjny. Chodzi o podstawy wykluczenia wskazane w art. 38 ust. 7 lit. a (w części), d, e oraz g dyrektywy koncesyjnej, które dotyczą okoliczności obiektywnie dyskwalifikujących wykonawcę z ubiegania się o zawarcie umowy koncesji. Proponuje się, aby kryteria kwalifikacji, ustalone przez zamawiającego, będą dotyczyły:

- 1) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 2) zdolności technicznej i zawodowej.

Kryteria te powinny być związane z przedmiotem umowy koncesji, proporcjonalne do tego przedmiotu, powinny zapewniać rzeczywistą konkurencję oraz umożliwić zamawiającemu zweryfikowanie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy niezbędnej do wykonywania umowy koncesji.

Stosownie do projektu ustawy, wykonawca na zasadach określonych w ogłoszeniu o koncesji, będzie zobowiązany złożyć oświadczenie o spełnianiu kryteriów kwalifikacji oraz braku podstaw do wykluczenia. Zamawiający, na zasadach określonych uprzednio w ogłoszeniu,

będzie mógł jednak żądać od kandydata lub oferenta przedłożenia referencji na potwierdzenie złożonego przez niego oświadczenia.

W celu zgodnego z prawem unijnym (art. 38 ust. 1 i 2 dyrektywy koncesyjnej) doprecyzowania zasad powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego przy ubieganiu się i realizacji umowy koncesji, proponuje się, aby w celu wykazania spełnienia kryteriów kwalifikacji, wykonawca mógł, w stosownych przypadkach i w odniesieniu do konkretnej koncesji, polegać na zdolnościach innych podmiotów, bez względu na charakter prawny związków łączących go z tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca będzie jednak obowiązany na podstawie projektowanych przepisów ustawy o umowach koncesji udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami w ciągu całego okresu realizacji umowy koncesji, w szczególności przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. W odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający będzie mógł wymagać od wykonawców i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za wykonanie koncesji.

Zgodnie z postanowieniem art. 41 dyrektywy koncesyjnej, proponuje się w projekcie ustawy o umowach koncesji, aby zamawiający wybierał ofertę najkorzystniejszą spośród ofert spełniających minimalne wymagania określone w dokumentach koncesji, w szczególności wymagania techniczne, fizyczne, funkcjonalne i prawne, na podstawie obiektywnych kryteriów oceny ofert określonych w tych dokumentach, pozwalających ustalić całościową korzyść gospodarczą dla zamawiającego. Zamawiający będzie obowiązany określić kryteria oceny ofert, które będą musiały być związane z przedmiotem koncesji oraz będzie obowiązany wskazać je w dokumentach zamówienia w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. Dokonanie zmiany kolejności kryteriów oceny ofert będzie wymagało poinformowania o tej zmianie wszystkich wykonawców oraz skierowania nowego zaproszenia do składania ofert, z zachowaniem minimalnych terminów wskazanych w projektowanej ustawie. Ponadto, projekt przewiduje, że zmiana kolejności kryteriów oceny ofert nie może powodować naruszenia zasady niedyskryminacji.

Zgodnie z dyrektywą koncesyjną, proponuje się wprowadzenie wyjątku od ogólnej zasady dot. kolejności kryteriów oceny ofert, w myśl którego, w przypadku, gdy oferta będzie zawierać rozwiązanie innowacyjne, stanowiące wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności przedsiębiorczej, organizowaniu pracy, lub relacjach zewnętrznych, w szczególności mające na celu rozwiązanie problemów społecznych lub wspieranie strategii społecznych, o

wyjątkowym poziomie funkcjonalności, których zamawiający nie mógł przewidzieć, mimo zachowania należytej staranności.

### Informowanie wykonawców

W celu zapewnienia przejrzystości postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji w zakresie najważniejszych czynności, wpływających na jego przebieg i zakończenie, proponuje się, aby zamawiający niezwłocznie informował każdego wykonawcę o:

1. wyborze oferty najkorzystniejszej podając nazwę wybranego wykonawcy,
2. powodach odrzucenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz o przysługujących wykonawcy środkach odwoławczych,
3. powodach unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji,
4. ponownym wszczęciu postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Proponuje się, aby zamawiający niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej przekazywał każdemu wykonawcy, którego oferta nie została odrzucona informacje zawierające: (1) uzasadnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym cechy i względne przewagi wybranej oferty, (2) punktację, jaką otrzymał wykonawca, którego oferta została wybrana najkorzystniejszą, (3) punktację, jaką otrzymał wykonawca, któremu jest przekazywana informacja, (4) termin, po upływie którego może zostać zawarta umowa koncesji.

