

## 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.UE.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 wynikającą z dyrektywy koncesyjnej skalę zmian w stosunku do dotychczasowych przepisów krajowych i nowy sposób regulacji unijnej, uznano za konieczne 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).

Do prawa krajowego proponuje się wdrożyć 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, które obejmuje 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 obowiązku stosowania przepisów dotyczących umów koncesji w sposób analogiczny do wyłączeń obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień publicznych: klasycznych, sektorowych oraz w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ze szczególnym uwzględnieniem wyłączeń dot. in-house, in-house odwróconego i wspólnego oraz współpracy publiczno-publicznej,
6. obowiązku stosowania przepisów o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi do zawierania umów koncesji o szacunkowej wartości równej lub wyższej od progu unijnego przewidzianego w dyrektywie koncesyjnej dla robót budowlanych oraz aktualizacji tego progu zgodnie z wydawanym co dwa lata rozporządzeniem i komunikatem Komisji Europejskiej oraz komunikatem Prezesa Urzędu, zawierającym informację o wartości ww. progu unijnego w złotych,
7. 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,
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 na usługi społeczne i inne usługi szczególne, 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 dopuszczalność publikacji ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante dotyczącego umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi,

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 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, wypowiedzenia oraz unieważnienia zawartej umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi,
16. przyznania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych kompetencji organu właściwego w sprawach zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz określanie zadań i sposobu realizacji kompetencji w zakresie tego rodzaju umów,
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 KIO w postępowaniu odwoławczym i skargi przez SO w postępowaniu skargowym na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych, w miejsce wnoszenia skarg i skarg kasacyjnych w trybie sądownoadministracyjnym.

## **II. Zakres przewidywanej regulacji.**

### Zakres przedmiotowy ustawy

Proponuje się, aby nowa ustawa o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi regulowała zasady udzielania zamówień w drodze umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, jak i samej realizacji umowy koncesji, 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

oraz przede wszystkim podziałem ryzyk pomiędzy zamawiającym i wykonawcą lub koncesjonariuszem.

Proponuje się, aby stosownie do postanowień art. 5 pkt 1 dyrektywy koncesyjnej pojęcie „umowy koncesji” oznaczało 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. Cechą charakterystyczną zawarcia umowy koncesji będzie 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 zamawiających, wykonawców oraz organów orzekających w zakresie rozumienia ryzyk: operacyjnego, popytu i podaży, jako kluczowych pojęć definicyjnych umowy koncesji, proponuje się szczegółowe uregulowanie zagadnień dotyczących przejęcia przez koncesjonariusza ww. ryzyka operacyjnego, w tym określenia, co rozumie się pod pojęciem ryzyka związanego z popytem oraz z podażą. Nowa ustawa wprowadza pojęcie ryzyka operacyjnego, którego znaczenie jest tożsame z istniejącym pojęciem ryzyka ekonomicznego, niemniej pojęcie ryzyka operacyjnego zostało opisane w sposób kompleksowy, co znacznie ułatwi jego rozumienie przez zamawiających.

Zgodnie z dyrektywą koncesyjną, „ryzyko operacyjne” oznacza w projektowanej ustawie 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 narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalnie szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie mogły być jedynie nominalne lub nieistotne. Ryzyko operacyjne powinno wynikać z czynników, które pozostają poza kontrolą stron, dlatego jako ryzyka operacyjnego nie można rozumieć ryzyka złego zarządzania, złego wykonania umowy lub działania siły wyższej. Z kolei „ryzyko związane z popytem” będzie rozumiane jako ryzyko związane z rzeczywistym popytem na roboty budowlane lub usługi będące przedmiotem umowy koncesji, natomiast „ryzyko związane z podażą” będzie odnosić się do ryzyka związanego z realizacją robót budowlanych lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji, w szczególności ryzyko, że świadczone usługi nie będą odpowiadać popytowi. Ponadto, proponuje się, aby na

potrzeby oceny ryzyka operacyjnego uwzględniać w spójny i jednolity sposób wartość bieżącą 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, kandydatów, oferentów 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 intencją projektodawcy 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 pewnego rodzaju działalności.

Proponuje się, aby obowiązek stosowania ustawy do zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi dotyczył zamawiających, których zamknięty katalog został określony w art. 3 projektowanej ustawy. Regulacje przyjęte w tym zakresie w nowej ustawie będą w zasadzie 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. (1) na wydobywaniu gazu ziemnego i ropy naftowej, (2) poszukiwaniu, rozpoznawaniu i wydobywaniu węgla 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, (4) tworzeniu 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, morskimi i śródlądowymi, (6) świadczeniu usług pocztowych.

Obowiązek stosowania przepisów projektowanej ustawy do koncesji o wartościach równych i wyższych od progów unijnych.

Proponuje się, aby obowiązek stosowania ustawy dotyczył umów koncesji zarówno na roboty budowlane, jak i usługi, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty progu stosowania dyrektywy koncesyjnej, zwanego dalej „progiem unijnym”, który w art. 8 ust. 1 tej dyrektywy został określony na poziomie 5 186 000 euro. Ustawodawca krajowy nie zdecydował się na obniżenie progu stosowania ustawy mając na względzie wyraźne intencje ustawodawcy unijnego, aby zakres dyrektywy miał zastosowanie wyłącznie do umów o wartości nie mniejszej niż określony w niej próg (motyw 23). W motywach dyrektywy podkreślono, że przyjęty próg stosowania dyrektywy powinien odzwierciedlać wyraźny transgraniczny wymiar umów koncesji dla wykonawców państw członkowskich innych niż wykonawcy państwa członkowskiego danego zamawiającego.

Wartość progu unijnego w euro będzie korygowana co 2 lata w formie rozporządzenia Komisji Europejskiej, i określana w złotych polskich zgodnie z komunikatem Komisji Europejskiej, wydanym na podstawie art. 9 dyrektywy koncesyjnej.

Ze względu na fakt, że komunikat Komisji Europejskiej jest aktem prawa europejskiego, który nie ma charakteru prawa obowiązującego bezpośrednio kraje członkowskie, w projekcie ustawy proponuje się publikowanie informacji o wartości progu unijnego w złotych polskich przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w formie obwieszczenia ogłaszanego w Monitorze Polskim 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.

Skutkiem wynikającym z wprowadzenia progu, który wynosi 5 186 000 euro może być mniejsza liczba postępowań prowadzonych w trybie nowej ustawy. Przyspieszenie i uelastycznienie procedury wyboru wykonawcy może wystąpić w odniesieniu do koncesji o wartości poniżej progu, które można będzie prowadzić w oparciu o regulaminy wewnętrzne zamawiających.

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 koncesji, którą jest całkowity obrót 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 obrót 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 opcji i przedłużenia okresu obowiązywania koncesji, (2) przychody z opłat i kar uiszczanych przez użytkowników robót budowlanych lub usług, za wyjątkiem pobieranych na rzecz 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 kandydatów lub oferentów. Proponuje się wprowadzić zasadę, że szacunkowa wartość umowy koncesji powinna być aktualna na dzień publikacji ogłoszenia lub wystania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji. W świetle nowej regulacji wdrażającej postanowienie dyrektywy koncesyjnej, zamawiający nie będzie związany formalnymi przepisami dotyczącymi sporządzenia szacunku wartości koncesji (np. określającymi termin oszacowania wartości koncesji oraz obowiązek jego przeszacowania w związku z zaistnieniem okoliczności mogących wpływać na zmianę wartości umowy koncesji), lecz będzie zobowiązany do zapewnienia, aby oszacowanie dokonane w dowolnym terminie zachowało swą aktualność w momencie wszczęcia postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji, w szczególności w zakresie znajdowania się powyżej lub poniżej progu zastosowania przepisów ustawy w celu zawarcia umowy koncesji. Zgodnie z dyrektywą, została przewidziana w projektowanej ustawie regulacja, zgodnie z którą, w przypadku gdy wartość zawieranej umowy koncesji netto będzie wyższa jednocześnie od progu zastosowania przepisów ustawy, jak i o więcej



niż 20% od wartości umowy koncesji aktualnej na dzień wszczęcia, to za wartość umowy koncesji będzie poczytywało się wartość umowy koncesji, a więc jej zawarcie będzie musiało być poprzedzone zastosowaniem przepisów przewidzianych w projektowanej ustawie. 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), z zamiarem 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, a tym samym gdy łączna wartość 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, aby wdrożyć w pełnym zakresie wszystkie przewidziane w dyrektywie koncesyjnej wyłączenia obowiązku stosowania przepisów projektowanej ustawy do zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, które 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, w zakresie dystrybucji wody pitnej za pomocą sieci kanalizacyjnych i odprowadzania i oczyszczania ścieków. Wprowadzane wyłączenia mają charakter podmiotowy i przedmiotowy.