### Realizacja umowy koncesji

W projekcie ustawy proponuje się zachowanie formy pisemnej umowy koncesji, pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Umowa koncesji będzie mogła być zawarta wyłącznie na czas oznaczony, co jest ściśle związane z charakterem umów koncesji, i stanowi odzwierciedlenie zasady udzielania zamówień publicznych, przy czym umowy koncesji są z reguły umowami długoterminowymi. W przypadku umów koncesji zawieranych na okres powyżej 5 lat, czas obowiązywania koncesji stosownie do postanowienia art. 18 i motywy 52 preambuły dyrektywy koncesyjnej nie będzie mógł przekraczać okresu, w którym koncesjonariusz będzie mógł w uzasadniony sposób oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych na wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem

inwestycji poczynionych do celów wyliczeń, które obejmują zarówno inwestycje początkowe, jak i inwestycje poczynione w okresie obowiązywania koncesji .

W projektowanej ustawie znalazły się przepisy dotyczące możliwości określenia przez zamawiających szczegółowych warunków związanych z realizacją umowy koncesji. Warunki te będą mogły obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe i społeczne, związane z zatrudnieniem lub innowacyjnością, a ponadto warunki te będą musiały być powiązane z przedmiotem koncesji i będą musiały zostać wskazane w ogłoszeniu o koncesji lub w innych dokumentach zamówienia. Przepis ten ma na celu lepsze uwzględnienie kwestii społecznych i środowiskowych w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji.

W projekcie ustawy zostały także uregulowane zagadnienia dotyczące zmian umowy koncesji, rozwiązania umowy koncesji oraz podwykonawstwa.

W celu uelastycznienia realizacji zazwyczaj wieloletnich umów koncesji oraz dostosowywania postanowień umowy koncesji do zmieniających się okoliczności faktycznych związanych z jej realizacją, proponuje się, aby projektowane przepisy wdrażały wszystkie przewidziane w dyrektywie koncesyjnej przesłanki modyfikacji umowy koncesji. Projekt ustawy będzie zawierał katalog przypadków, w których będzie dopuszczalne dokonanie przez strony umowy koncesji zmiany jej postanowień. Przewiduje się, że zmiany umowy koncesji będą możliwe w sytuacji, gdy:

1. niezależnie od wartości zmiany umowy, w pierwotnych dokumentach koncesji zamieszczono jasne, precyzyjne i jednoznaczne klauzule przeglądowe, w tym klauzule zmiany ceny lub opcje, w których przewidziano możliwość zmian w umowie, ich zakres, charakter i warunki, na jakich można je stosować, z zastrzeżeniem, że nie mogą one przewidywać zmian lub opcji, które prowadziłyby do zmiany ogólnego charakteru umowy koncesji,
2. konieczne będzie wykonanie przez pierwotnego koncesjonariusza niezbędnych dodatkowych robót budowlanych lub usług,
3. konieczna zmiana będzie spowodowana okolicznościami, których zamawiający, działający z należytą starannością, nie będzie mógł przewidzieć, a zmiana umowy nie spowoduje zmiany ogólnego charakteru umowy koncesji,
4. nowy koncesjonariusz zastąpi koncesjonariusza, z którym zamawiający pierwotnie zawarł umowę koncesji w wyniku klauzul przeglądowych lub opcji albo w wyniku następstwa prawnego,
5. zmiany niezależnie od ich wartości nie są istotne, w rozumieniu przepisów ustawy,



6. wartość zmiany jest niższa od progu unijnego i jednocześnie jest niższa niż 10% wartości pierwotnej koncesji, pod warunkiem, że wprowadzona zmiana nie zmienia ogólnego charakteru koncesji.