W związku z tym proponuje się, aby projektowana ustawa o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi przewidywała następujące 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 instytucje finansowe,
2. związanych z obronnością lub bezpieczeństwem,

3. na usługi arbitrażowe i pojednawcze,
4. na usługi Narodowego Banku Polskiego,
5. na usługi w zakresie nabycia własności lub innych praw do gruntów, istniejących budynków lub innych nieruchomości, w szczególności dzierżawy lub najmu, 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 lub koncesji dotyczących czasu antenowego,
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,
10. na usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom,
11. na usługi transportu lotniczego, świadczone w oparciu o koncesję udzieloną na podstawie rozporządzenia w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty,
12. na usługi innych zamawiających, którym przyznano prawo wyłączone do świadczenia tych usług,
13. na usługi badawcze i rozwojowe,
14. na usługi loterii,
15. w zakresie łączności telekomunikacyjnej,
16. udzielane przez określonych zamawiających, 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,
17. zawierane w sektorze wodnym,
18. udzielanych pomiędzy podmiotami w sektorze publicznym, w ramach in-house, odwróconego i wspólnego in-house, współpracy publiczno-publicznej, udzielanych podmiotom

wykonywającym działalność sektorową w ramach przedsiębiorstw powiązanych oraz utworzonym przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej,

19. 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.

#### Objaśnienia określeń ustawowych

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 analogiczny do przewidzianego w projekcie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych zdefiniować pojęcia „Biuletynu Zamówień”, który będzie służył do publikacji wszystkich ogłoszeń, przewidzianych w projektowanej ustawie o umowach koncesji (o koncesji, o udzieleniu koncesji, wstępne ogłoszenie informacyjne, o dobrowolnej przejrzystości ex ante, 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 analogicznie jak w przypadku „dokumentów zamówienia” zdefiniować „dokumenty koncesji”, jako dokumenty, które sporządził lub do których odwołuje się zamawiający w celu opisanie lub ustalenia elementów umowy koncesji lub postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji, w szczególności ogłoszenie o koncesji, wstępne ogłoszenie informacyjne, zaproszenie do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji, zaproszenie do składania ofert, opis warunków koncesji, formaty przedstawiania dokumentów przez kandydatów i oferentów, informacje na temat mających ogólne zastosowanie obowiązków oraz inne dokumenty koncesji lub postępowania o zawarcie umowy koncesji.

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:

(1) „wykonawca”, którym będzie mogła być osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej lub grupa takich podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenia przedsiębiorców, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług,

(2) „kandydat” – wykonawca, który ubiega się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji,

(3) „oferent” – wykonawca, który złożył ofertę, oraz

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

Na potrzeby określenia przedmiotu umowy koncesji na roboty budowlane, proponuje się zdefiniować pojęcia: (1) „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 (2) „obiekt budowlany” – wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej lub wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Pojęcie „działalności sektorowej” zostało uregulowane analogicznie do rodzajów działalności sektorowej określonej w załączniku II do dyrektywy koncesyjnej. Działalność sektorowa w rozumieniu projektowanej ustawy nie będzie różniła się od pojęcia „działalności sektorowej” używanego na gruncie nowej ustawy Prawo zamówień Publicznych, z wyjątkiem nie objęcia zakresem działalności sektorowej, podlegającej wyłączeniu spod dyrektywy koncesyjnej, działalności polegającej na 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 postanowienia 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 przedmioty umowy (roboty budowlane i usługi), proponuje się przewidzieć zgodnie z art. 20 ust. 1 dyrektywy koncesyjnej zasadę, zgodnie z którą jeżeli umowa koncesji ma obejmować równocześnie roboty budowlane oraz usługi, do zawarcia umowy koncesji stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju przedmiotu umowy koncesji, który odpowiada głównemu przedmiotowi tej umowy. Jeżeli natomiast umowa koncesji będzie obejmować równocześnie usługi społeczne i inne usługi szczególne, wymienione w załączniku IV do dyrektywy koncesyjnej oraz inne usługi, zastosowanie będą mieć stosownie do art. 20 ust. 2 dyrektywy koncesyjnej przepisy dotyczące tego przedmiotu, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.