W celu wyeliminowania niepewności prawa związanej z określeniem zmian w umowie, które mają charakter istotny oraz wdrożenia wniosków wpływających z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, proponuje się zgodnie z dyrektywą koncesyjną enumeratywne określenie okoliczności, w których zmiana umowy zostaje uznana za istotną. W projekcie ustawy następujące okoliczności będą uznawane za wprowadzające istotne zmiany umowy:

- 1) zmiana umowy wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o zawarcie umowy koncesji, umożliwiłyby dopuszczenie innych wnioskodawców niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo przyciągnęłyby dodatkowych uczestników w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji;
- 2) zmiana zmienia równowagę ekonomiczną umowy koncesji przynosząc korzyść koncesjonariuszowi w sposób, którego nie przewidziano w pierwotnej umowie koncesji;
- 3) zmiana znacznie rozszerza zakres przedmiotowy umowy koncesji;
- 4) nowy koncesjonariusz zastępuje koncesjonariusza, z którym zamawiający pierwotnie zawarł umowę koncesji, w przypadkach innych niż gdy zastąpienie koncesjonariusza wynika z klauzul przeglądowych lub opcji albo w wyniku następstwa prawnego.

W projekcie ustawy proponuje się wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy koncesji przez zamawiającego w dwóch sytuacjach. W pierwszym przypadku zamawiający będzie mógł rozwiązać umowę, jeżeli uprzednio została dokonana zmiana tej umowy koncesji, która ze względu na swój charakter była zakazana. W świetle dyrektywy koncesyjnej, w przypadku gdy mamy do czynienia z istotnymi modyfikacjami umowy zmiana umowy jest zakazana i konieczne jest przeprowadzenie nowego postępowania. Drugą podstawą rozwiązania umowy koncesji, będzie sytuacja, w której koncesjonariusz w toku postępowania o zawarcie umowy koncesji podlegał wykluczeniu, jeżeli spełniał jedną z przesłanek zawartych w art. 34 ust. 1 pkt 1 na podstawie prawomocnego wyroku. Kolejną przesłanką rozwiązania umowy koncesji przez zamawiającego będzie miała miejsce, gdy Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdzi, w ramach procedury przewidzianej w art. 258 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, że państwo polskie uchybiło zobowiązaniom, które ciążyą na nim na mocy Traktatów, z uwagi na to, że zamawiający zawarł daną umowę koncesji, nie wypełniając swoich obowiązków wynikających z Traktatów i dyrektywy koncesyjnej. Taka sytuacja

będzie mogła mieć miejsce, gdy zawarcie umowy koncesji nastąpi na podstawie przepisów, które zostały nieprawidłowo wdrożone do krajowego porządku prawnego lub są niezgodne z postanowieniami Traktatów i dyrektywy koncesyjnej, co Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdzi wyrokiem.

Proponuje się wprowadzenie do projektu nowej ustawy rozwiązanie nie przewidziane w obecnie obowiązującej ustawie koncesyjnej, zgodne z postanowieniem art. 42 dyrektywy koncesyjnej, dotyczące kwestii podwykonawstwa w toku realizacji umów koncesji na roboty budowlane lub usługi. W przepisach projektu ustawy wprowadza się zasadę, zgodnie z którą zamawiający będzie miał możliwość zażądania od potencjalnych wykonawców już na etapie postępowania o zawarcie umowy koncesji wskazania w ofertach tej części przedmiotu umowy koncesji, którą przewidują zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa oraz będzie mógł także żądać podania nazw podwykonawców proponowanych przez wykonawców. Zamawiający powinni wystąpić z żądaniem o te informacje w dokumentach koncesji. Zamawiający powinien przewidzieć wskazanie zakresu informacji dotyczących podwykonawstwa np. w ogłoszeniu o koncesji lub innych dokumentach koncesji, mając na względzie konieczność uwzględnienia tych informacji przez wykonawców w ofertach. Natomiast, na etapie po zawarciu umowy koncesji na roboty budowlane i w odniesieniu do usług, które mają być wykonane na obiekcie pod bezpośrednim nadzorem zamawiającego, a najpóźniej w chwili rozpoczęcia realizacji umowy koncesji, zamawiający będzie miał obowiązek żądać od koncesjonariusza, informacji dotyczących nazwy (firmy), danych osobowych, danych kontaktowych i przedstawicieli prawnych podwykonawców, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, o ile dane te są w tym momencie będą znane.