W ślad za regulacjami dyrektywy koncesyjnej przepisy nowej ustawy przewidują różne rozwiązania w zależności od tego, czy przedmiot umowy koncesyjnej jest podzielny, czy też jest niepodzielny oraz w przypadku koncesji, w odniesieniu do których nie jest możliwe określenie rodzaju działalności, której koncesja ma dotyczyć.

W przypadku, gdy przedmiot umowy koncesji będzie obiektywnie podzielny, zmwawiający będzie:

1. stosował przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli przedmiot umowy będzie obejmował jednocześnie umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz zamówienia klasyczne lub zamówienie sektorowe, o wartości, od której zachodzi obowiązek zastosowania przepisów przywołanej ustawy do jego udzielenia,
2. mógł nie stosować przepisów projektowanej ustawy, jeżeli części umowy koncesji będą objęte wyłączeniem z art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej lub będą stanowić zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a zawarcie jednej umowy będzie uzasadnione z przyczyn obiektywnych,
3. stosował przepisy projektowanej ustawy lub ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące zamówień w dziedzinach obronności lub bezpieczeństwa, jeżeli część umowy koncesji będą stanowiły zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zawarcie jednej umowy będzie uzasadnione z przyczyn obiektywnych,
4. mógł nie stosować przepisów projektowanej ustawy, jeżeli umowa będzie obejmowała umowy koncesji służące prowadzeniu działalności sektorowej oraz części objęte wyłączeniem z art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej,
5. stosował przepisy projektowanej ustawy lub ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące zamówień w dziedzinach obronności lub bezpieczeństwa, jeżeli umowa będzie obejmowała umowy koncesji, służące prowadzeniu działalności sektorowej oraz zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,

6. stosował przepisy projektowanej ustawy, jeżeli umowa będzie obejmowała, części, do których mają zastosowania przepisy projektu ustawy oraz części inne niż wymienione powyżej (zamówienia klasyczne, sektorowe, w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, wyłączone na podstawie art. 346 TFUE), niezależnie na wartość tych innych części i bez względu na to, jakiemu reżimowi podlegałyby,

7. stosował przepisy dotyczące rodzaju działalności, który stanowi główną działalność, w przypadku umów koncesji obejmujących kilka różnych rodzajów działalności, w szczególności służących prowadzeniu działalności sektorowej.

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 umów koncesji z koncesjami, których część jest objęta art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej lub stanowi zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, do udzielenia którego należy zastosować przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przypadku umów koncesji obiektywnie niepodzielnych, zamawiający będzie:

1. stosował przepisy mające zastosowanie według wyższej wartości usług lub dostaw, w przypadku umowy koncesji na usługi i zamówienia publicznego na dostawy,
2. nie stosował ustawy, jeżeli część umowy koncesji będzie objęta art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej,
3. stosował przepisy projektowanej ustawy lub ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli część umowy koncesji stanowić będzie zamówienie w dziedzinach obronności lub bezpieczeństwa.

#### 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 uniknięcie stosowania ustawy lub sztuczne ograniczenie konkurencji,
3. zapewnienia przez zamawiającego równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz działania w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Proponuje się również szczegółowe uregulowane zagadnień odnoszących się do zapobiegania konfliktom interesów. Pod pojęciem konfliktu interesów będzie się rozumieć zgodnie z art. 35 dyrektywy koncesyjnej sytuację, w której osoby wykonujące czynności w związku z prowadzeniem

postępowania o udzielenie 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 wyłączeniem 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 ww. oświadczenia były składane przez ww. osoby niezwłocznie po powzięciu wiadomości o okolicznościach, stanowiących podstawę do wyłączenia, nie później jednak niż w dniu, w którym zostaje ujawniony kompletny katalog wykonawców ubiegających się o zawarcie umowy koncesji, tj. upływu terminu do składania wniosków lub otwarcia ofert w postępowaniu koncesyjnym.