Proponowane przepisy nie przewidują natomiast uregulowań dotyczących bezpośrednich płatności podwykonawcy umowy koncesji. Ponadto, propozycje rozwiązań dotyczące żądania informacji na etapie po zawarciu umowy koncesji na roboty budowlane i w odniesieniu do usług, które mają być wykonane na obiekcie pod bezpośrednim nadzorem zamawiającego, a najpóźniej w chwili rozpoczęcia realizacji umowy koncesji nie będą miały zastosowania do podwykonawców dostawy w związku z realizacją umów koncesji. Wskazanie podwykonawców w toku realizacji umowy koncesji nie będzie naruszało odpowiedzialności koncesjonariusza za wykonywanie umowy koncesji.

W celu zapewnienia prawidłowości realizacji umów koncesji, proponuje się, aby w stosunku do podwykonawców miały zastosowanie takie same przesłanki wykluczenia, jak w przypadku wykonawcy czy koncesjonariusza. W przypadku stwierdzenia przez zamawiającego, że w

stosunku do podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, koncesjonariusz ma obowiązek zastąpić danego podwykonawcę. Zastosowanie tego uregulowania będzie miało miejsce zarówno na etapie postępowania o zawarcie umowy, jaki w toku realizacji umowy koncesji.

Proponuje się uchylenie art. 131 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, który nakłada na koncesjonariusza obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp do umów z podwykonawcami. Aktualne brzmienie art. 131 wynika z nowelizacji ustawy Pzp, której celem była implementacja do krajowego porządku prawnego przepisów dyrektywy 2004/18/WE tzw. klasycznej, regulujących kwestie podwykonawstwa w koncesjach na roboty budowlane (w szczególności art. 62 i art. 63 dyrektywy klasycznej). Nowe dyrektywy w sprawie zamówień publicznych pozostawiają zamawiającemu większą swobodę w tym zakresie. Biorąc pod uwagę, że na mocy dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylono dyrektywę 2004/18/WE, nie wprowadzając jednocześnie przepisów regulujących udzielanie zamówień przez koncesjonariuszy (brak odpowiednika art. 62 i art. 63 ze starej dyrektywy), oraz okoliczność, że kwestie podwykonawstwa w odniesieniu do umów koncesji na roboty budowlane lub usługi zostały uregulowane w sposób samodzielny w dyrektywie 2014/23/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji i w projekcie ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi, uchylenie art. 131 jest uzasadnione.

#### Organ właściwy

Proponuje się, aby organem właściwym w zakresie koncesji na roboty budowlane lub usługi był Prezes Urzędu Zamówień Publicznych z uwagi na fakt, że:

1. koncesje na roboty budowlane lub usługi są szczególnym rodzajem zamówień,
2. procedury udzielania koncesji i zamówień publicznych opierają się na podobnych zasadach i wymaganiach proceduralnych,
3. Urząd Zamówień Publicznych dysponuje doświadczeniem z zakresu realizacji podobnych zadań związanych z systemem zamówień publicznych.

W projekcie ustawy przewidziano następujący katalog zadań dotyczących zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, dla wykonania których będzie właściwy Prezes Urzędu Zamówień Publicznych:

1. opracowywanie oraz opiniowanie projektów aktów normatywnych, a także innych dokumentów dotyczących koncesji - powierzenie tej kompetencji Prezesowi Urzędu

Zamówień Publicznych jest niezbędne ze względu na konieczność tworzenia nowych lub dokonywania zmian w istniejących aktach normatywnych i prawnych w tym zakresie oraz zapewnienia jednolitości i spójności przepisów prawa w porządku krajowym w całym systemie zamówień, w tym udzielanych w drodze umów koncesji.

2. monitorowanie stosowania zasad zawierania umów koncesji oraz upowszechnianie wyników monitorowania - dyrektywa koncesyjna nakłada na państwa członkowskie obowiązek monitorowania stosowania zasad zawierania umów koncesji przez odpowiednie organy. Celem monitorowania jest podjęcie stosownych działań przez Prezesa w przypadku wystąpienia naruszeń przepisów, w wyniku których dojdzie do nadużyć finansowych, przestępstw korupcji, konfliktu interesów, a także innych poważnych nieprawidłowości lub problemów systemowych.

3. przekazywanie na żądanie Komisji Europejskiej, nie rzadziej niż co trzy lata, sprawozdania z monitorowania funkcjonowania systemu udzielania koncesji - efektem tego monitorowania będzie sprawozdanie, które powinno zawierać informacje na temat najczęstszych przyczyn niewłaściwego stosowania zasad udzielania koncesji. Prezes Urzędu biorąc pod uwagę uprawnienie Komisji Europejskiej do żądania takiego sprawozdania będzie zobowiązany do jego przygotowania.

4. upowszechnianie na stronie internetowej informacji oraz wskazówek dotyczących wykładni i stosowania przepisów prawa w zakresie zawierania umów koncesji - Prezes Urzędu zostanie zobowiązany do zamieszczania na stronie internetowej informacji oraz wskazówek dotyczących wykładni i stosowania przepisów, co jest naturalną konsekwencją realizacji zadania w zakresie tworzenia i opiniowania przepisów dotyczących koncesji. Zadanie to będzie realizowane podobnie jak ma to miejsce na gruncie obowiązujących przepisów oraz praktyki, dotyczących zamówień publicznych, m.in. poprzez udostępnianie opinii prawnych w obszarach istotnych, czy też najczęściej sprawiających problemy uczestnikom procesu zawierania umów koncesji. Udostępnianie tych informacji będzie nieodpłatne i powszechnie dostępne. Realizacja tego zadania ma charakter obowiązku, który został nałożony dyrektywą w celu wspomaganie wszystkich uczestników postępowań dotyczących udzielania koncesji w prawidłowym stosowaniu przepisów.

5. opracowywanie i upowszechnianie wzorcowych dokumentów w zakresie zawierania umów koncesji - realizacja tego zadania przez Prezesa jest kolejnym ważnym instrumentem w zachęcaniu zamawiających do korzystania z umów koncesji przy realizacji zadań publicznych. Wsparcie zamawiających w tym zakresie jest bardzo istotne ze względu na dotychczasowe stosunkowo niskie zainteresowanie tym sposobem zamawiania.

Proponuje się aby czynności, o których mowa w pkt 1 i 4-5 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonywał po zasięgnięciu opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego.

Celem nowego rozwiązania jest zapewnienie spójności pomiędzy działaniami Prezesa UZP (jako organu właściwego w sprawach koncesji) oraz ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, który jest odpowiedzialny za rynek ppp. Z uwagi na istotę i charakter koncesji na roboty budowlane lub usługi, która niejednokrotnie traktowana jest w doktrynie i w praktyce stosowania prawa, jako odmiana partnerstwa publiczno-prywatnego, wprowadzenie obowiązku konsultacji Prezesa UZP w odniesieniu do wskazanych w nowym ust. 3 czynności jest w pełni uzasadnione.

Regulacje dotyczące powoływania, organizacji i funkcjonowania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych są regulowane w ustawie Prawo zamówień publicznych.

#### Środki ochrony prawnej

Proponuje się odejście od przewidzianej w obecnej ustawie koncesyjnej drogi sądownoadministracyjnej w zakresie rozpoznawania środków ochrony prawnej w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Obowiązujące na gruncie dotychczasowej ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. ustawy o koncesji na roboty budowlane przepisy przewidywały postępowanie odwoławcze, które mogło być zainicjowane przez podmiot zainteresowany udziałem w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji odpowiednio na roboty budowlane lub usługi poprzez wniesienie skargi do sądu administracyjnego. Przepisy ustawy z 9 stycznia 2009 r. wprowadziły zasady odnoszące się do trybu składania skargi oraz orzekania wiążące sąd administracyjny, terminy jakie mają zastosowanie w postępowaniu skargowym, z jednoczesnym odesłaniem do stosowania w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie, przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2012 r. poz. 270).

Wybór dotychczasowej ścieżki odwoławczej spowodował, że kontrola sądownoadministracyjna ograniczała się jedynie do kontroli legalności postępowania o zawarcie umowy koncesji, nie uwzględniając cywilnoprawnego charakteru tej umowy. Wprowadzenie tego trybu upodobniło cywilnoprawną umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi do koncesji przyznawanych w drodze decyzji administracyjnych, dotyczących pozwolenia na wykonywanie określonej działalności.

W praktyce korzystanie przez podmioty uprawnione ze ścieżki sądownoadministracyjnej znacznie wydłużało postępowanie o zawarcie umów koncesji, co nie sprzyjało realizacji zadań publicznych w drodze koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Bardziej korzystne dla prawidłowego przebiegu postępowań o udzielenie koncesji, a w konsekwencji efektywnej realizacji zadania publicznego w trybie koncesji będzie określenie terminów dla właściwych organów na rozpoznanie odwołana w postępowaniu odwoławczym przed KIO oraz skargi na orzeczenie KIO przed SO. W dotychczasowym stanie prawnym terminy te wynosiły odpowiednio 15 dni i 30 dni.