Proponuje się, aby do koncesji, analogicznie, 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 uregulowane 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, 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 środki komunikacji 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 powszechnie wykorzystywanymi produktami technologii informacyjno-telekomunikacyjnej.

W świetle projektu ustawy, zamawiający powinien zapewnić zachowanie integralności danych, poufność wniosków i ofert (w ramach komunikacji, wymiany i przechowywania informacji) oraz brak możliwości zapoznania się z treścią wniosków i ofert przed upływem terminu na ich składania i otwarcie.

#### Koncesje zastrzeżone oraz koncesje 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 udzielenie koncesji mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej lub inni wykonawcy, których statutowym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób wymagających udzielenia pomocy społecznej z powodów określonych w art. 7 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2013 r. poz. 182), zwanych dalej „osobami defaworyzowanymi”, jeżeli zatrudniają ponad 30 % pracowników będących osobami niepełnosprawnymi lub osobami defaworyzowanymi. Ponadto, zamawiający będą mogli przewidzieć możliwość udzielenia koncesji zainteresowanym podmiotom, które opracują programy zatrudnienia chronionego, pod warunkiem, że co najmniej 30 % osób zatrudnionych w ramach tych programów stanowią osoby niepełnosprawne lub osoby defaworyzowane.

W przypadku koncesji na usługi społeczne i inne usługi szczególne, wymienione w załączniku IV do dyrektywy koncesyjnej, której wartość przekracza próg unijny, zamawiający będzie miał wyłącznie obowiązek: publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, chyba że obowiązek taki jest wyłączony zgodnie z art. 25, oraz publikacji ogłoszenia o udzieleniu koncesji, o którym mowa w art. 29 ustawy. Powyższa regulacja stanowi wdrożenie przepisu art. 19 dyrektywy koncesyjnej.

#### Procedura.

Proponuje się, aby zamawiający mieli gwarantowaną w 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 zamawiający będzie mógł użyć w konstruowanym przez siebie postępowaniu w sprawie zawarcia planowanej 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 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 o zawarcie umowy koncesji wraz z informacjami na potrzeby kwalifikacji podmiotowej (w szczególności w celu przeprowadzenia prekwalifikacji), lub
3. przeprowadza negocjacje z dopuszczonymi do udziału kandydatami (którzy złożyli wnioski) lub oferentami (którzy złożyli oferty wstępne).

Wskazane elementy procedury mogą zostać w zasadzie 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 kandydatami lub oferentami, 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 stanowić dokument koncesji,

i jako taki będzie wymagać udostępnienia 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, sposobu publikowania, w tym przygotowania i przekazania do publikacji przez zamawiających ogłoszeń przewidzianych w nowej ustawie, publikacji ogłoszenia

o dobrowolnej przejrzystości ex ante, przekazania przez zamawiającego ogłoszenia o udzieleniu koncesji, udostępniania przez zamawiającego dokumentów koncesji oraz uprawnienia wykonawców 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, (2) istnienia prawa wyłącznych, (3) ochrony praw własności intelektualnej oraz praw wyłącznych lub (4) gdy celem koncesji jest stworzenie lub nabycie unikatowego dzieła sztuki lub przedstawienia artystycznego. Nie będzie zachodził obowiązek publikacji ogłoszenia o koncesji w przypadku, gdy w uprzednim postępowaniu z publikacją ogłoszenia nie wpłynął żaden odpowiedni wniosek albo odpowiednia oferta, a istotne warunki zawieranej umowy koncesji nie ulegną zmianie. W tego rodzaju przypadkach, zamawiający będzie zapraszał do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, przysyłając wybranemu wykonawcy lub wykonawcom zaproszenie do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji.

Zamawiający będzie publikował ogłoszenia, o których jest mowa w projekcie ustawy zarówno w Dzienniku Urzędowym, jak i w Biuletynie Zamówień.

Udostępnianie ogłoszeń w Biuletynie Zamówień, w którym będą zamieszczane i przechowywane wszystkie ogłoszenia zamieszczane przez zamawiających, co z jednej strony, umożliwi wykonawcom łatwiejszy dostęp do ogłoszeń, gdyż w jednym miejscu zostaną zawarte wszystkie ogłoszenia o umowach koncesji i zamówieniach publicznych, zaś z drugiej strony umożliwi uzyskanie niezbędnych danych służących do monitorowania polskiego 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 w DzUE i BZ za pomocą środków komunikacji elektronicznej. W celu jak najszerszego upowszechnienia informacji o planowanym zawarciu umowy koncesji, proponuje się, aby zamawiający był uprawniony do publikacji ogłoszenia o koncesji w inny sposób niż przewidziany powyżej, w szczególności w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.

W celu zapewnienia przejrzystości udzielania koncesji bez publikacji ogłoszenia o koncesji oraz weryfikacji przez potencjalnych wykonawców poprzez zastosowanie środków ochrony prawnej zasadności nie publikowania takiego rodzaju ogłoszenia, proponuje się wprowadzić w zakresie umów

koncesji, w odniesieniu do których nie ma obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji, możliwość publikacji przez zamawiającego ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, które stosownie do znowelizowanej dyrektywy odwoławczej powinno co najmniej zawierać:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu koncesji;
- 3) uzasadnienie decyzji zamawiającego o udzieleniu koncesji bez uprzedniego ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- 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 ww. 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 najpóźniej na 6 dni przed upływem terminu składania ofert.

#### Opis koncesji – wymogi techniczne i funkcjonalne.

W projektowanych przepisach proponuje się, w ślad za postanowieniem art. 36 dyrektywy koncesyjnej, aby wymaganą charakterystykę cech robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem koncesji, które będą stanowiły wymogi techniczne i funkcjonalne, zamawiający określał w dokumentach koncesji. Jednocześnie proponuje się przewidzenie w projekcie ustawy, że charakterystyka przedmiotu koncesji może odnosić się także do konkretnego procesu produkcyjnego, realizacji zamówionych robót budowlanych lub świadczenia usług, pod warunkiem że są powiązane z przedmiotem koncesji i proporcjonalne do jej wartości oraz celów. W projekcie ustawy proponuje się wskazanie przykładowego katalogu charakterystyki przedmiotu koncesji, który będzie mógł

obejmować m.in.: poziom jakości, poziom oddziaływania na środowisko, i klimat, dostosowanie projektu do wszystkich potrzeb, w tym osób niepełnosprawnych, ocenę zgodności, wydajności, bezpieczeństwa, wymiary, technologię, symbole, testy i metody testowania, oznakowanie i etykietowanie oraz instrukcji obsługi. Podobnie jak w projekcie ustawy Prawo zamówień publicznych, proponuje się uregulować, 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 pewnych przedsiębiorstw 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, zostanie w ustawie określone, w jakiej sytuacji zamawiający nie będzie mógł odrzucić oferty, pomimo, że roboty budowlane i usługi, których dotyczy oferta, nie spełniają wymogów technicznych i funkcjonalnych, o ile oferent w ofercie udowodni za pomocą stosownych środków, że rozwiązanie, które zaproponował, spełnia w sposób równoważny wymogi techniczne i funkcjonalne.

#### Terminy składania wniosków i ofert.

Z uwagi na wagę zapewniania wykonawcom, kandydatom i oferentom odpowiedniego czasu na przygotowanie wniosków 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 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 przewidzenie szczególnych rozwiązań odnoszących się do sytuacji, w której wnioski lub oferty będą mogły być złożone jedynie po odbyciu wizyty na miejscu albo po dokonaniu na miejscu sprawdzenia dokumentów potwierdzających dokumenty dotyczące udzielenia koncesji, polegającego na konieczności wyznaczenia przez zamawiającego dłuższego niż minimalny termin składania ofert, ofert wstępnych lub wniosków.

Proponuje się, aby minimalne terminy przewidziane w projekcie ustawy zostały uregulowane analogicznie 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 – minimalny termin składania ofert będzie wynosił 30 dni. Natomiast w przypadku procedury wieloetapowej, gdy w pierwszym etapie są składane wnioski o dopuszczenie do udziału – minimalny termin składania wniosków będzie wynosił 30 dni, a następnie minimalny

termin składania ofert - 22 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert zarówno w przypadku procedury bez negocjacji, jak i na złożenie ofert wstępnych w procedurze z negocjacjami.

Ponadto, proponuje się przewidzenie możliwość 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 sektorowych.