Powyższa argumentacja przemawia za ujednoczeniem środków ochrony prawnej dla uczestników postępowań o zawarcie umowy koncesji oraz o udzielenie zamówienia publicznego. Takie postulaty były także wysuwane zarówno przez uczestników postępowań o zawarcie umowy koncesji, jak i przedstawiciele doktryny.

Dlatego też w projekcie ustawy proponuje się nowe, w stosunku do obecnie obowiązujących w ustawie koncesyjnej z 2009 r., uregulowania w zakresie ochrony prawnej uczestników postępowań o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi.

W rozdziale dotyczącym Środków ochrony prawnej proponuje się, aby organem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem orzeczenia w sprawie wniesionego odwołania była Krajowa Izba Odwoławcza, której funkcjonowanie jest uregulowane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Proponuje się, aby odwołanie na czynność lub zaniechanie zamawiającego, powodujące naruszenie przepisów ustawy o umowach koncesji, mógł wnieść wykonawca oraz inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku jej zawarcia. Aby zachować spójność stosowania regulacji dotyczących postępowania odwoławczego, proponuje się odesłanie do stosowania w tym zakresie zasad określonych w przepisach Działu VI „Środki Ochrony Prawnej”, Rozdziału 2 „Odwołanie” ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie jakim przepisy tej ustawy nie regulują odrębnie niektórych kwestii. W projektowanej ustawie, proponuje się uregulować terminy wnoszenia odwołań w następujący sposób:

1. 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jej wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej albo 15 dni jeżeli została przekazana w inny sposób;

2. 10 dni od dnia opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub Biuletynie Zamówień Publicznych bądź zamieszczenia dokumentów koncesji na stronie internetowej, w przypadku odwołania na treść ogłoszenia o koncesji lub dokumentów koncesji;
3. 10 dni od dnia opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub w Biuletynie Zamówień Publicznych, w przypadku odwołania na zawarcie umowy koncesji bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub W Biuletynie Zamówień Publicznych;
4. 30 dni od dnia, w którym zamawiający opublikował ogłoszenie o zawarciu umowy koncesji, pod warunkiem, że ogłoszenie to zawiera uzasadnienie decyzji zamawiającego o zawarciu umowy koncesji bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub w Biuletynie Zamówień Publicznych;
5. 30 dni od dnia, w którym zamawiający opublikował ogłoszenie o modyfikacji umowy koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub w Biuletynie Zamówień Publicznych;
6. 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie koncesji w przypadku nie opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji lub gdy opublikowane ogłoszenie nie zawierało uzasadnienia;
7. w terminie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy koncesji w przypadku nie opublikowania w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji lub gdy opublikowane ogłoszenie nie zawierało uzasadnienia.

Tak jak w przypadku zamówień publicznych, proponuje się przyznanie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego możliwości wniesienia skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. W takiej sytuacji, proponuje się, aby odpowiednie zastosowanie znalazły zasady i tryb wnoszenia i postępowania przed sądem okręgowym, określone w przepisach Działu VI „Środki Ochrony Prawnej”, Rozdziału 3 „Skarga do sądu” ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wprowadzenie proponowanych regulacji przyczyni się m.in. do: ujednolicenia orzecznictwa na gruncie obu postępowań zarówno o zawarcie umowy koncesji, jak i udzielenie zamówienia publicznego, zwiększenie konkurencyjności w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji poprzez szybsze rozstrzygnięcia postępowań odwoławczych i sądowych, co w efekcie poprawi ochronę prawną uczestników postępowań i może być dodatkowym czynnikiem zachęcającym do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji. Biorąc pod uwagę niewielką ilość toczących się dotychczas postępowań w sprawie umów koncesji, obniżenie progu

stosowania przepisów ustawy nie przyczyni się do odczuwalnego obciążenia UZP, tym bardziej, że ewentualny wzrost liczby postępowań dot. koncesji automatycznie spowoduje spadek podobnych postępowań zawieranych w trybie ustawy Pzp.