W projekcie ustawy proponuje się 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, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę lub zobowiązanie się do naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę albo podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom. 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 z prawomocnego wyroku będzie wynikać zakaz ubiegania się o zawarcie umowy koncesji - przez 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 mieć 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, d, e oraz g dyrektywy koncesyjnej, których dotyczą okoliczności

obiektywnie dyskwalifikujących wykonawcę z ubiegania się o zawarcie umowy koncesji. Analogiczne rozwiązanie zostało w powyższym zakresie przewidziane w projekcie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych.

Proponuje się, aby kryteria kwalifikacji, które będzie określał zamawiający, mogły dotyczyć:

- 1) sytuacji ekonomicznej i 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, kandydat lub oferent, 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.

#### Kryteria oceny ofert

Zgodnie z postanowieniem art. 41 dyrektywy koncesyjnej, proponuje się w projekcie ustawy o umowach koncesji, aby zamawiający wybierał ofertę najkorzystniejszą spośród ofert spełniających wymagania określone w dokumentach koncesji, 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 oferentów oraz skierowania nowego zaproszenia do składania ofert, z zachowaniem minimalnych terminów wskazanych w projektowanej ustawie.

Ponadto, zgodnie z dyrektywą koncesyjną, proponuje się przewidzieć szczególne rozwiązanie dotyczące zmiany kolejności kryteriów oceny ofert, stosowane w drodze wyjątku, 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 kandydatów i oferentów.

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 kandydata i oferenta o:

1. wyborze oferty najkorzystniejszej podając nazwę wybranego oferenta,
2. powodach odrzucenia wniosku lub ofert,
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 oferentowi, którego oferta nie została odrzucona informacje zawierające: (1) uzasadnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym cechy i przewagi wybranej oferty, (2) punktację, jaką otrzymał oferent, którego oferta została wybrana najkorzystniejszą, (3) punktację, jaką otrzymał oferent, któremu jest przekazywana informacja, (4) termin, po upływie którego może zostać zawarta umowa koncesji.

Jednocześnie zostały w projekcie ustawy wskazane przypadki, w których zamawiający nie będzie zobowiązany przekazać kandydatom i oferentom informacji we wskazanym powyżej zakresie, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa, byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby naruszać uzasadnione interesy handlowe wykonawców lub mogłoby zakłócać uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.



## Realizacja koncesji.

W projekcie ustawy proponuje się zachowanie formy pisemnej umowy koncesji, pod rygorem nieważności. Umowa koncesji będzie mogła być zawarta wyłącznie na czas oznaczony, co jest związane ściśle z charakterem umów koncesji, i stanowi odzwierciedlenie analogicznej 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 z zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji wymaganych na realizację konkretnych celów umownych.

W projektowanej ustawie zostały zawarte 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 dokumentach zamówienia. Przepis ten ma służyć lepszemu uwzględnieniu kwestii społecznych i środowiskowych w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji.

Zgodnie z wymaganiami dyrektywy koncesyjnej, proponuje się, aby na zamawiającym spoczywał obowiązek podejmowania odpowiednich środków mających na celu realizację umowy koncesji w sposób zgodny z przepisami z zakresu prawa pracy, ochrony środowiska, zabezpieczenia społecznego. Instrumentem służącym zapewnieniu przestrzegania powyższych przepisów prawa będą mogły być np. kary umowne, które zamawiający będzie mógł przewidzieć w szczególności w postanowieniach umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. W przypadku stwierdzenia naruszeń przepisów w wymienionym zakresie przez zamawiającego w ramach nadzoru nad realizacją kontraktu koncesyjnego, powinien on zawiadomić właściwe organy m.in. Państwową Inspekcję Pracy, Inspekcję Ochrony Środowiska, ZUS, które są uprawnione kontrolować przestrzeganie ww. przepisów prawa. Wyniki powyższych kontroli będą mogły stanowić podstawę do nałożenia przez zamawiających sankcji wynikających z zawartej umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi.