#### Zmiany w przepisach obowiązujących

Konsekwencją uchwalenia nowej ustawy będzie dokonanie zmian w innych przepisach obecnie obowiązujących. Zmiany te będą dotyczyły głównie zmiany nazwy ustawy regulującej zagadnienia dotyczące umów koncesji na roboty budowlane i usługi, bądź terminologii używanej w nowej ustawie, jak przykładowo zastąpienie terminu „koncesjodawcy” terminem „zamawiający”. Konieczność dokonania zmian w ww. zakresie będzie dotyczyć następujących aktów prawnych:

- ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 163,774,870 i 1336),
- ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z Dz. U. z 2015 r. poz.641.i 901),
- ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 z późn. zm.)
- ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236, oraz z 2015 r. poz.1045),
- ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 168),
- ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2015, poz. 696),
- ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 880 i 1045),
- ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.),
- ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2015 r. poz. 1297)
- ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164)



### Przepisy przejściowe

Konieczność uregulowania przepisów przejściowych wynika z faktu wprowadzania do porządku prawnego nowej ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi i związanej z tym utraty mocy obecnie obowiązującej ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane i usługi. Przepisy intertemporalne będą wprowadzały regułę, że ustawa dotychczasowa będzie mieć zastosowanie do postępowań o zawarcie umów koncesji wszczętych przed dniem wejścia w życie nowej ustawy, a także do umów w sprawie koncesji zawartych przed dniem wejścia w życie nowej ustawy oraz umów w sprawie koncesji zawartych po dniu wejścia w życie nowej ustawy, w następstwie wszczęcia i przeprowadzenia postępowań o zawarcie umów wszczętych przed dniem wejścia w życie nowej ustawy.

### Wejście w życie proponowanych przepisów

Przewiduje się, że ustawa wejdzie w życie po upływie czternastu dni od jej ogłoszenia.

Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi utraci moc wraz z wejściem w życie projektowanej ustawy.

Przepisy dotyczące publikacji ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych wejdą w życie z dniem 1 stycznia 2019 r. Przepisy dotyczące publikacji przez zamawiającego ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych, także za pomocą środków elektronicznych, nie podlegają terminowi implementacji dyrektywy koncesyjnej. Biuletyn Zamówień Publicznych jest instrumentem regulowanym na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, który będzie dotyczył zarówno publikacji ogłoszeń dotyczących zamówień publicznych jak i koncesji. W związku z koniecznością stworzenia zupełnie nowego narzędzia informatycznego, odpowiadającego wymogom określonym w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz ustawie o umowach koncesji na roboty budowlane i usługi, uruchomienie tego narzędzia a tym samym wymóg dotyczący obowiązku publikacji ogłoszeń w Biuletynu Zamówień Publicznych jest przewidziane na początek 2019 r.

Projektowana ustawa 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, z późn. zm.), w związku z tym nie podlega notyfikacji.

Projektowana ustawa nie wymaga przedłożenia instytucjom i organom Unii Europejskiej, w tym Europejskiemu Bankowi Centralnemu w celu uzyskania opinii, dokonania konsultacji lub uzgodnienia.

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

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414, z późn. zm.), projekt ustawy zostanie zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej Ministerstwa Rozwoju. W przypadku zgłoszenia zainteresowania pracami nad tym projektem w trybie przewidzianym w tej ustawie dokonane zgłoszenia zostaną udostępnione w Biuletynie Informacji Publicznej jako dokument dotyczący prac nad projektem.

Jednocześnie, zgodnie z § 52 uchwały Nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. poz. 979), projekt ustawy został zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji, w serwisie Rządowy Proces Legislacyjny.

Dokument będący przedmiotem uzgodnień to projekt ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi, przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 27 października 2015 r. (umieszczony na stronie RCL pod nr UC154, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12271654>), ze zmianami dotyczącymi m.in. progu stosowania ustawy, który obniżono i ustalono na poziomie analogicznym do progu stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Kolejna ważna zmiana dotyczy usunięcia z katalogu wyłączeń umów koncesji w sektorze transportu publicznego i w sektorze wodno-kanalizacyjnym oraz poszerzenia działalności sektorowej o sektor wodno-kanalizacyjny wprowadzono również szereg poprawek w celu zachowania możliwie szerokiej spójności z procedowanym obecnie projektem nowelizacji ustawy Pzp. Pozostałe zmiany mają charakter redakcyjny i porządkowy.

Projekt ustawy został ujęty w Wykazie prac legislacyjnych pod numerem UC 56.