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

W celu uelastycznienia realizacji co do zasady 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, gdy:

1. niezależnie od wartości zmiany, 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 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 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 umowy, które mają charakter istotny oraz wdrożenia wniosków wypływających z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, proponuje się zgodnie z dyrektywą koncesyjną enumeratywne określenie okoliczności, w których zmiana umowy zostaje uznana za istotną, które będą w projekcie ustawy dotyczyły następujących sytuacji:

- 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 przewidzenie uprawnienia dla zamawiającego do wypowiedzenia umowy koncesji, a w konsekwencji rozwiązania umowy koncesji. W pierwszym przypadku zamawiający będzie mógł wypowiedzieć umowę, jeżeli uprzednio została dokonana zmiana tej umowy koncesji, która ze względu na charakter tych zmian 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, czego podstawą jest prawomocny wyrok. Kolejna przesłanka wypowiedzenia umowy koncesji przez zamawiającego będzie miała miejsce, gdy Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, w ramach procedury przewidzianej w art. 258 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, że państwo członkowskie uchybiło zobowiązaniom, które ciążą 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.

Rozwiązanie nie przewidziane w obecnie obowiązującej ustawie koncesyjnej będzie stanowić uregulowanie w projekcie proponowanej ustawy, zgodnie z postanowieniem art. 42 dyrektywy koncesyjnej, 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 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, wskazane powyżej propozycje rozwiązań 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.

#### Organy właściwe.

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 analogicznych 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.

Regulacje dotyczące powoływania, organizacji i funkcjonowania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych są przewidziane w nowej 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 tej ścieżki odwoławczej spowodował, iż kontrola sądownoadministracyjna ograniczyła się jedynie do kontroli legalności postępowania o zawarcie umowy koncesji, nie uwzględniając natomiast 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 było korzystne dla 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 odwołania 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 przedstawicieli 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 zostanie uregulowane w przepisach nowej ustawy Prawo zamówień publicznych.

Proponuje się, aby odwołanie na czynność zamawiającego lub zaniechanie, 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 IX „Środki Ochrony Prawnej”, Rozdziału I „Odwołanie” nowej 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 przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jej wniesienia, jeżeli informacja została przesłana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej albo 15 dni jeżeli została przesłana w inny sposób;
2. 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów koncesji na stronie internetowej, w przypadku odwołania na treść ogłoszenia o koncesji lub dokumentów koncesji;
3. 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w przypadku odwołania na zawarcie umowy koncesji bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
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;
5. 30 dni od dnia, w którym zamawiający opublikował ogłoszenie o modyfikacji umowy koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
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.

Analogicznie 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 IX „Środki Ochrony Prawnej”, Rozdziału II „Skarga do sądu” projektowanej ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wprowadzenie tych regulacji przyczyni się m.in. do: ujednoczenia 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 zwiększa ochronę prawną uczestników postępowań i może zachęcać do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji.

#### Zmiany w przepisach obowiązujących.

Konsekwencją uchwalenia nowej ustawy będzie dokonanie zmian w innych przepisach obecnie obowiązujących. Zmiany te będą sprowadzać się głównie do 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 2013 r. poz. 260, z późn. zm.),
- ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2012 r. poz. 931, z późn. zm.),
- ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236, z późn. zm.),
- 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 2009, Nr 19, poz. 100, z późn. zm.),
- ustawy z dnia 13 września 1996 . o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r. 1399 z późn. zm.),
- ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2013 r. poz. 1594 z późn. zm.).

#### 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 określały, że przepisy dotychczasowej ustawy będą mieć zastosowanie do postępowań o zawarcie umów koncesji wszczętych przed dniem wejścia w życie nowej ustawy, a także w przypadku 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 przeprowadzenia postępowań o zawarcie umów wszczętych przed dniem wejścia w życie nowej ustawy.

Wejście w życie proponowanych przepisów.

Termin wejścia w życie ustawy został określony na dzień 18 kwietnia 2016 r.

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 wejdą w życie z dniem 1 stycznia 2019 r. Przepisy dotyczące publikacji przez zamawiającego ogłoszeń w Biuletynie Zamówień, także za pomocą środków elektronicznych, nie podlegają terminowi implementacji dyrektywy koncesyjnej. Biuletyn Zamówień jest instrumentem regulowanym na gruncie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, o, 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 nowej 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 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.

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 został zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu Zamówień Publicznych. 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.

Projekt ustawy został ujęty w Wykazie prac legislacyjnych pod numerem UC 154.